**CCE-DES-FM-17**

**SERIEDAD DE LA OFERTA – Finalidad**

Esta garantía respalda al principio de irrevocabilidad de la oferta, caso en el cual los proponentes que pierdan interés en la adjudicación resarcirán los perjuicios causados por su retiro del proceso de selección. Naturalmente, esta garantía solo la constituyen quienes presenten oferta, motivo por el cual sus efectos no se extienden a personas ajenas a la actividad precontractual; sin perjuicio de que la póliza sea un mecanismo conminatorio, en la medida en que obliga a celebrar el contrato, so pena de hacerla efectiva. De esta manera, la exigencia permite que solo se presenten personas con la capacidad técnica y financiera suficiente para ejecutarlo en caso de adjudicación, desestimulando la presentación de ofertas que no son serias, cuya evaluación entorpece la buena marcha de la Administración, y en especial la celeridad y eficiencia de los procedimientos contractuales.

**VIGENCIA – Seriedad de la oferta – Carácter estimativo**

Respecto al tiempo, [el artículo 2.2.1.2.3.1.9 del Decreto 1082 de 2015] dispone que debe estar vigente entre «la fecha de presentación de la propuesta» y hasta «la fecha de aprobación de la garantía única de cumplimiento». Allí se indica la fecha de inicio –*dies a quo*–, pero la fecha final –*dies ad quem*– se somete a una estimación razonable sobre el tiempo que toma adelantar el procedimiento de selección y la posterior legalización del contrato, especialmente cuando la aprobación de la garantía es uno de los requisitos de ejecución.

**SERIEDAD DE LA OFERTA – Garantía – Efectividad – Prórroga – Adjudicación – Suscripción – Requisitos**

[…] el numeral 1 del artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015 regula la efectividad de la garantía por «La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el plazo para la adjudicación o para suscribir el contrato es prorrogado, siempre que tal prórroga sea inferior a tres (3) meses». Lo requisitos de la causal son los siguientes: i) solicitud previa de la entidad estatal, ii) que la prórroga esté motivada en la ampliación del término para «adjudicar» o para «suscribir el contrato», lo que impide que la orden se sustente en razones diferentes, iii) que la ampliación que se solicita no supere tres (3) meses, ya que –considerando la carga que se le impone al proponente de mantener el ofrecimiento mas allá del plazo inicialmente previsto– aquel término implica una limitación justificable para las entidades. Si se cumplen estas condiciones los oferentes deben atender la solicitud de la Administración; en caso de incumplirla se hará efectiva la garantía, a título de sanción.

**DOCUMENTOS TIPO – Versión 2** **– Capacidad residual – Certificado disciplinario – Contador – Vigencia**

[…] los proponentes obligados a tener RUP deberán presentar el certificado de antecedentes disciplinarios de contadores con fecha de expedición no mayor a noventa [90] días calendario anteriores a la fecha del cierre del Proceso de Contratación por los siguientes motivos: i) este certificado contendrá las providencias ejecutoriadas que se hayan expedido dentro de los cinco años anteriores a su expedición y, por tanto, se verificará si para la época en la cual el contador suscribió el estado de resultados integral tenía alguna sanción o inhabilidad y ii) porque el certificado tiene una vigencia de tres [3] meses desde su expedición.

**SUBSANABILIDAD – Aplicación – Improcedencia – Circunstancias posteriores –Cierre del proceso**

Un mejor entendimiento del significado de la expresión «circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso» lleva necesariamente a distinguir entre la prueba de un hecho y el hecho mismo. En el caso de la subsanabilidad de las ofertas, una cosa es el requisito habilitante o el elemento de la propuesta y otra su prueba. Lo que prohíbe la norma es que se subsanen requisitos que no estaban cumplidos al momento de presentar la oferta, o en palabras de la ley, que se acrediten hechos que ocurrieron después del cierre del proceso.

**DOCUMENTOS TIPO – Matriz 1 – Reglas – Experiencia – Mejoramiento vías terciarias**

[…] los Documentos Tipo son inalterables y, por tanto, las entidades estatales no pueden incluir o modificar en los documentos del proceso las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación distintos a los señalados en los Documentos Tipo.

