**CCE-DES-FM-17**

**PRECIOS ARTIFICIALMENTE BAJOS – Noción**

Es importante definir el concepto de «precio artificialmente bajo», por 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 […].

**PRECIOS ARTIFICIALMENTE BAJOS – Noción – Colombia Compra Eficiente**

Con la precisión anterior, y para comenzar el análisis de la Guía, allí se 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 [del] resto de proveedores en el mercado», según lo establece la Guía mencionada.

**GUÍA PARA EL MANEJO DE OFERTAS ARTIFICIALMENTE BAJAS EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN – Identificación**

Con esta información, la Guía propone dos (2) «herramientas» y una (1) «metodología», y su aplicación depende de la cantidad de ofertas que se presentaron al procedimiento. Para la primera herramienta, la entidad puede acudir a la comparación absoluta, para contrastar el valor de cada oferta con el costo estimado de la provisión del bien o servicio, de acuerdo con el estudio del sector, siempre y cuando haya recibido menos de cinco (5) ofertas. La regla es que si después de la comparación se encuentran ofertas menores en un 20% o un mayor porcentaje respecto del costo estimado por la entidad, se considerará que ofrecen precios artificialmente bajos. Por consiguiente, esta herramienta no se puede aplicar cuando se reciben cinco (5) o más ofertas, y no todas las ofertas deben ser tratadas por posibles «precios artificialmente bajos» sino aquellas con un valor por debajo del 20% o un porcentaje superior, respecto del valor que la entidad definió como precio del bien, obra o servicio.

La segunda herramienta, denominada comparación relativa, corresponde a la «comparación de cada oferta con las demás presentadas», sin que se indique la cantidad de ofertas que debió recibir la entidad, por lo cual nada obsta para aplicarla, independientemente del número de ofertas presentadas al procedimiento. […] Por otra parte, Colombia Compra Eficiente ha sugerido aplicar la siguiente metodología con pasos sucesivos, para identificar ofertas que pueden tener «precios artificialmente bajos», en los procedimientos donde hay cinco (5) o más ofertas, es decir, no es posible aplicarla cuando se reciben menos de cinco (5) 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.

**GUÍA PARA EL MANEJO DE OFERTAS ARTIFICIALMENTE BAJAS EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN – Manejo**

Identificadas estas ofertas, la Guía sugiere realizar las siguientes actuaciones, observando lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.2.2.4. del Decreto 1082 de 2015: i) solicitar aclaración a los proponentes que hayan ofertado precios que parecen bajos injustificadamente, ii) analizar las explicaciones y iii) decidir «si continúa con la evaluación de la oferta porque la explicación demuestra la habilidad del proponente para cumplir adecuadamente con el contrato con los precios ofrecidos, o rechazar la oferta si la explicación no sustenta los valores ofrecidos».

**DOCUMENTOS TIPO – Precios artificialmente bajos**

El Capítulo III del Documento Base regula los requisitos habilitantes y establece los mecanismos para su verificación. Por su parte, el Capítulo IV del mismo documento regula los criterios de evaluación, y dentro de estos la «oferta económica», factor a calificar según el valor total indicado en la propuesta económica o el obtenido de la corrección aritmética. Igualmente, el numeral 4.1.3. del Documento establece que:

En el evento en el que el precio de una oferta no parezca 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, la Entidad deberá aplicar el proceso descrito en el artículo 2.2.1.1.2.2.4. del Decreto 1082 de 2015 y los parámetros definidos en la Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación de Colombia Compra Eficiente.

**CAUSALES DE RECHAZO – Precios artificialmente bajos**

Seguido de esto, como se señaló, de acuerdo con el literal Z del numeral 1.15, «CAUSALES DE RECHAZO», se deben rechazar las ofertas con valores artificialmente bajos, una vez se haya aplicado el procedimiento del Decreto 1082 de 2015 y de la Guía de Colombia Compra Eficiente; esto significa que la causal de rechazo se debe aplicar a todas las ofertas que cumplan esa condición, sin que se excluyan las ofertas que no tienen posibilidad de ganar, esto quiere decir que no pueden mantenerse en el procedimiento las ofertas con «precios artificialmente bajos», independientemente de que puedan ser adjudicatarias o no, porque se afecta el orden de elegibilidad, que no puede incluir ofertas que deban rechazarse.

