**CCE-DES-FM-17**

**PRECIO** **– Inclusión – Impuestos**

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

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

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

El principio de selección objetiva, antes que avalar que la entidad deba comparar las ofertas económicas sin tener en cuenta el IVA, busca que la comparación se haga sobre la realidad de lo ofrecido por cada proponente, es decir, el valor total de lo que terminará pagando la entidad cuando adjudique el contrato.

**EVALUACION DEL PRECIO – Principio de igualdad**

No puede alegarse que se viola el principio de igualdad cuando una entidad compara el precio real que ofrece cada proponente, pues la jurisprudencia constitucional tiene bien determinado que la igualdad de trato se predica entre iguales. En otras palabras, para que se pueda exigir el respeto de la igualdad hay que demostrar que se está en la misma situación de hecho y de derecho.

**EVALUACIÓN DEL PRECIO – Costo real – Inclusión IVA**

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

**MINIMA CUANTÍA – Menor precio – Inclusión IVA**

Respecto del procedimiento para la contratación de mínima cuantía se destaca que, de conformidad con el literal c) del numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 2.2.1.2.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015 citados, la entidad «[…] debe revisar las ofertas económicas y verificar que la de menor precio cumpla con las condiciones de la invitación[…]» . En ese sentido, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente puso a disposición de los interesados el Manual de la Modalidad de Selección de Mínima Cuantía, donde se explica que el precio es el factor de selección de la oferta que será la adjudicataria del procedimiento, siempre que sea la de menor valor de las ofertas que se presentaron y que cumpla las demás condiciones de la invitación a participar . En consecuencia, es necesario remitirse al numeral 2.1 de este concepto que desarrolló la noción de precio, la cual incluye los valores que debe pagar la entidad para adquirir el bien, obra o servicio, como los impuestos, sin los cuales no podrá ser su propietario, puesto que a pesar de que se descuente uno de los valores que la entidad debe pagar como el IVA y así se elija el menor precio, la entidad no podrá adquirirlo sin pagar dicho tributo, y en ese sentido no es posible elegir una oferta que no tenga en cuenta la totalidad del precio.

Bogotá D.C., **27/07/2020 Hora 23:58:42s**

**N° Radicado: 2202013000006707**

Señor

**Andrés Ernesto Soto**

Ciudad

 **Concepto C - 469 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | PRECIO – Inclusión – Impuestos / EVALUACIÓN DEL PRECIO – Principio – Selección objetiva / EVALUACIÓN DEL PRECIO – Principio – Igualdad / EVALUACIÓN DEL PRECIO – Costo real – Inclusión IVA / MINIMA CUANTÍA – Menor precio – Inclusión IVA |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4202013000005631 |

Estimado señor Soto,

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 6 de julio de 2020, 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.

**1. Problema planteado**

Usted solicita que «[…] se aclare [si] para los procesos de mínima cuantía se debe realizar la evaluación al proponente de "menor valor antes de IVA" o al proponente que presente el menor valor o precio más favorable para la entidad incluidos todos los impuestos, en concordancia con el decreto 1082 de 2015» (Corchetes fuera de texto).

**2. Consideraciones**

Para responder su pregunta formulada, se harán unas consideraciones en relación con: i) el precio; ii) el IVA en la evaluación de ofertas, iii) los principios de selección objetiva e igualdad de trato en la contratación estatal y iv) el menor precio en la evaluación de ofertas del procedimiento de mínima cuantía.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el concepto [2201913000008566](http://poxta2.colombiacompra.gov.co/sites/docs/_layouts/15/listform.aspx?PageType=6&ListId=%7b41406f67-8aaf-444a-8f23-f6b9ad006b34%7d&ID=91046) del 18 de noviembre de 2019, reiterado y desarrollado en los Conceptos CU-182 del 31 de marzo de 2020 y C-204 del 31 de marzo de 2020, estudió el tema objeto de consulta. También, la entidad en el concepto 4201913000006936 del 29 de noviembre de 2019, reiterado y desarrollado en el concepto C-213 del 3 de junio de 2020, estudió la modalidad de selección de mínima cuantía. La tesis desarrollada se expone a continuación.