De este modo, por ahora no es posible que las entidades modifiquen la experiencia general prevista en la «Actividad 2.2 Mejoramiento de Vías Terciarias». Sin embargo, su observación será tenida en cuenta para la próxima modificación que se realice a los Documentos Tipo de Licitación de obra pública de infraestructura de transporte. Para de esta manera, ampliar el alcance de la experiencia en la actividad de mejoramiento de vías terciarias.

Bogotá D.C., **10/08/2020 Hora 21:31:13s**

**N° Radicado: 2202013000007273**

Señora

**María Juliana Pérez**

Ciudad

**Concepto C – 391 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | SERIEDAD DE LA OFERTA – Finalidad / VIGENCIA – Seriedad de la oferta – Carácter estimativo / SERIEDAD DE LA OFERTA – Garantía – Efectividad – Prórroga – Adjudicación – Suscripción – Requisitos / DOCUMENTOS TIPO – Versión 2 – Capacidad residual – Certificado disciplinario – Contador – Vigencia / SUBSANABILIDAD – Aplicación – Improcedencia – Circunstancias posteriores al cierre / DOCUMENTOS TIPO – Matriz 1 – Reglas para acreditar la experiencia – Mejoramiento vías terciarias |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta 4202013000004385 |
|  |  |

Estimada señora Pérez:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 1 de junio de 2020.

1. **Problemas planteados**

Usted realiza las siguientes preguntas: i) «¿La vigencia de la garantía de seriedad debe ser ampliada por el proponente en caso de que los procesos se suspendan? ¿Puede ser esto una causal de rechazo? ¿La entidad puede solicitar esa ampliación a modo de subsanación (sic)?», ii) «¿Si en los antecedentes de los contadores figura una nota de que el profesional no ha actualizado el registro, será suficiente para que no sea válido el certificado?», iii) «¿Si un proponente presenta un certificado de antecedentes de un contador vencido, y lo subsana con fecha de expedición posterior al cierre, será suficiente para rechazar al oferente?» y, finalmente, iv) « La entidad en la versión de los pliegos tipo V2, establece para la experiencia en construcción de vías terciarias que es válido contratos de: "Construcción, mejoramiento, mantenimiento y rehabilitación", pero para experiencia en mejoramiento de vías terciarias únicamente figura como valida experiencia: "construcción y mejoramiento". Lo anterior no guarda relación con la complejidad de cada una de las actividades, pues tiene mayor complejidad la construcción de una vía terciaria nueva que el mejoramiento, por lo que creemos que existe una incongruencia en la experiencia aceptada para los contratos de construcción de vías terciarias que no es aceptada para los contratos de mejoramiento, por lo que solicitamos respetuosamente a ustedes aclarar».

1. **Consideraciones**

Para desarrollar los problemas planteados, en primer lugar se estudiará en qué consiste la garantía de seriedad de la oferta y si procede su prórroga en el evento de que se suspenda el proceso de contratación; en segundo lugar, se explicará si el certificado de contadores que no esté actualizado es o no válido en el proceso de contratación; en tercer lugar, se explicará el alcance relacionado con la subsanabilidad de las ofertas; y finalmente, se estudiará la «Matriz 1 – Experiencia», relacionada con la experiencia aplicable en la construcción y mejoramiento de vías terciarias.

Esta Subdirección expidió el concepto C ─ 229 del 16 de abril de 2020, donde explicó la vigencia de la seriedad de la oferta. Por su parte, en el concepto C – 393 de 2020 se estudiaron los requisitos para acreditar la capacidad residual en los Documentos Tipo de Licitación Pública de Infraestructura de Transporte, específicamente el relacionado con el certificado de antecedentes disciplinarios de los contadores públicos. A su vez, expidió el concepto CU ─ 060 de 2020 en respuesta a las consultas con radicado 4202012000000282 y 4202012000000283, donde unificó su criterio sobre el alcance de la regla de la subsanabilidad, contenida actualmente en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

Finalmente, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diferentes conceptos sobre la forma de establecer la experiencia exigible en procesos de contratación de licitación de obra pública de infraestructura de transporte que aplican Documentos Tipo[[1]](#footnote-1). En el concepto del 5 de septiembre de 2019, proferido dentro del radicado 2201913000006581, se explicaron los supuestos que deben tener en cuenta las entidades para determinar la experiencia. Las tesis propuestas en dichos conceptos se exponen a continuación.