**OFERTA ECONÓMICA – Métodos ponderación – Precios artificialmente bajos – Análisis**

Todos los métodos de ponderación de la oferta económica son susceptibles del análisis de «precios artificialmente bajos», ya que todos involucran los valores de las propuestas para calcular la variable que permite otorgar un puntaje a la oferta económica de cada proponente; por lo que si existen ofertas con «precios artificialmente bajos», independientemente del método de ponderación, se distorsionan las variables porque el cálculo arroja valores que pueden afectar el puntaje que debe otorgarse a las ofertas, el cual, en algunos casos, puede ser menor porque existe una oferta mejor y a la que se le otorgó mayor puntaje, siendo artificialmente baja y no habiendo sido rechazada oportunamente.

Bogotá D.C., **13/07/2020 Hora 17:59:52s**

**N° Radicado: 2202013000006199**

Señora

**Catalina Téllez Posada**

Ciudad

**Concepto C‒ 473 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | PRECIOS ARTIFICIALMENTE BAJOS – Noción / PRECIOS ARTIFICIALMENTE BAJOS – Noción – Colombia Compra Eficiente / GUÍA PARA EL MANEJO DE OFERTAS ARTIFICIALMENTE BAJAS EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN – Identificación / GUÍA PARA EL MANEJO DE OFERTAS ARTIFICIALMENTE BAJAS EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN – Manejo / DOCUMENTOS TIPO – Precios artificialmente bajos / CAUSALES DE RECHAZO – Precios artificialmente bajos / OFERTA ECONÓMICA – Métodos de ponderación – Precios artificialmente bajos – Análisis |
| **Radicación:**  | Respuesta consulta # 4202013000005705 |

Estimada señora Téllez:

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 presentada el 6 de julio del 2020.

**1. Problemas planteados**

Usted formuló las siguientes preguntas en el contexto de los pliegos tipo: «[…]1. Una vez realizada la evaluación económica de las propuestas conforme al método de selección, se establece un orden de elegibilidad del proceso. ¿La entidad debe aplicar el procedimiento establecido en el decreto 1082 de 2015 y la guía de Colombia Compra Eficiente solamente al proponente ubicado en el primer orden de elegibilidad, por ser este el que presentó la mejor propuesta y sería con quien se ejecutaría el contrato?; bajo el entendido que los precios artificialmente bajos afectarían la correcta ejecución trayendo de suyo sobrecostos y otros riesgos que no debería asumir la entidad, que lógica tendría solicitar explicación a un proponente que no tuviera la vocación de contratista, solicitando explicaciones a varios proponentes para que justificaran el valor de sus propuestas haciendo prácticamente interminable una adjudicación.

»Ó por el contrario

»2. Una vez realizada la respectiva evaluación económica, debe establecerse el valor mínimo aceptable conforme a la guía de Colombia Compra Eficiente y bajo dicho entendido requerir justificación a todos los proponentes que hubiesen ofertado un valor por debajo del mínimo aceptable arrojado por el ejercicio, y en consecuencia una vez recibidas las respectivas justificaciones proceder a rechazar las propuestas que no dieron información satisfactoria, y continuar con las que lograron justificar sus precios.?

»3. ¿Siempre es obligatorio por parte de la entidad realizar el análisis de precios artificialmente bajos independientemente que el método se selección aleatorio que corresponda según el caso sea diferente a MENOR VALOR?».

**2. Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente, en el concepto C-012 del 28 de enero de 2020 –radicado No. 2202013000000496–, así como en los conceptos del 21 y 28 de octubre, 7 de noviembre, 11 y 20 de diciembre de 2019, 7 de enero de 2020 –radicados Nos. 2201913000007853, 2201913000008058, 2201913000008288, 2201913000009110, 2201913000009489, 2202013000000038, C-163 del 31 de marzo de 2020 y C-200 del 14 de abril de 2020 –, analizó la noción y alcance de los «precios artificialmente bajos», y las normas y jurisprudencia sobre la materia. La tesis propuesta se expone a continuación.

Para resolver su consulta: i) en primer lugar se tendrá en cuenta la regulación sobre «precios artificialmente bajos», ii) después se explicará este concepto respecto de los documentos tipo y finalmente iii) se determinará cuáles ofertas se deben revisar respecto de los «precios artificialmente bajos».

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

Es importante definir el concepto de «precio artificialmente bajo», por 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-1).