* 1. **El precio**

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

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

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

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

El Consejo de Estado ha señalado que en el precio se entienden incluidos todos los costos en que se incurre para vender un bien o prestar un servicio: “El precio cubre los costos en que incurre la entidad para prestar el servicio, incluyendo los gastos de funcionamiento y las previsiones para amortización y crecimiento de la inversión”[[1]](#footnote-1).

La doctrina también ha teorizado en torno a lo que se debe entender incluido en el precio en la contratación estatal. Así, se ha sostenido que dentro del precio se incluyen todos los costos en que incurre el contratista para cumplir con las obligaciones que va a adquirir y satisfacer su derecho a obtener utilidad:

En primer lugar, el precio debe incluir los costos en que incurrirá el contratista para cumplir sus obligaciones y obtener la utilidad que espera del negocio. Esto significa que hacen parte del precio las inversiones y gastos que deba hacer, más la utilidad que espera. Entre los costos se encuentran los impuestos que afectarán el contrato, por ejemplo, el IVA, la contribución especial, las estampillas, y otros. Esta precisión resulta importante porque el valor, que incluye el impuesto, determina el precio final. Basta hacer una pregunta para entender la idea: ¿un bien gravado puede venderse sin el impuesto, sin violar las normas tributarias? Como no es posible, entonces es inevitable incorporarlo al costo, porque el oferente -futuro contratista- inevitablemente debe incurrir en él, so pena de no poder cobrarlo luego. En otras palabras, es absurdo presentar una oferta que no incluya los impuestos que gravan la actividad o los productos, guardando la esperanza de que se adjudique el contrato por ese precio -que será bajo-, y confiando en que posteriormente se podrá facturar el impuesto, so pretexto de que al fin y al cabo la ley grava la actividad. Por el contrario, el oferente tiene la obligación de incluir todos los gastos en que incurrirá para vender sus bienes o servicios, so pena de que la entidad entienda que el precio ofrecido los incluye, y luego sólo pagará el precio ofertado, pues allí se debieron incluir -es lo lógico y así debe entenderse- todos los gastos en que incurrirá el proponente[[2]](#footnote-2).

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

Piénsese, por ejemplo, que una persona quiere comprar una camisa cuyo precio es de 100 mil pesos más IVA, ello quiere decir que el precio real de la camisa no es 100 mil pesos, sino 119 mil pesos, pues el comprador tendrá que sufragar la totalidad de ese monto ‒que incluye el IVA‒ para adquirirla, de lo contrario no podrá hacerlo.

* 1. **IVA en la evaluación de las ofertas**

El impuesto al valor agregado ‒IVA‒ es un tributo que se deduce a partir de los precios que los consumidores pagan por los bienes y servicios. Este gravamen tiene carácter nacional y naturaleza indirecta. En Colombia, por regla general, el IVA se aplica en todos los momentos del ciclo económico, tales como la producción, distribución, comercialización e importación.

La Subdirección de Gestión Contractual, en anteriores ocasiones, ha tenido la oportunidad de conceptuar en relación con la incidencia del régimen tributario en la evaluación de las propuestas. Así, por ejemplo, en la consulta de radicado No. 2201913000003723 del 30 de mayo de 2019 la Subdirección de Gestión Contractual sostuvo lo siguiente:

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que la directriz dada por esta Entidad respecto de evaluar las ofertas sin tener en cuenta el IVA busca garantizar que los oferentes sean evaluados en igualdad de condiciones; pero la adjudicación se hará por el valor total de la oferta incluyendo los impuestos en concordancia con lo dispuesto por el Decreto 1082 de 2015 que prevé que la suscripción del contrato sea por el precio total ofrecido.

Como se observa, según el criterio hasta ahora adoptado, al momento de la ponderación de las ofertas económicas, la entidad debe comparar los ofrecimientos sin tener en cuenta el IVA, ello para garantizar que los oferentes sean evaluados en igualdad de condiciones. Además, se sostuvo que el principio de selección objetiva implica que el contratista seleccionado es aquel que haga un mejor ofrecimiento objetivo a la entidad, sin que se pueda tener en cuenta factores de índole subjetivo, como el régimen tributario al que pertenecen los oferentes:

La Entidad Estatal no debe hacer diferencia entre los proponentes en función del régimen tributario al que pertenecen teniendo en consideración: (i) la igualdad de oportunidades entre los proponentes prevista por el parágrafo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 como directriz para la selección de contratistas; (ii) el referido principio de selección objetiva y, (iii) en el caso de bienes o servicios excluidos de IVA por su origen extranjero, la igualdad de condiciones de participación para proponentes nacionales y extranjeros prevista por los parágrafos 1 y 2 del artículo 20 de la Ley 80 de 1993.