**2.1 Garantía de seriedad de la oferta**

Por regla general, para seleccionar contratistas y para celebrar contratos se requiere la constitución de garantías. Mientras las primeras implican una caución provisional que avala la propuesta y es una garantía precontractual –y parcialmente contractual– destinada a asegurar la suscripción del acuerdo, entre otras obligaciones; las segundas son un mecanismo de cobertura del riesgo derivado del incumplimiento de las obligaciones del contrato. Desde esta perspectiva, ambas constituyen una obligación de seguridad, es decir, aquella donde el interés del acreedor no consiste en una utilidad específica y tangible, sino en la tranquilidad frente a ciertos riesgos por la cobertura de sus consecuencias nocivas.

Los artículos 2.2.1.2.3.1.6 y 2.2.1.2.3.1.9 del Decreto 1082 de 2015 establecen las condiciones que debe cumplir la garantía de seriedad de la oferta[[2]](#footnote-2). Esta puede otorgarse a través de: i) un contrato de seguro contenido en una póliza, ii) la constitución de un patrimonio autónomo, o iii) una garantía bancaria. Allí se indica que el proponente debe presentar una garantía que cumpla con los parámetros, condiciones y requisitos señalados en ese numeral, y no requiere necesariamente que se aporten documentos adicionales, concretamente el recibo de pago de la prima, porque el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 establece que «[…] tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral […]». Esta norma excepciona la terminación automática del contrato de seguro por falta de pago, prevista en el artículo 1068 del Código de Comercio[[3]](#footnote-3).

 Esta garantía respalda al principio de irrevocabilidad de la oferta, caso en el cual los proponentes que pierdan interés en la adjudicación resarcirán los perjuicios causados por su retiro del proceso de selección. Naturalmente, esta garantía solo la constituyen quienes presenten oferta, motivo por el cual sus efectos no se extienden a personas ajenas a la actividad precontractual; sin perjuicio de que la póliza sea un mecanismo conminatorio, en la medida en que obliga a celebrar el contrato, so pena de hacerla efectiva. De esta manera, la exigencia permite que solo se presenten personas con la capacidad técnica y financiera suficiente para ejecutarlo en caso de adjudicación, desestimulando la presentación de ofertas que no son serias, cuya evaluación entorpece la buena marcha de la Administración, y en especial la celeridad y eficiencia de los procedimientos contractuales[[4]](#footnote-4). Sobre este aspecto, la doctrina explica que:

Las *garantías provisionales* “avalan la solemnidad de la oferta por parte del contratista”; constituyen una seña pre-contractual destinada a *asegurar la celebración del contrato*, no su cumplimiento. La administración procede a devolver a los oferentes no adjudicatarios, y a transformar en definitiva respecto al adjudicatario, las garantías provisionales, deduciéndose entonces que las *arras* no forman parte del precio, ni son por tanto arras confirmatorias […], sino puramente penitenciales […] como garantías y compensación del *ius poenitendi* del licitante. Son, en consecuencia, “la medida de la responsabilidad pre-contractual del oferente”; o, más bien, la garantía de oferta representa en definitiva la medida de la responsabilidad[[5]](#footnote-5). (Cursivas dentro del texto)

No obstante, para resolver la consulta, las ideas generales sobre la seriedad de la propuesta deben acompañarse de una reflexión sobre los siguientes aspectos: i) la cobertura de la garantía, iii) las causas para hacerla efectiva y iii) la posibilidad de exigir al proponente su ampliación cuando se suspende el procedimiento de selección.

*En primer lugar*, el artículo 2.2.1.2.3.1.9 del Decreto 1082 de 2015 define la cobertura en términos de monto y tiempo, disponiendo que «La garantía de seriedad de la oferta debe estar vigente desde la presentación de la oferta y hasta la aprobación de la garantía de cumplimiento del contrato y su valor debe ser de por lo menos el diez por ciento (10%) del valor de la oferta».