A partir de esta definición, se expone el marco normativo que existe sobre el 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-2).

Por ende, para que la entidad confirme que una oferta ofrece precios 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 si el precio que ofrece el proveedor 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-3).

Adicionalmente, 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 la entidad debe hacer cuando el precio de una oferta parece artificialmente bajo: i) 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 la subasta inversa, lo anterior se debe hacer al finalizar el evento[[4]](#footnote-4).

El análisis de los precios de una oferta se hace en la fase de evaluación del procedimiento, que es la oportunidad para verificar, a través del comité evaluador[[5]](#footnote-5), 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 atípico 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 del 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 le permiten cumplir el contrato, sin que con ello termine la evaluación, porque el Decreto 1082 de 2015 señala que la entidad puede continuar el análisis en esta fase de evaluación.

**2.2 Recomendaciones del ente rector de la contratación pública - Colombia Compra Eficiente respecto del manejo de ofertas que pueden tener «precios artificialmente bajos»**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente expidió la «Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación», en la cual se señalan las causas y consecuencias de que en los procedimientos contractuales existan este tipo de ofertas, y las herramientas y pasos para identificarlas y manejarlas; además de estrategias para reducir la posibilidad de recibir ofertas con «precios artificialmente bajos». Esta Guía brinda recomendaciones a los participantes de la contratación pública, en cumplimiento del objetivo y funciones de esta Agencia que, de acuerdo con el Decreto Ley 4170 de 2011, es el ente rector de la contratación pública, que desarrolla e impulsa políticas públicas y herramientas en la materia, para facilitar los procedimientos de compras públicas y optimizar los recursos del Estado[[6]](#footnote-6).

Entre las funciones asignadas se contempla el desarrollo y publicación de instrumentos y herramientas que ayuden a los participantes de la contratación pública, los cuales fueron denominados por la Agencia como manuales y guías. Los lineamientos y orientaciones que esta entidad propone tienen en cuenta la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública, y por ende se dirigen a facilitar la actividad contractual de las entidades públicas en general.

Con la precisión anterior, y para comenzar el análisis de la Guía, allí se 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[…]»[[7]](#footnote-7). 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 [del] resto de proveedores en el mercado», según lo establece la Guía mencionada.

A continuación, es necesario diferenciar dos procedimientos de la Guía: a) la identificación de ofertas que pueden ofrecer «precios artificialmente bajos» y b) el manejo de las ofertas con posibles «precios artificialmente bajos», para definir a cuáles se les debe aplicar cada procedimiento, de acuerdo con su consulta.

**a) Identificación de ofertas que pueden ofrecer «precios artificialmente bajos»**

En la introducción de la Guía[[8]](#footnote-8) se indica que su propósito es identificar las características de este tipo de ofertas, y después se señalan las consecuencias para la ejecución del contrato, cuando la oferta tiene «precios artificialmente bajos», como sobrecostos y distorsiones del mercado. Sobre las causas, se indica que puede ser el desconocimiento o que se busca afectar la competencia y la participación de otros proponentes. Con lo anterior, se observa que la Guía se dirige a las ofertas en general, cuyo análisis permitirá identificar las que tengan precios que parecen artificialmente bajos, es decir que se debe incluir en la identificación a todas las ofertas del procedimiento y no a algunas en particular, ya que sin ese análisis general no se pueden separar las que ofrecen «precios artificialmente bajos» de las que no, más aun cuando la libre competencia en el procedimiento depende de todas las ofertas, y su afectación tiene incidencia en las mismas que pueden resultar perdedoras de forma injustificada; pero esta conclusión preliminar debe ser comprobada con los elementos que continúa señalando la Guía.