En virtud de lo anterior, esta subdirección recalcó que si en los procesos de selección se presentan oferentes que pertenecen al régimen simplificado de IVA, las entidades deben evaluar las ofertas sin tener en cuenta el impuesto, esto es, evaluar las ofertas sobre el precio neto del bien o servicio, esto es, antes del IVA. Este criterio ha sido reiterado por la subdirección en varios conceptos[[3]](#footnote-3).

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

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

El principio de selección objetiva se encontraba regulado, en un primer momento, en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, el cual fue derogado y sustituido por el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 5°. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga 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. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios […] 2. 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. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y 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 […].

Como se puede observar, el principio de selección objetiva en el Estatuto General de Contratación es complejo, por cuanto en virtud del mismo se derivan una multiplicidad de reglas, las cuales están dirigidas a que el oferente escogido sea aquel que realice el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que persigue con la contratación. Es objetiva porque esta optimización de la favorabilidad está basada en criterios técnicos y económicos propios de la oferta y no en factores subjetivos, como afectos o intereses particulares hacia el oferente. En otras palabras, la objetividad de la selección se centra en los factores de la oferta y no en criterios subjetivos del proponente.

Ahora bien, cuando la norma habla de motivaciones subjetivas no deben entenderse los factores que cualifican al proponente, y que sin duda son subjetivos porque pertenecen al sujeto, como la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia y la capacidad financiera o de organización, o inclusive, su régimen tributario, cuando ello sea un factor que incida en su oferta. La prohibición de selección subjetiva lo que busca es que la adjudicación de los contratos estatales no se realice con base en consideraciones de tipo personal, ajenas a la calidad de la oferta presentada.

El Consejo de Estado, al interpretar el derogado artículo 29 de la Ley 80 de 1993, señaló que el ofrecimiento más favorable es el resultante de la ponderación de los factores contenidos en el pliego de condiciones, tales como experiencia, organización, equipos, plazos, precio, entre otros:

La misma norma se ocupa de definir que se entiende por ofrecimiento más favorable, aquel que resulte ser el mejor a la luz de los factores o criterios de selección contenidos en los pliegos de condiciones que sirven de fundamento para la comparación de ofertas y la selección del contratista; entre ellos se enuncian, el cumplimiento, la experiencia, la organización, los equipos ofrecidos, los plazos propuestos, el precio y la ponderación detallada y concreta de los mismos, sin que la favorabilidad pueda resultar de factores no previstos en los pliegos. Estos aspectos, al tenor de la citada norma, deberán tenerse en cuenta no solo cuando la selección se hace mediante el procedimiento de la licitación o el concurso públicos, sino también cuando ésta se adelanta mediante contratación directa.

Resulta entonces claro que, en aplicación de este principio, la oferta que sea seleccionada deberá ser aquella que haya obtenido la más alta calificación como resultado de ponderar los factores o criterios de selección establecidos en los documentos de la licitación, concurso o contratación directa; en consecuencia, la escogencia de un ofrecimiento que no haya logrado la máxima puntuación, obedecería a criterios diferentes a los plasmados en los documentos que rigieron la selección, lo cual viciaría de nulidad tanto el acto de adjudicación como el contrato celebrado bajo estas condiciones, en razón de haberse desconocido el principio de selección objetiva[[4]](#footnote-4).

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

El principio de selección objetiva, antes que avalar que la entidad deba comparar las ofertas económicas sin tener en cuenta el IVA, busca que la comparación se haga sobre la realidad de lo ofrecido por cada proponente, es decir, el valor total de lo que terminará pagando la entidad cuando adjudique el contrato.