Respecto al valor, dispone que tendrá un monto igual o superior al diez por ciento (10%) de la oferta, constituyendo la suma mínima que la entidad puede establecer para cumplir la exigencia, sin perjuicio de que requiera un valor superior. En todo caso, conforme a la norma citada, este principio tiene excepciones para los acuerdos marco de precios, los contratos derivados de la selección abreviada por subasta inversa y el concurso de méritos, así como para los contratos que superan un millón –1’000.000– de smlmv.

Respecto al tiempo, la norma dispone que debe estar vigente entre «la fecha de presentación de la propuesta» y hasta «la fecha de aprobación de la garantía única de cumplimiento». Allí se indica la fecha de inicio –*dies a quo*–, pero la fecha final –*dies ad quem*– se somete a una estimación razonable sobre el tiempo que toma adelantar el procedimiento de selección y la posterior legalización del contrato, especialmente cuando la aprobación de la garantía es uno de los requisitos de ejecución[[6]](#footnote-6).

Naturalmente, como el cronograma del procedimiento de contratación puede ampliarse, por sucesos inesperados, o por otras razones, el plazo que debe cubrir la garantía de seriedad se determina a partir de un *lapso de incertidumbre,* bajo el cual las entidades disponen que la seriedad del ofrecimiento tenga una vigencia superior a la duración del procedimiento de selección, incluyendo tanto el plazo de suscripción del contrato como el de aprobación de la garantía única.

Normalmente, en el pliego de condiciones, o en la invitación a contratar, las entidades «acostumbran» exigir a los proponentes que garanticen la seriedad de la propuesta durante 3 meses –pudiendo ser de más o menos tiempo–, para cubrir el lapso que tarda el trámite precontractual, pero también los eventuales contratiempos y hasta las eventuales ampliaciones de las distintas etapas del procedimiento de selección, así como la posterior firma del contrato y aprobación de la garantía de cumplimiento, lo que evita que la Administración solicité frecuentemente su prórroga.

Por tanto, la entidad calcula y establece un *término* para realizar el procedimeitno de selección, firmar el contrato y aprobar la garantía de cumplimiento, contado a partir de la recepción de las propuestas, fecha que se define al elaborar el pliego o la invitación. Esta *estimación* corresponde a la vigencia de la garantía precontractual, y las autoridades públicas lo fijan discrecionalmente, salvo que se trate de un procedimiento regulado por documentos tipo[[7]](#footnote-7).

Esta característica diferencia la garantía de seriedad de otros amparos, pues el Decreto 1082 de 2015 define, para muchos, tanto el *dies a quo* como el *dies ad quem* mínimo. Por ejemplo, el artículo 2.2.1.2.3.1.13 dispone que el amparo de pago de salarios y prestaciones sociales tiene una vigencia equivalente al plazo del contrato y tres (3) años más; para la estabilidad de la obra, el artículo 2.2.1.2.3.1.14 dispone que el amparo estará vigente por un término no inferior a cinco (5) años, contado a partir del recibo a satisfacción; y para el seguro de responsabilidad civil extracontractual, la vigencia debe ser igual o superior al plazo de ejecución del contrato.

La determinación del *valor* y el *tiempo* de cobertura de esta garantía precontractual es esencial en el procedimiento de selección. Respecto al primero, corresponde a la sanción por el incumplimiento de la seriedad de la propuesta, delimitando la obligación pecuniaria de la aseguradora[[8]](#footnote-8). Lo anterior es una consecuencia del principio de responsabilidad, ya que el mantenimiento de la oferta está sujeto al deber de buena fe y, por tanto, el desconocimiento de las expectativas legítimas de la Administración autoriza la reparación de los perjuicios sufridos. Respecto al segundo, el *plazo de cobertura* delimita directamenteel período de vigencia de la oferta.

En ambos aspectos, es decir, tanto respecto al valor como al plazo, la garantía de seriedad tiene diferencias marcadas con el régimen de la irrevocabilidad de la oferta en el derecho privado. El inciso primero del artículo 846 del Código de Comercio dispone que «La propuesta será irrevocable, por lo tanto, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario». Aunque la contratación estatal se rige por una regla similar, son evidentes los matices introducidos en el régimen de la garantía precontractual, pues el artículo 2.2.1.2.3.2.8 del Decreto 1082 de 2015 dispone que «En caso de siniestro en la garantía de la seriedad de la oferta, la compañía de seguros debe responder por el total del valor asegurado a título de sanción».