Para identificar las ofertas, la entidad debe tener como insumos: i) el promedio del valor de las ofertas; ii) la mediana del valor las ofertas[[9]](#footnote-9); iii) la desviación estándar del valor de las ofertas; iv) la diferencia entre el costo estimado del contrato y el promedio o mediana del valor de las ofertas; v) la diferencia entre el valor de la oferta que puede ser artificialmente baja y el promedio del valor de las ofertas; vi) la 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 esta información, la Guía propone dos (2) «herramientas» y una (1) «metodología», y su aplicación depende de la cantidad de ofertas que se presentaron al procedimiento. Para la primera herramienta, la entidad puede acudir a la *comparación absoluta,* para contrastar el valor de cada oferta con el costo estimado de la provisión del bien o servicio, de acuerdo con el estudio del sector, siempre y cuando haya recibido menos de cinco (5) ofertas. La regla es que si después de la comparación se encuentran ofertas menores en un 20% o un mayor porcentaje respecto del costo estimado por la entidad, se considerará que ofrecen precios artificialmente bajos. Por consiguiente, esta herramienta no se puede aplicar cuando se reciben cinco (5) o más ofertas, y no todas las ofertas deben ser tratadas por posibles «precios artificialmente bajos» sino aquellas con un valor por debajo del 20% o un porcentaje superior, respecto del valor que la entidad definió como precio del bien, obra o servicio.

La segunda herramienta, denominada *comparación relativa,* corresponde a la «comparación de cada oferta con las demás presentadas», sin que se indique la cantidad de ofertas que debió recibir la entidad, por lo cual nada obsta para aplicarla, independientemente del número de ofertas presentadas al procedimiento. Sin embargo, las herramientas mencionadas no son funcionales cuando el mercado se encuentra coludido, ya que los precios están distorsionados y no permiten una comparación objetiva, porque son precios que no corresponden a las dinámicas de mercado, al ser acordados entre los proponentes e impiden identificar diferencias significativas que evidencien «precios artificialmente bajos», los cuales no serán visibles por esta circunstancia.

Por otra parte, Colombia Compra Eficiente ha sugerido aplicar la siguiente metodología con pasos sucesivos, para identificar ofertas que pueden tener «precios artificialmente bajos», en los procedimientos donde hay cinco (5) o más ofertas, es decir, no es posible aplicarla cuando se reciben menos de cinco (5) 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[[10]](#footnote-10).

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», se toman 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:



El *valor mínimo aceptable*, por último, será igual a la *mediana* menos la *desviación estándar*. 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 sino que es una orientación o lineamiento para sus procedimientos de contratación. En todo caso, «La Entidad Estatal puede identificar como posibles ofertas artificialmente bajas a todas las ofertas que cuenten con valores por debajo del valor mínimo aceptable».

De esta manera, las dos (2) herramientas y la metodología propuestas por la Guía para identificar las ofertas con posibles «precios artificialmente bajos», se aplican a todas las ofertas del procedimiento, ya que no existe exclusión de alguna oferta que no deba ser analizada, por no tener posibilidades de ser adjudicataria o por cualquier otra razón, es decir, que se incluyen las ofertas que pueden ganar y las que no, y las que parecen tener «precios artificialmente bajos» y las que no, para comprobar si esos precios tienen esa condición; pero la identificación puede o no requerir de todas las ofertas del procedimiento, como en la *comparación absoluta,* donde no se requieren las demás ofertas sino que se hace un análisis individual, esto es, se aplica a todas las ofertas pero en la comparación solo se observa la oferta que la entidad seleccionó para la revisión de sus precios, y continuando con las demás porque todas deben ser analizadas. Por el contrario, en la *comparación relativa* y en la metodología, sí se requiere el conjunto de ofertas para la identificación, ya que la comparación se hace entre una oferta y las demás presentadas, y los datos que requiere la metodología resultan de tener los valores de todas las ofertas.

Se debe tener en cuenta que este acápite se refiere a la identificación de ofertas con precios que parezcan artificialmente bajos, y la definición de «identificar» indica que se trata de reconocer la diferencia entre una cosa y otra, para poder distinguir lo que se busca[[11]](#footnote-11), lo cual no se puede hacer si no se revisan todas las ofertas; y esto no quiere decir que las dos (2) herramientas y la metodología requieran tener en cuenta todas las ofertas para analizar cada una, ya que se puede analizar una sola o en conjunto, dependiendo de lo mencionado.

**b) Manejo de las ofertas con posibles «precios artificialmente bajos»**

Identificadas estas ofertas, la Guía sugiere realizar las siguientes actuaciones, observando lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.2.2.4. del Decreto 1082 de 2015: i) solicitar aclaración a los proponentes que hayan ofertado precios que parecen bajos injustificadamente, ii) analizar las explicaciones y iii) decidir «si continúa con la evaluación de la oferta porque la explicación demuestra la habilidad del proponente para cumplir adecuadamente con el contrato con los precios ofrecidos, o rechazar la oferta si la explicación no sustenta los valores ofrecidos»[[12]](#footnote-12).