De otro lado, el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política es un pilar fundamental, no solo de la contratación estatal sino del ordenamiento jurídico. La igualdad, según la Corte Constitucional, tiene la connotación de principio, valor y derecho, por lo que representa un criterio de obligatoria observancia tanto para la producción, como para la aplicación e interpretación del derecho[[5]](#footnote-5).

A la luz del artículo 209 de la Constitución Política, la igualdad es uno de los principios orientadores de la función administrativa y en virtud del principio de igualdad, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento, como lo ordena el numeral 2º del artículo 3º de la Ley 1437 de 2011.

En el ámbito de la contratación pública, la igualdad se materializa a través del equilibrio de todos los oferentes frente al proceso de selección, desde la exigencia de los requisitos estipulados en los pliegos de condiciones, en la calificación de sus ofertas y en su selección. La igualdad en los procesos de contratación supone que las condiciones a las que se enfrentan los proponentes sean las mismas para todos y que la oferta adjudicada sea la más favorable a la entidad.

Por ello el Consejo de Estado ha determinado que la aplicación del principio de igualdad en la contratación pública materializa otros principios de similar importancia como la selección objetiva y la transparencia:

La igualdad de los licitadores, presupuesto fundamental que garantiza la selección objetiva y desarrolla el principio de transparencia que orienta la contratación estatal, se traduce en la identidad de oportunidades dispuesta para los sujetos interesados en contratar con la Administración. Y la sujeción estricta al pliego de condiciones es un principio fundamental del proceso licitatorio, que desarrolla la objetividad connatural a este procedimiento, en consideración a que el pliego es fuente principal de los derechos y obligaciones de la administración y de los proponentes[[6]](#footnote-6).

Ahora bien, en el escenario de un proceso de selección en el que se presentan varios oferentes, unos que según su régimen tributario son responsables de IVA y otros que no, hay que preguntarse ¿el principio de igualdad obliga a que la entidad evalúe las ofertas económicas sin tener en cuenta el mencionado impuesto en el precio ofertado? La respuesta es no.

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

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

No puede alegarse que se viola el principio de igualdad cuando una entidad compara el precio real que ofrece cada proponente, pues la jurisprudencia constitucional tiene bien determinado que la igualdad de trato se predica entre iguales. En otras palabras, para que se pueda exigir el respeto de la igualdad hay que demostrar que se está en la misma situación de hecho y de derecho.

Además, debe tenerse presente que la definición del régimen tributario aplicable a los proponentes que se presentan al procedimiento de selección no es realizada por la entidad estatal, sino que es un tema definido por el legislador, quien optó por establecer ciertas cargas a algunos sujetos y a otros no. Es decir que la distinción o discriminación fue realizada por el legislador.

La Corte Constitucional ha señalado que un correcto entendimiento del derecho a la igualdad parte de la consideración de tratar igual a quienes estén en situaciones esencialmente similares y desigual a quienes estén en situaciones diferentes:

La correcta aplicación del derecho a la igualdad no sólo supone la igualdad de trato respecto de los privilegios, oportunidades y cargas entre los iguales, sino también el tratamiento desigual entre supuestos disímiles[[7]](#footnote-7).

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

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

Como ya se señaló los impuestos son parte integral del precio, pues es lo que finalmente terminará pagando la entidad cuando adjudique el contrato y es por esto que, en aplicación de los principios de selección objetiva y de igualdad, la entidad contratante debe evaluar las ofertas con base en el precio final o real que ofrezca cada proponente, toda vez que de esa comparación es que surgirá la oferta más favorable o ventajosa para el Estado.

**2.4 Mínima cuantía y la evaluación del menor precio**

El referente histórico de los contratos de mínima cuantía se encuentra en el derogado parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993, que establecía que la celebración de «contratos sin las formalidades plenas», para lo cual el artículo 25 del Decreto 679 de 1994 dispuso que tienen formalidades plenas aquellos contratos que consten en un documento escrito, firmado y publicado de acuerdo con el parágrafo 3 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993[[8]](#footnote-8). Estas normas fueron derogadas por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, el artículo 223 del Decreto 19 de 2012, el artículo 83 del Decreto 066 de 2008 y el artículo 9.2 del Decreto 734 de 2012. En consecuencia, las normas que reemplazaron las disposiciones derogadas son el artículo 2, numeral 5, de la Ley 1150 de 2007 y la reglamentación del Decreto 1082 de 2015. Así lo entiende el Consejo de Estado al explicar que:

Hoy día, los contratos sin formalidades plenas no están previstos por la legislación nacional, pues, como se dijo, el parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993 fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. Ahora se les denomina contratos de mínima cuantía y se encuentran regulados por los artículos 2 de la Ley 1150 de 2007 y 94 de la Ley 1474 de 2011 y por el capítulo V del Decreto 734 de 2012; no obstante la denominación que reciban, realmente los contratos de mínima cuantía están desprovistos de algunas formalidades, como la instrumentación por escrito del acto contractual y ello hace que el tratamiento sea muy similar al que reciben los denominados contratos sin formalidades plenas; sin embargo, es de anotar que en el proceso de formación del consentimiento en los contratos de mínima cuantía, quien presenta la oferta es quien tiene la expectativa de contratar con la entidad estatal y ésta, a su turno, es la que acepta, de manera expresa e incondicional, la oferta presentada por el particular, sin que en estos casos pueda darse el perfeccionamiento del contrato por el consentimiento tácito de los intervinientes, contrario a lo que sucedía en los contratos sin formalidades plenas[[9]](#footnote-9).

En esta medida, el procedimiento de selección de mínima cuantía está regulado en el artículo 2, numeral 5, de la Ley 1150 de 2007 y en el Libro 2, Parte 2, Título 1, Capítulo 2, Sección 1, Subsección 5 del Decreto 1082 de 2015, con la particularidad de que el trámite solo sigue las reglas previstas en las normas citadas, razón por la cual no es posible aplicar disposiciones diferentes a las allí previstas[[10]](#footnote-10). Sobre el procedimiento que aplican las entidades cuando el presupuesto estimado no excede el diez por ciento de la menor cuantía de la entidad, tanto la Ley 1150 de 2007 como el Decreto 1082 de 2015 contienen las diferentes etapas del mismo, pero el contenido de la ley es general, mientras que el decreto, por su naturaleza reglamentaria, es más detallado en la regulación. En todo caso, las principales etapas del procedimiento son: i) publicación de una invitación, señalando el objeto, precio, requisitos habilitantes y condiciones técnicas, ii) contestación de observaciones antes del vencimiento del plazo establecido para la presentación de las ofertas, iii) evaluación de las propuestas dando prevalencia al menor precio ofrecido, siempre que cumpla con lo señalado en la invitación, y iv) aceptación de la oferta mediante comunicación, con lo cual se perfecciona el contrato[[11]](#footnote-11).

De acuerdo con lo anterior, las entidades abren un procedimiento de mínima cuantía con la «invitación a participar» que debe publicarse por un término no inferior a un día hábil, y el «término para presentar ofertas» tampoco podrá ser menor a un día hábil. En consecuencia, la norma mencionada dispone tiempos mínimos de un día hábil entre la apertura y el cierre de ofertas, los cuales deben ser tenidos en cuenta por las entidades, sin perjuicio de que sean aumentados, pero no pueden ser disminuidos, por expresa disposición legal.

Respecto del procedimiento para la contratación de mínima cuantía se destaca que, de conformidad con el literal c) del numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 2.2.1.2.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015 citados, la entidad «[…] debe revisar las ofertas económicas y verificar que la de menor precio cumpla con las condiciones de la invitación[…]»[[12]](#footnote-12). En ese sentido, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente puso a disposición de los interesados el Manual de la Modalidad de Selección de Mínima Cuantía, donde se explica que el precio es el factor de selección de la oferta que será la adjudicataria del procedimiento, siempre que sea la de menor valor de las ofertas que se presentaron y que cumpla las demás condiciones de la invitación a participar[[13]](#footnote-13).

En consecuencia, es necesario remitirse al numeral 2.1 de este concepto que desarrolló la noción de precio, la cual incluye los valores que debe pagar la entidad para adquirir el bien, obra o servicio, como los impuestos, sin los cuales no podrá ser su propietario, puesto que a pesar de que se descuente uno de los valores que la entidad debe pagar como el IVA y así se elija el menor precio, la entidad no podrá adquirirlo sin pagar dicho tributo, y en ese sentido no es posible elegir una oferta que no tenga en cuenta la totalidad del precio.