Adicionalmente, la ley civil y comercial dispone de plazos cortos para aceptar la propuesta –a falta de pacto en contrario–. Los artículos 846 y 847 del Código de Comercio definen el término de obligatoriedad de la propuesta cuando se ofrecen mercaderías o se exhiben bienes en vitrinas o mostradores. Adicionalmente, los artículos 850 y 851 *ibidem* definen el plazo de vinculación de la oferta en la propuesta verbal y escrita, respectivamente. Para la primera dispone que «[…] deberá ser aceptada o rechazada en el acto de oírse», agregando que «[…] La propuesta hecha por teléfono se asimilará, para los efectos de su aceptación o rechazo, a la propuesta verbal entre presentes». Por su parte, la segunda «[…] deberá ser aceptada o rechazada dentro de los seis días siguientes a la fecha que tenga la propuesta, si el destinatario reside en el mismo lugar del proponente; [pero] si reside en lugar distinto, a dicho término se sumará el de la distancia» (Corchetes fuera de texto), el cual –conforme al artículo 852 del Código de Comercio– se calcula según el medio empleado por el proponente.

Aunque el artículo 853 dispone que estos términos son supletivos, porque «Las partes podrán fijar plazos distintos a la aceptación o rechazo de la propuesta o ésta contenerlos», en la contratación estatal no hay norma semejante, pero la garantía de seriedad directamente es la que define el plazo de mantenimiento de la propuesta, el cual acepta el proponente cuando se presentar al procedimiento de selección.

*En segundo lugar*, es importante definir los casos en los que la entidad puede hacer efectiva la garantía de seriedad. Conforme al artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015, cubre la sanción derivada del incumplimiento de la propuesta, en los siguientes eventos:

1. La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el plazo para la adjudicación o para suscribir el contrato es prorrogado, siempre que tal prórroga sea inferior a tres (3) meses.

2. El retiro de la oferta después de vencido el plazo fijado para la presentación de las ofertas.

3. La no suscripción del contrato sin justa causa por parte del adjudicatario.

4. La falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado de la garantía de cumplimiento del contrato.

Si la vigencia mínima de la garantía está prevista en el artículo 2.2.1.2.3.1.9 del Decreto 1082 de 2015, algunos entienden que tanto el «siniestro» como la «declaratoria» deben ocurrir dentro de ese lapso. Sin embargo, esta idea es incorrecta, porque el «siniestro», entendido como la realización del riesgo asegurado, debe suceder dentro de la vigencia, pero el acto administrativo que declara su ocurrencia debe expedirse antes de la prescripción del contrato de seguro[[9]](#footnote-9). En otras palabras, aunque la vigencia de la garantía está relacionada con la ocurrencia del siniestro, es independiente del plazo que tiene la Administración para hacerla efectiva, máxime cuando se limita a declarar una situación prexistente[[10]](#footnote-10). Por tanto, lo importante es que las causales del artículo 2.2.1.2.3.1.6 *ibidem* se configuren durante la vigencia de la garantía de seriedad, con independencia de que se declare el siniestro una vez vencida.

Ahora bien, las causales 1, 3 y 4 se configuran a través de omisiones –no ampliar, no suscribir y no otorgar–, mientras que la causal 2 se configura a través de una acción –retirar la oferta–. Además, guardan relación con diferentes etapas del procedimiento: mientras la causal 1 está relacionada con la adjudicación y perfeccionamiento del contrato; la causal 2 está ubicada en la etapa precontractual; y las causales 3 y 4 en la contractual. Finalmente, mientras las causales 2, 3 y 4 dependen de la conducta pura y simple del proponente, la causal 1 depende de una exigencia previa de la entidad contratante en la que, posteriormente, el oferente incumple el deber de mantener la vigencia de la garantía del ofrecimiento.