La ley y el reglamento no determinan la forma ni el momento para requerir a los proponentes para que justifiquen el precio, por lo tanto, es facultativa para cada entidad pública, para lo cual, de todos modos, debe tener presentes las particularidades de cada modalidad de selección de contratistas, pues, por ejemplo, en la licitación pública la entidad conoce la oferta económica solo en la audiencia de adjudicación, por ende, es imposible pedir explicaciones antes.

El artículo 2.2.1.1.2.2.4. del Decreto 1082 de 2015 también prevé que, dadas las explicaciones que justifican el precio, el comité evaluador decide si rechaza o no la oferta. Si el proponente no aporta información será una omisión que debe analizar el comité, y de ser el caso rechazará la oferta si la duda es de tal magnitud que no hacerlo podría afectar el proceso.

El requerimiento debe ser comunicado al proponente por el medio que la entidad considere más eficaz, pudiendo acudir a mensajes electrónicos y otros de similar informalidad. Por ejemplo, en el concepto del 7 de noviembre de 2019 –radicado No. 2201913000008288–, esta Agencia admite, en abstracto, la idoneidad de una llamada telefónica para comunicar el requerimiento al oferente.

La ley y el reglamento tampoco establecen el término para justificar el precio. En consecuencia, es un asunto que también queda a la discrecionalidad de la entidad. Sin embargo, la discrecionalidad debe ejercerse de forma razonable, con buen criterio y de forma prudente. Así lo estableció la Sección Quinta del Consejo de Estado[[13]](#footnote-13), resaltando 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 […]». En el mismo sentido, en la doctrina foránea se ha dicho 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 necesaria para cumplir el interés jurídico que se tutela. En estos términos, la entidad deberá adoptar una medida que esté acorde con el interés general[[14]](#footnote-14).

Conforme a lo anterior, si bien es cierto que la entidad tiene la facultad de definir el término mínimo que otorgará a los proponentes para aclarar el precio que parece artificialmente bajo, también lo es que 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.

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», se 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». Esto, claro está, sin perjuicio de los eventos señalados en la Sección VII de la Guía, los cuales, de todos modos, son criterios orientadores para las entidades públicas y no «causales de rechazo» en estricto sentido.

Finalmente, respecto de la aplicación del procedimiento descrito para el manejo de las ofertas cuyos precios parecen artificialmente bajos, la condición para que una oferta se trate según los pasos señalados, es que su precio pueda ser artificialmente bajo, esto quiere decir que no todas las ofertas deben tener un manejo de acuerdo con el procedimiento citado, sino solo las identificadas por sus «precios artificialmente bajos», y que requieran aclaraciones respecto de la sostenibilidad. Lo anterior es así no porque la Guía lo señale, ya que esta es una aplicación del Decreto 1082 de 2015, que es obligatorio para las entidades que se rigen por la Ley 80 de 1993, y en ese sentido deben cumplir el reglamento, que dispone que la entidad debe requerir al oferente que presentó valores que parecen artificialmente bajos, es decir, debe solicitar explicaciones a todas las ofertas que cumplan esa condición, sin que exista excepción por no tener posibilidades de ser adjudicataria.

**2.3 Oferta con posibles «precios artificialmente bajos» en los procedimientos regidos por Documentos Tipo**

Teniendo en cuenta que la consulta se realiza en vigencia de la versión 2 de los Documentos Tipo para licitación de obra pública de infraestructura de transporte, las consideraciones que se presentan a continuación están relacionadas con el Documento Base de estos documentos.

Estos Documentos, según el artículo 2.2.1.2.6.1.2 *ibidem*,«contienen parámetros obligatorios para las entidades estatales sometidas al Estatuto General de la Contratación Pública que adelanten procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte», que no pueden ser modificados por las entidades estatales, en lo concerniente a «las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación», como lo establece el artículo 2.2.1.2.6.1.4. *ejusdem*.

El Capítulo III del Documento Base regula los requisitos habilitantes y establece los mecanismos para su verificación. Por su parte, el Capítulo IV del mismo documento regula los criterios de evaluación, y dentro de estos la «oferta económica», factor a calificar según el valor total indicado en la propuesta económica o el obtenido de la corrección aritmética. Igualmente, el numeral 4.1.3. del Documento establece que:

En el evento en el que el precio de una oferta no parezca 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, la Entidad deberá aplicar el proceso descrito en el artículo 2.2.1.1.2.2.4. del Decreto 1082 de 2015 y los parámetros definidos en la Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación de Colombia Compra Eficiente.

