

Bogotá D.C., 30/09/2019 Hora 14:24:57s

N° Radicado: 220191300007229

Señor
Ciudadano
Ciudad

Radicación: Respuesta a consulta # 4201912000006059
Temas: Ofertas; impuestos
Tipo de asunto consultado: Deber de las entidades de evaluar las ofertas con los impuestos correspondientes

Estimado señor:

La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, responde su consulta de 5 de septiembre de 2019, 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

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente emitió el 8 de abril de 2016 el concepto con radicado de salida N.º 216130001598, en el que indicó que las entidades estatales debían adelantar la evaluación de las ofertas sin tener en cuenta el IVA, en aplicación de los principios de selección objetiva e igualdad de condiciones de los proponentes.

De acuerdo con lo anterior, el peticionario manifiesta que: “De otra parte para la entidad el precio de la oferta es factor determinante en la decisión de elección del mejor proponente y en los procesos así lo hace saber y es explícita al insistir que ese precio a evaluar debe incluir el IVA, esto en razón a que la entidad prestadora de servicios, al adelantar procesos de adquisición de bienes y servicios obra como consumidor final de los mismos, en cuyo caso el IVA normalmente hará parte de este costo. En la actualidad estamos en vigencia de la Ley de Financiamiento 1943 de 2018 `favorable para un sector` en la cual el régimen simplificado desapareció, quedando más definida la responsabilidad del impuesto sobre las ventas y modificando el monotributo por el régimen simple, que de conformidad con la ley



tiene unas características y requisitos, que hacen menos probable la aplicación del concepto mencionado inicialmente (...).”

2. Consideraciones

La selección de los contratistas en los procesos de contratación que adelantan las entidades estatales debe hacerse de manera objetiva. La selección objetiva se materializa cuando, de acuerdo con las reglas establecidas en el reglamento del proceso, es decir, en los pliegos de condiciones, la entidad escoge la oferta más favorable a sus intereses y a los fines del Estado¹, sin tener en cuenta intereses de carácter particular².

Para que una entidad estatal seleccione objetivamente al contratista debe, principalmente, establecer reglas justas, claras y completas en los pliegos de condiciones, de manera que los oferentes puedan hacer ofrecimientos de la misma índole³.

La estructuración de los pliegos de condiciones debe estar acompañada de un completo ejercicio de planeación. Una de las actividades más importantes en este ejercicio es el análisis del mercado del bien o servicio que se va a adquirir. Al respecto, el Decreto 1082 de 2015 establece este deber y prescribe que las entidades estatales deben conocer el

¹ Ley 80 de 1993, artículo 3: “Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”.

² El artículo 5 establece los factores de escogencia y calificación que deben tener en cuenta las entidades estatales en los pliegos de condiciones con la finalidad de garantizar la selección objetiva de la mejor oferta: “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 (...)”

³ Ley 80 de 1993, artículo 24, numeral 5. Así mismo, ver Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto número: 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992) del 20 de mayo de 2010, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo: “la selección objetiva, según lo enseña la jurisprudencia de la sección tercera del consejo de estado, es una regla de conducta de la actividad contractual, así como un principio que orienta los procesos de selección tanto de licitación pública como de contratación directa, y un fin, pues apunta a un resultado, cual es, la escogencia de la oferta más ventajosa para los intereses colectivos perseguidos con la contratación.

“El Legislador al definir lo que se entiende por selección objetiva, pretende regular la escogencia de la mejor oferta mediante un proceso en el que prime la transparencia, la imparcialidad e igualdad de oportunidades, ajena a consideraciones subjetivas, para lo cual juegan un papel preponderante los factores y criterios de selección que en función de la específica necesidad pública haya fijado la administración en los pliegos de condiciones”.



sector relativo al objeto del Proceso de Contratación, desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica y de análisis de riesgo⁴.

En los estudios del sector la entidad estatal debe revisar, como mínimo, los aspectos generales del mercado del bien o servicio que sean relevantes en el proceso de contratación, analizando, entre otros, los contextos económico, técnico y regulatorio; e identificar los impuestos y/o gravámenes a los que está sujeto el bien o servicio objeto del respectivo proceso de contratación⁵.

Una vez estudiado, la entidad podrá tener una estimación final del valor del contrato. Sin embargo, ese valor no debe comprender únicamente su precio de venta, debe incluir todos los costos adicionales del ciclo de vida del producto, entre los cuales se encuentran los que afectan la ejecución del contrato tales como los impuestos, tasas y contribuciones⁶.

De acuerdo con la información obtenida en el estudio del mercado, la entidad podrá identificar todos aquellos aspectos o costos adicionales que deben ser tenidos en cuenta para determinar el precio total del bien o servicio objeto del proceso de contratación y sobre el cual el proponente estructurará su oferta⁷.

⁴ Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.1.1.6.1: “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”.

⁵ Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, Guía para la elaboración de estudios del sector: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_elaboracion_estudios.pdf

⁶ La Ley 1819 de 2016, artículo 192, dispone que: “La tarifa del impuesto sobre las ventas aplicable a los contratos celebrados con entidades públicas o estatales, será la vigente en la fecha de la resolución o acto de adjudicación, o suscripción del respectivo contrato.

“Si tales contratos son adicionados, a dicha adición le son aplicables las disposiciones vigentes al momento de la celebración de dicha adición”.