De hecho, la causal 1 es relevante para el objeto de la consulta, ya que consagra el deber de ampliar la garantía de seriedad en los casos y condiciones determinadas por el reglamento. Esta obligación es particularmente gravosa para el proponente, ya que los precios de los bienes y servicios se ajustan contantemente a la oferta y la demanda, por lo tanto pueden variar notablemente, en ciertos mercados por lo menos. Desde esta perspectiva, es relativamente previsible o justificable la resistencia de los proponentes a ampliar la cobertura, circunstancia que se agrava cuando esta vence antes de la aprobación de la garantía única, por lo que es recomendable que el *plazo de cobertura* supere el tiempo de normalmente tarda la entidad en aprobar la garantía contractual, pues hacerlo por un término menor obliga a la entidad a solicitar la prórroga de aquel.

En esta medida, el numeral 1 del artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015 regula la efectividad de la garantía por «La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el plazo para la adjudicación o para suscribir el contrato es prorrogado, siempre que tal prórroga sea inferior a tres (3) meses». Lo requisitos de la causal son los siguientes: i) solicitud previa de la entidad estatal, ii) que la prórroga esté motivada en la ampliación del término para «adjudicar» o para «suscribir el contrato», lo que impide que la orden se sustente en razones diferentes, iii) que la ampliación que se solicita no supere tres (3) meses, ya que –considerando la carga que se le impone al proponente de mantener el ofrecimiento mas allá del plazo inicialmente previsto– aquel término implica una limitación justificable para las entidades. Si se cumplen estas condiciones los oferentes deben atender la solicitud de la Administración; en caso de incumplirla se hará efectiva la garantía, a título de sanción.

No obstante, *en tercer lugar*, es necesario definir si la entidad contratante puede solicitar que se amplíe la vigencia de la garantía de seriedad cuando se «*suspende»* un procedimiento de selección. Para abordar esta cuestión, debe considerarse que la *suspensión* no tiene regulación expresa en la actividad precontractual –sin que por ahora se consiere que esté prohibido–, aunque la ley sí se refiere expresamente a las *prórrogas,* en los casos previstos en el ordenamiento. Por ejemplo, la Ley 80 de 1993 regula estas últimas en los numerales 4, 5 y 9 del artículo 30 para la licitación pública[[11]](#footnote-11); además, el artículo 2.2.1.1.2.2.1 del Decreto 1082 de 2015 dispone, en lo pertinente, que «La Entidad Estatal puede modificar los pliegos de condiciones a través de Adendas expedidas antes del vencimiento del plazo para presentar ofertas» y que «La Entidad Estatal puede expedir Adendas para modificar el Cronograma una vez vencido el término para la presentación de las ofertas y antes de la adjudicación del contrato»[[12]](#footnote-12).

Naturalmente, la *prórroga* y la *suspensión* tienen alcance distinto: mientras esta detiene el procedimiento de selección, la primera autoriza realizar la misma actuación mas allá del término inicialmente previsto. Para la Real Academia Española, «prorrogar» alude a «Continuar, dilatar, extender algo por un tiempo determinado»; y «suspender» se relaciona con «Detener o diferir por algún tiempo una acción u obra».

En todo caso, pese a que la *suspensión* del procedimiento de selección no está expresamente prevista en la Ley 80 de 1993 –se insiste, sin que por ahora se consiere que esté prohibida–, actualmente la autoriza el Decreto Legislativo 537 de 2020[[13]](#footnote-13), vigente mientras se mantenga la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, sustrayendo su vigencia a la duración de la declaración de Emergencia Social, Económica y Ecológica, como lo planteaba el Decreto 440 de 2020. Particularmente, el artículo 3 del Decreto 537 de 2020 permite suspender los procedimientos de selección, en los siguientes términos:

Art. 3. Durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, las entidades públicas podrán como consecuencia de la Emergencia Sanitaria suspender los procedimientos de selección. Contra este acto administrativo no proceden recursos.

En caso de requerirse recursos para atender las situaciones relacionadas con la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, las entidades públicas podrán revocar, de manera motivada, los actos administrativos de apertura, siempre y cuando no se haya superado la fecha para la presentación de ofertas. Contra este acto administrativo no proceden recursos.