Por el principio de responsabilidad, según el artículo 26, numeral 6º, de Ley 80 de 1993, los contratistas deben responder por presentar ofertas artificialmente bajas. En ese sentido, dentro de las causales de rechazo previstas en el Documento Base, contenidas en la Sección 1.15, se encuentra, entre otras, la siguiente: «Z. Cuando se determine que el valor total de la oferta es artificialmente bajo, de acuerdo con lo establecido en la sección 4.1.3.». Con todo, la entidad estatal está obligada a requerir al proponente para que aclare el valor de la oferta, siempre que dude sobre si el precio es o no artificialmente bajo, ya sea porque es artificial, falso, disimulado o muy reducido. En consecuencia, podrá rechazar la oferta, según lo establecido en el artículo 2.2.1.1.2.2.4. del Decreto 1082 de 2015, cuando las explicaciones del proponente son insuficientes o insatisfactorias.

El reglamento establece la forma y momento para requerir a los proponentes que justifiquen el precio: durante la evaluación del precio. La determinación le corresponde a cada entidad pública, para lo cual debe tener presentes las particularidades de cada modalidad de selección, partiendo de la base de que la entidad solo podrá pedir explicaciones cuando conozca su oferta económica. Por ejemplo, en los procesos de licitación de obra pública la entidad únicamente la conoce cuando abre el «Sobre No 2».

Una vez publicado el informe de evaluación de los documentos e información de los requisitos habilitantes y de los documentos a los que se les asigne puntajes, diferentes a la oferta económica, y transcurrido el término para que los proponentes presenten observaciones y, de ser el caso, aporten la documentación que se les hubiere solicitado, la entidad debe publica el «informe final de evaluación». Luego de esto, en la fecha establecida en el Anexo 2 – Cronograma, se debe llevar a cabo la «audiencia efectiva de adjudicación», durante la cual la Entidad abrirá el Sobre 2 de los Proponentes habilitados y evaluará las ofertas económicas. Es en este momento en donde se conoce, por primera vez, la oferta económica de los proponentes.

Es del caso precisar que aunque es cierto que tratándose de procesos de licitación de obra pública de infraestructura de transporte el requerimiento que hace la entidad y la respuesta que brinda el oferente debe hacerse en la «audiencia efectiva de adjudicación», también lo es que la entidad, excepcionalmente, podrá suspender la audiencia para analizar el caso y contar con mejores elementos de juicio para adoptar las decisiones que le correspondiere tomar. Esta autorización que tiene como fundamento el artículo 2.2.1.2.1.1.2., numeral 1, del Decreto 1082 de 2015, que establece que «si hay pronunciamientos que a juicio de la Entidad Estatal requiere análisis adicional y su solución puede incidir en el sentido de la decisión a adoptar, la audiencia puede suspenderse por el término necesario para la verificación de los asuntos debatidos y la comprobación de lo alegado».

Incluso, de considerarlo procedente, la entidad podrá suspender la diligencia de adjudicación para permitirle al proponente que recopile mejores elementos de juicio para responder al requerimiento, claro está, justificando tal determinación. En todo caso, se debe tener en cuenta que dicha decisión es facultativa, lo que significa que no es obligatorio hacerlo en todos los casos, pese a que el proponente lo solicite expresamente. De todos modos, el artículo 2.2.1.1.2.2.4. del Decreto 1082 de 2015 prevé que, dadas las explicaciones que tratan de justificar el precio, el comité evaluador decidirá si rechaza o no la oferta. Ahora, si el proponente no allega información, será una omisión que deberá analizar el comité evaluador y, de ser el caso, podrá rechazar la oferta, si la duda que tiene es de tal magnitud que no tomar la decisión podría comprometer la legalidad del proceso.