⁷ El Consejo de Estado, Sección Tercera, en la sentencia del 27 de abril de 2011, radicado: 18.293, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, se pronunció sobre la relación existente entre el estudio del sector y la estimación del valor del contrato indicando que: “Además, en la construcción del estudio de mercado por la entidad respectiva para la estimación del valor del contrato, entran en juego múltiples variables como el objeto a contratar, el tipo de contrato, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deban ejecutarse las prestaciones, los costos asociados a la producción y comercialización de los bienes y servicios, el valor de la mano de obra, la distancia de acarreo de los materiales, los fletes, seguros y demás gastos de transporte y entrega de los productos, las condiciones de pago, volúmenes, la administración, los imprevistos, la carga impositiva, la utilidad o provecho económico del contratista, la especialidad de la labor, los riesgos trasladados, etc.



El IVA es el impuesto sobre las ventas que asumen las personas respecto de quienes se realiza el hecho generador del impuesto, es decir, los que de acuerdo con las normas que regula el régimen tributario son responsables del IVA⁸ por realizar aquellas situaciones susceptibles de generar esa obligación tributaria⁹.

Las actividades que se ejecutan a través de los contratos que celebran las entidades del Estado no están exentas del pago del IVA siempre que la mismas correspondan a las operaciones o situaciones previstas como un hecho generador del mencionado impuesto. En este sentido, cuando una entidad del Estado necesita adquirir un bien o servicio que se encuentre gravado por el IVA, deberá incluirlo en el valor del contrato de manera que los oferentes puedan tenerlo en cuenta al formular sus ofertas.

En este sentido, y para garantizar la igualdad y transparencia en la participación de los proponentes¹⁰, las entidades deberán evaluar las ofertas teniendo en cuenta el costo total de la mismas, independientemente de si los proponentes son o no responsables del IVA¹¹, pues en caso contrario, si un proponente que no es responsable de IVA pero que el bien o

“Sea lo que fuere, es digno de señalar por la Sala que la Administración debe tener presente que al celebrar los contratos está obligada a «...obtener, sino el menor precio, por lo menos uno razonable...» y justificado, no exagerado o con sobrepagos ni tampoco artificialmente bajo, lo que le evitará pagar más o menos de lo que realmente cuesta el bien o servicio, como lo señala algún sector de la doctrina, lo que sólo se garantiza con unos estudios previos de costos que consulten el mercado y que estén a disposición de los interesados (...)”.

⁸ Ver el Estatuto Tributario, Decreto 624 de 1989, artículo 420, así como sus modificaciones; y el Decreto 1625 de 2016 “Decreto Único Reglamentario en materia tributaria” con sus modificaciones.

⁹ La Sala Plena de la Corte Constitucional, Sentencia de 17 de mayo de 2007, Expediente D-11762, M.P. Iván Humberto Escruce Mayolo, indicó frente al hecho generador lo siguiente: “ En lo correspondiente al hecho generador, principal elemento identificador de un gravamen, hace referencia “a la situación de hecho, que es indicadora de una capacidad contributiva, y que la ley establece de manera abstracta como situación susceptible de generar la obligación tributaria, de suerte que si se realiza concretamente ese presupuesto fáctico, entonces nace al mundo jurídico la correspondiente obligación fiscal”.

¹⁰ Ley 80 de 1993, artículo 24. Así mismo, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en Sentencia del 26 de noviembre de 2015, indicó que: “Uno de los asuntos que necesariamente debe estar delimitado de forma precisa en el pliego de condiciones, es el referente a los criterios de evaluación que guiarán al comité conformado para analizar, calificar las propuestas y determinar el adjudicatario del contrato.

“El adecuado desarrollo de este aspecto en los pliegos permite la materialización del principio de transparencia que impone que la escogencia de los contratistas esté precedida de un conjunto de reglas que rijan todo el proceso de selección, de tal suerte que queden definidos de antemano y de manera clara y objetiva todos los aspectos jurídicos, técnicos, económicos y financieros del negocio jurídico cuya celebración se persigue”.

¹¹ La Ley 1943 de 2018, en el artículo 4, indica que: “Las normas que se refieran al régimen común y al régimen simplificado, se entenderán referidas al régimen de responsabilidad del Impuesto sobre las Ventas (IVA)”.



servicio objeto del proceso de contratación sí está gravado con el mencionado impuesto presenta su oferta sin incluir el valor correspondiente al IVA, la entidad estaría evaluando un valor incompleto y no aquel que de acuerdo con su estudio del mercado es el valor final del presupuesto del contrato.

Siguiendo la hipótesis anterior, si el bien o servicio objeto del contrato estatal no está gravado con el IVA, porque se encuentra excluido, pero hay oferentes que son responsables de IVA, estos deberán tener en cuenta en sus ofertas el valor del respectivo impuesto, ya que cada oferente conoce las cargas tributarias que le corresponden.

3. Respuesta

El concepto con radicado de salida N.º 216130001598 del 8 de abril de 2016, expedido por esta Agencia, indicaba que las entidades estatales debían adelantar la evaluación de las ofertas sin tener en cuenta el IVA, en aplicación de los principios de selección objetiva e igualdad de condiciones de los proponentes.

No obstante, y de acuerdo con las consideraciones del presente concepto, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente considera que la evaluación de las ofertas se debe hacer íntegramente, es decir, teniendo en cuenta los impuestos, tasas o contribuciones que afectan el contrato.

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

Atentamente,



FABIÁN GONZALO MARÍN CORTÉS
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Proyectó: María Catalina Salinas R