Dentro de este marco, bajo la facultad transitoria del artículo 3 del Decreto Legislativo 537 de 2020, es necesario analizar si la entidad puede solicitar que se amplíe la vigencia de la garantía de seriedad cuando se «*suspende»* el procedimiento de selección. De acuerdo con el numeral 1 del artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015, uno de los requisitos para obligar al proponente a atender el requerimiento consiste en que la prórroga esté justificada en la «ampliación» del término para «adjudicar» o en la «ampliación» del término para «suscribir» el contrato. *En sentido amplio*, podría pensarse que la suspensión cumple este presupuesto, pues si se detiene temporalmente una etapa –v. gr. la recepción de ofertas, la evaluación, la formulación de las observaciones al informe, etc.–, la Administración debe ampliar el cronograma, reprogramando las restantes, lo que indirectamente desplaza la fecha para «adjudicar» y «firmar el contrato».

Sin embargo, la Subdirección no comparte la tesis del párrafo precedente, ya que –*en sentido estricto*– la ampliación y la suspensión tienen alcance diferente, pues mientras esta detiene el procedimiento de selección, aquella prorroga el término de una etapa. Por ejemplo, si el contrato debe suscribirse tres (3) días hábiles después de la adjudicación y el cronograma dispone la expedición del acto administrativo para el 3 agosto de 2020, la suspensión del término para adjudicar por cinco (5) días hábiles –es decir, entre el 3 y el 7 de agosto de 2020– no aumenta el plazo para suscribir el contrato, sino que desplaza la fecha para perfeccionarlo. En efecto, sin la suspensión, el contrato debería suscribirse el 6 de agosto de 2020 –esto es, tres (3) días hábiles después de la adjudicación–; pero con esta el contrato se adjudica el 10 de agosto de 2020, con un plazo máximo de perfeccionamiento que vence el 13 de agosto de 2020, lo que significa que no se prorrogó el término inicial de tres (3) días hábiles, inicialmente dispuesto en el cronograma.

Un asunto diferente es que, en el ejemplo propuesto, la Administración amplíe el tiempo para perfeccionar el contrato mas allá del inicialmente previsto –por ejemplo pasando de tres (3) a los cinco (5) días siguientes a la adjudicación del contrato–, porque en este caso se prorroga una de las etapas descritas en el numeral 1 del artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015. De esta manera, mientras esté vigente el plazo inicial de la garantía y se cumplan las demás condiciones exigidas en la norma citada, los proponentes deben atender el requerimiento de la entidad, so pena de hacerla efectiva.

Por tanto, bajo una *interpretación estricta*, cuando el Decreto 1082 de 2015 dispone el cobro por «La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el plazo para la adjudicación o para suscribir el contrato es prorrogado, siempre que tal prórroga sea inferior a tres (3) meses», se entiende excluidas no solo las ampliaciones de otras etapas –v. gr. la recepción de ofertas, la evaluación, la formulación de las observaciones al informe, etc.– sino también la suspensión del procedimiento de selección.

La misma conclusión expresada hasta ahora aplica cuando la entidad amplía o prorroga una etapa del procedimiento de contratación distinta a la adjudicación o a la firma del contrato, por ejemplo, la presentación de las ofertas, la evaluación de las mismas u otra cualquiera.

Lo anterior tampoco impide que durante la «suspensión» o durante la ampliación de una etapa diferente, la entidad solicite al proponente la ampliación de la garantía de seriedad; pero como estas hipótesis no están previstas en la norma citada, el proponente no está obligado a atender el requerimiento, especialmente cuando la autoridad carecería de competencia para imponer la sanción. En todo caso, si así lo desea, si voluntariamente accede a la solicitud, el oferente puede ampliar la póliza, extendiéndose automáticamente la seriedad de las condiciones de su oferta.

En este contexto, se precisan dos (2) aspectos adicionales: i) si el proponente no atiende el requerimiento de la entidad, no es posible rechazar la oferta; y ii) la ampliación de la garantía no es una forma de subsanarla. Es necesario considerar que las causales de rechazo de la oferta se fundamentan directamente en la ley o en el pliego de condiciones, pero en uno y en otro caso guardan relación con defectos, omisiones o circunstancias impeditivas que permitan deducir que la misma no resulta favorable para los intereses de la entidad, en los términos del inciso 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007[[14]](#footnote-14). En esta medida, la entidad no puede rechazar la oferta del proponente que reúsa ampliar la garantía de seriedad frente a la suspensión del procedimiento, ya que este aspecto no incide en la comparación de los económicos y técnicos, y porque la suspensión –como se explicó anteriormente– no es una causa que obligue al proponente a atender el requerimiento de la entidad.