Teniendo en cuenta que el numeral 4.1.3. del Documento Base remite a la «Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación» de Colombia Compra Eficiente, nuevamente se diferencian los dos (2) procedimientos que contiene, esto es, por un lado la identificación y por el otro el manejo de las ofertas con posibles «precios artificialmente bajos». Como dice la Guía, para identificar de este tipo de ofertas las dos (2) herramientas y la metodología se deben aplicar a todas las ofertas, para diferenciar cuáles son artificialmente bajas y cuáles no, pero no siempre se requiere revisar cada una respecto de las demás; por ejemplo, en la *comparación absoluta* no se requieren las demás sino que la oferta objeto de análisis se contrasta con el estudio del sector, de acuerdo con lo expuesto.

Las explicaciones se solicitan a los proponentes cuya oferta cumpla con la condición de tener esos precios, después de que todas fueron analizadas para identificarlas, es decir, la entidad no debe solicitar aclaraciones a todas las ofertas del procedimiento contractual, y tampoco puede excluir de esa solicitud a una oferta que cumpla la condición de tener «precios artificialmente bajos», por ninguna circunstancia o excepción, ya que ello no procede ni esta establecido en las normas y recomendaciones expuestas, lo que implica que debe solicitarse la aclaración sea a una oferta con probabilidad de ser adjudicataria o no.

Seguido de esto, como se señaló, de acuerdo con el literal Z del numeral 1.15, «CAUSALES DE RECHAZO», se deben rechazar las ofertas con valores artificialmente bajos, una vez se haya aplicado el procedimiento del Decreto 1082 de 2015 y de la Guía de Colombia Compra Eficiente; esto significa que la causal de rechazo se debe aplicar a todas las ofertas que cumplan esa condición, sin que se excluyan las ofertas que no tienen posibilidad de ganar, esto quiere decir que no pueden mantenerse en el procedimiento las ofertas con «precios artificialmente bajos», independientemente de que puedan ser adjudicatarias o no, porque se afecta el orden de elegibilidad, que no puede incluir ofertas que deban rechazarse.

 Para concluir, a pesar de que la Guía de Colombia Compra Eficiente plantea herramientas y una metodología que tiene en cuenta la cantidad de ofertas del procedimiento de selección, cuando existe un alto volumen se presenta un problema práctico, desafortunado, para identificar y manejar las ofertas con posibles «precios artificialmente bajos», pero de acuerdo con lo establecido en la ley y el reglamento esto es lo que procede, y cuando existen cinco (5) o más ofertas se puede aplicar la herramienta de *comparación relativa* o la metodología de la Guía. En todo caso, en los procedimientos regidos por Documentos Tipo, la Guía es vinculante, teniendo en cuenta que el numeral 4.1.3. dispone ese deber para las entidades.

**3. Respuestas**

«[…]1. Una vez realizada la evaluación económica de las propuestas conforme al método de selección, se establece un orden de elegibilidad del proceso. ¿La entidad debe aplicar el procedimiento establecido en el decreto 1082 de 2015 y la guía de Colombia Compra Eficiente solamente al proponente ubicado en el primer orden de elegibilidad, por ser este el que presentó la mejor propuesta y sería con quien se ejecutaría el contrato?; bajo el entendido que los precios artificialmente bajos afectarían la correcta ejecución trayendo de suyo sobrecostos y otros riesgos que no debería asumir la entidad, que lógica tendría solicitar explicación a un proponente que no tuviera la vocación de contratista, solicitando explicaciones a varios proponentes para que justificaran el valor de sus propuestas haciendo prácticamente interminable una adjudicación.

»Ó por el contrario

»2. Una vez realizada la respectiva evaluación económica, debe establecerse el valor mínimo aceptable conforme a la guía de Colombia Compra Eficiente y bajo dicho entendido requerir justificación a todos los proponentes que hubiesen ofertado un valor por debajo del mínimo aceptable arrojado por el ejercicio, y en consecuencia una vez recibidas las respectivas justificaciones proceder a rechazar las propuestas que no dieron información satisfactoria, y continuar con las que lograron justificar sus precios.?[…]».

El reglamento determina la forma y el momento para requerir a los proponentes para que justifiquen el precio ofertado: en el momento de la evaluación del precio. En el caso de la licitación de obras públicas de infraestructura de transporte, el requerimiento que la entidad haga al proponente no puede hacerse antes de la apertura del «Sobre No. 2», esto es, antes de la audiencia efectiva de adjudicación, pues es en esa diligencia donde la entidad pública conoce la oferta económica.