**3. Respuesta**

Usted solicita que «[…] se aclare [si] para los procesos de mínima cuantía se debe realizar la evaluación al proponente de "menor valor antes de IVA" o al proponente que presente el menor valor o precio más favorable para la entidad incluidos todos los impuestos, en concordancia con el decreto 1082 de 2015» (Corchetes fuera de texto).

En atención a las consideraciones desarrolladas con anterioridad, nos permitimos responder que la evaluación de las propuestas económicas en procesos de mínima cuantía, donde de acuerdo el literal c) del numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 citados se debe seleccionar la oferta de menor precio, debe hacerse sobre el precio real ofrecido por cada proponente, esto es, con la inclusión de los impuestos, que se entienden parte del precio.

En todo caso, las entidades estatales como otros compradores en el mercado pueden beneficiarse de las diferencias entre precios netos causadas por diferencias en el régimen tributario de los oferentes. La inclusión o no del IVA en el precio final es una situación de origen legal, por lo que si un oferente es responsable de IVA y ello influye en el precio ofertado, la ponderación debe hacerse sobre el precio final, sin importar si en el procedimiento de selección participan otros oferentes que no son responsables de dicho impuesto.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Ximena Ríos LópezGestor T1-11 |
| Revisó: | Juan David Montoya PenagosContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |

1. Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 24 de octubre de 2002. Exp 13.408. C.P. Ligia López Díaz. [↑](#footnote-ref-1)
2. Marín Cortés, Fabián G. *El precio*. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín, 2012, p. 60. [↑](#footnote-ref-2)
3. Colombia Compra Eficiente, Concepto del 5 de mayo de 2018, Rad. 2201813000004171; Concepto del 19 de agosto de 2016, Rad. 216130004025; Concepto del 15 de agosto de 2016, Rad. 216130004597, entre otros. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2007. Rad. 1996-00309-01 (15.324). C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-4)
5. «La igualdad tiene un triple rol en el ordenamiento constitucional: el de valor, el de principio y el de derecho. En tanto valor, la igualdad es una norma que establece fines, dirigidos a todas las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; en tanto principio, la igualdad es una norma que establece un deber ser específico y, por tanto, se trata de una norma de mayor eficacia que debe ser aplicada de manera directa e inmediata por el legislador o por el juez; en tanto derecho, la igualdad es un derecho subjetivo que “se concreta en deberes de abstención como la prohibición de la discriminación y en obligaciones de acción como la consagración de tratos favorables para los grupos que se encuentran en debilidad manifiesta. La correcta aplicación del derecho a la igualdad no sólo supone la igualdad de trato respecto de los privilegios, oportunidades y cargas entre los iguales, sino también el tratamiento desigual entre supuestos disímiles». Corte Constitucional. Sentencia C-811 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 2001. Rad. 1996-3771-01 (12.037). C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Constitucional. Sentencia C-862 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-7)
8. Decreto 679 de 1994 (Derogado): «Artículo 25. De los contratos con formalidades plenas. De conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993, se entiende por formalidades plenas la elaboración de un documento escrito, firmado por las partes en el que además de establecer los elementos esenciales del contrato, se incluyen las demás cláusulas a que haya lugar, y el cual es publicado en la forma prevista por el parágrafo 3° del artículo 41 de la Ley 80.

»De acuerdo con el artículo 39 de la Ley 80 de 1993 se prescindirá de las formalidades plenas cuando el valor del contrato sea igual o inferior a las cuantías que se señalan en dicha disposición, caso en el cual las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato, deben ser ordenados previamente y por escrito por el jefe o representante legal de la entidad, o por el funcionario en quien hubiese delegado la contratación de acuerdo con la ley.