 De acuerdo con el numeral 4.1.3 del Documento Base, para identificar ofertas con «precios artificialmente bajos» se debe aplicar el procedimiento del numeral 2.2.1.1.2.2.4. del Decreto 1082 de 2015 y la Guía de Colombia Compra Eficiente. En ese sentido existen dos (2) «herramientas» y una (1) «metodología», que se debe aplicar a todas las ofertas y no solo a la oferta que tiene posibilidades de ser adjudicataria, ya que así lo establece la Guía, sin excepciones. Pero para identificar la oferta no siempre se requieren las demás ofertas, como en la *comparación absoluta*, donde cada oferta se analiza respecto del valor señalado en el estudio del sector, sin incluir las otras ofertas del procedimiento. En todo caso, para el manejo de las ofertas con precios artificialmente bajos, la entidad debe solicitarle explicaciones a los oferentes que cumplan la condición de tener los precios con esa característica, independientemente de que pueda ser adjudicataria o no, ya que no es posible conformar un orden de elegibilidad con ofertas que, de acuerdo con el literal Z del del numeral 1.15 «CAUSALES DE RECHAZO», deben rechazarse.

«[…]3. ¿Siempre es obligatorio por parte de la entidad realizar el análisis de precios artificialmente bajos independientemente que el método se selección aleatorio que corresponda según el caso sea diferente a MENOR VALOR?».

El numeral 4.1.4. del Documento Base señala las alternativas para escoger el método de ponderación de la propuesta económica: i) mediana con valor absoluto, ii) media geométrica, iii) media aritmética baja y iv) menor valor. La entidad escogerá uno u otro método de ponderación, de acuerdo con la tasa representativa del mercado –TRM– del día hábil siguiente al día en que efectivamente se abra el segundo sobre, que contiene las ofertas económicas.

Todos los métodos de ponderación de la oferta económica son susceptibles del análisis de «precios artificialmente bajos», ya que todos involucran los valores de las propuestas para calcular la variable que permite otorgar un puntaje a la oferta económica de cada proponente; por lo que si existen ofertas con «precios artificialmente bajos», independientemente del método de ponderación, se distorsionan las variables porque el cálculo arroja valores que pueden afectar el puntaje que debe otorgarse a las ofertas, el cual, en algunos casos, puede ser menor porque existe una oferta mejor y a la que se le otorgó mayor puntaje, siendo artificialmente baja y no habiendo sido rechazada oportunamente.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Ximena Ríos LópezGestor T1-11 |
| Revisó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector 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-1)
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-2)
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-3)
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-4)
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-5)
6. Decreto 4170 de 2011: «Artículo 2. Objetivo de la Agencia Nacional de Contratación Pública ­Colombia Compra Eficiente-. La Agencia Nacional de Contratación Pública ­ Colombia Compra Eficiente-, como ente rector, tiene como objetivo desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas, orientadas a la organización y articulación, de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado.

»Artículo 3. Funciones. La Agencia Nacional de Contratación Pública ­ Colombia Compra Eficiente- ejercerá las siguientes funciones:

»1. Proponer al Gobierno Nacional las políticas públicas, planes, programas y normas en materia de compras y contratación pública buscando la efectividad entre la oferta y la demanda en el mercado y criterios de racionalización normativa, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado.

»2. Desarrollar, implementar y difundir las políticas públicas, planes, programas, normas, instrumentos y herramientas que faciliten las compras y contratación pública del Estado y promuevan las mejores prácticas, la eficiencia, transparencia y competitividad del mismo, a fin de que se cumplan los principios y procesos generales que deben gobernar la actividad contractual de las entidades públicas.

[...]». [↑](#footnote-ref-6)
7. Colombia Compra Eficiente. Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación. p. 3. [↑](#footnote-ref-7)
8. Ibidem. p. 3. [↑](#footnote-ref-8)
9. La mediana representa el valor de la variable en posición central para un conjunto de datos ordenados. [↑](#footnote-ref-9)
10. Colombia Compra Eficiente. Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación. p.5. [↑](#footnote-ref-10)
11. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: «Identificar: […] 2. tr. Reconocer si una persona o cosa es la misma que se supone o se busca.

[…]». [↑](#footnote-ref-11)
12. Colombia Compra Eficiente. Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación. p.7. [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 10 de junio de 1992. Exp. No. 4.249. C.P. Álvaro Lecompte Luna. [↑](#footnote-ref-13)
14. 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-14)