»Las órdenes a que se refiere dicho artículo deberán precisar cuando menos el objeto del contrato y la contraprestación, así como los demás elementos necesarios para proceder el registro presupuestal del acto, cuando a ello haya lugar, y podrán contener las demás estipulaciones que las entidades estatales consideren necesarias de acuerdo con la ley. Adicionalmente el contratista deberá manifestar que no se encuentra en ninguna de las causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la ley. Para efectos del pago de las obligaciones derivadas de contratos sin formalidades plenas no será necesario la expedición de una resolución de reconocimiento y pago». [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado. Sección tercera. Subsección A. Sentencia del 3 de octubre de 2012. Exp. 26.140. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-9)
10. Ley 1150 de 2007: «Artículo 2. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

»[...]

»5) Contratación mínima cuantía. La contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto, se efectuará de conformidad con las siguientes reglas:

»a) Se publicará una invitación, por un término no inferior a un día hábil, en la cual se señalará el objeto a contratar, el presupuesto destinado para tal fin, así como las condiciones técnicas exigidas;

»b) El término previsto en la invitación para presentar la oferta no podrá ser inferior a un día hábil;

»c) La entidad seleccionará, mediante comunicación de aceptación de la oferta, la propuesta con el menor precio, siempre y cuando cumpla con las condiciones exigidas;

»d) La comunicación de aceptación junto con la oferta constituyen para todos los efectos el contrato celebrado, con base en lo cual se efectuará el respectivo registro presupuestal.

»Parágrafo 1. Las particularidades del procedimiento aquí previsto, así como la posibilidad que tengan las entidades de realizar estas adquisiciones en establecimientos que correspondan a la definición de “gran almacén” señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinarán en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

»Parágrafo 2. La contratación a que se refiere el presente artículo se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación. En particular no se aplicará lo previsto en la Ley 816 de 2003, ni en el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007.

»[...]». [↑](#footnote-ref-10)
11. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.1.5.2. Procedimiento para la contratación de mínima cuantía. Las siguientes reglas son aplicables a la contratación cuyo valor no excede del 10% de la menor cuantía de la Entidad Estatal, independientemente de su objeto:

»1. La Entidad Estatal debe señalar en la invitación a participar en procesos de mínima cuantía la información a la que se refieren los numerales 2, 3 y 4 del artículo anterior, y la forma como el interesado debe acreditar su capacidad jurídica y la experiencia mínima, si se exige esta última, y el cumplimiento de las condiciones técnicas exigidas.

»2. La Entidad Estatal puede exigir una capacidad financiera mínima cuando no hace el pago contra entrega a satisfacción de los bienes, obras o servicios. Si la Entidad Estatal exige capacidad financiera debe indicar cómo hará la verificación correspondiente.

»3. La invitación se hará por un término no inferior a un (1) día hábil. Si los interesados formulan observaciones o comentarios a la invitación, estos serán contestados por la Entidad Estatal antes del vencimiento del plazo para presentar ofertas.

»[...]». [↑](#footnote-ref-11)
12. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.1.5.1. Estudios previos para la contratación de mínima cuantía. La Entidad Estatal debe elaborar unos estudios previos que deben contener lo siguiente:

»1. La descripción sucinta de la necesidad que pretende satisfacer con la contratación.

»2. La descripción del objeto a contratar identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios.

»3. Las condiciones técnicas exigidas.

»4. El valor estimado del contrato y su justificación.

»5. El plazo de ejecución del contrato.

»6. El certificado de disponibilidad presupuestal que respalda la contratación». [↑](#footnote-ref-12)
13. Colombia Compra Eficiente, Manual de la Modalidad de Selección de Mínima Cuantía: «A. El precio es el factor de selección.

»El precio es el factor de selección del proponente. Es decir, la Entidad Estatal debe adjudicar el Proceso de Contratación al oferente que cumpla con todas las condiciones exigidas por la Entidad Estatal en los Documentos del Proceso (estudios previos e invitación a participar), y que ofrezca el menor valor. No hay lugar a puntajes para evaluar las ofertas sobre las características del objeto a contratar, su calidad o condiciones.

»La Entidad Estatal debe revisar las ofertas económicas y verificar que la de menor precio cumple con las condiciones de la invitación. Si esta no cumple con las condiciones de la invitación, la Entidad Estatal debe verificar el cumplimento de los requisitos de la invitación de la oferta con el segundo mejor precio, y así sucesivamente». [↑](#footnote-ref-13)