Tratándose de la garantía precontractual, el rechazo de la propuesta procede bajo los siguientes supuestos: i) por no entregarla al cierre del procedimiento de selección y ii) por no subsanar los defectos en su constitución en los términos establecidos en la ley. La primera hipótesis está prevista en el artículo 5, parágrafo 3, de la Ley 1150 de 2007, adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, pues dispone que «La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma». Por su parte, el segundo evento se fundamenta en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, en el sentido que los requisitos habilitantes, con las excepciones que se explicaran en numeral 2.3 del presente concepto para la subasta inversa y la mínima cuantía, pueden solicitarse y aportarse «[…] hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección […]» so pena de rechazo.

En esta medida, si el proponente entrega la garantía inicial o la subsana oportunamente, no es posible que posteriormente la Administración rechace la oferta de quien no la prorroga en caso de «suspensión» del procedimiento, o de ampliación de una etapa distinta de las previstas en el numeral 1 del artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015, especialmente cuando la entidad debió estimar el plazo razonable para cumplir la obligación prevista en el artículo 2.2.1.2.3.1.9 del Decreto 1082 de 2015, o solicitar oportunamente la ampliación de la cobertura en los términos del artículo 2.2.1.2.3.1.6, numeral 1, *ibidem*, esto es, frente a la prórroga del plazo para adjudicar o suscribir el contrato.

**2.2** **Vigencia del certificado de antecedentes disciplinarios del contador**

De acuerdo con lo establecido en el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015, la capacidad residual es la aptitud de los oferentes para cumplir de manera oportuna y a cabalidad el objeto de un contrato de obra, sin que los demás compromisos contractuales que han adquirido afecten su habilidad de cumplir el objeto del contrato que está en proceso de selección[[15]](#footnote-15). Por su parte, el Consejo de Estado ha definido la capacidad residual como «la diferencia que existe entre el potencial de contratación que se tiene y los compromisos que haya adquirido y que se encuentren en ejecución, para la fecha de presentación de la oferta»[[16]](#footnote-16).

En atención a lo anterior, la capacidad residual hace referencia a la suficiencia que tiene el proponente para asumir nuevas obligaciones que se derivan del contrato objeto del proceso de contratación, en relación con las obligaciones que ya adquirió frente a otros contratos.

El artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, estableció como condición «para poder participar en los procesos de selección de los contratos de obra, la capacidad residual del proponente o K de contratación», y determinó que esta debe ser igual o superior a la que se ha establecido en los pliegos de condiciones, en los siguientes términos:

Parágrafo 1°. Para poder participar en los procesos de selección de los contratos de obra y demás que señale el reglamento, la capacidad residual del proponente o K de contratación deberá ser igual o superior al que la entidad haya establecido para el efecto en los pliegos de condiciones.

Para establecer la capacidad residual del proponente o K de contratación, se deberán considerar todos los contratos que tenga en ejecución el proponente al momento de presentar la oferta. El desarrollo y ejecución del contrato podrá dar lugar a que los valores que sean cancelados al contratista se consideren para establecer el real K de contratación, en cada oportunidad. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

 Por su parte, el artículo 72 de la Ley 1682 de 2013, por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte, estableció que la capacidad residual del proponente se debe calcular mediante la evaluación de los siguientes factores: Experiencia [E], Capacidad Financiera [CF], Capacidad Técnica [CT] y Capacidad de Organización [CO].

 Definido el alcance del requisito habilitante de capacidad residual en los procesos de contratación, a continuación, se explicará la forma en cómo se acredita este requisito en los Documentos Tipo de Licitación de Obra Pública – Versión 2 y Selección abreviada de Infraestructura de Transporte.

 El numeral 3.11, de los Documentos Tipo, define que el proponente será hábil si la capacidad residual del Proponente es mayor o igual a la capacidad residual del Proceso de contratación. Así:

$$CRP \geq CRPC$$

De igual manera, el numeral 3.11.2 define el método para evaluar cada uno de los factores de la capacidad residual, tales como: la Capacidad de Organización [CO], Experiencia [E], Capacidad Financiera [CF], Capacidad Técnica [CT] y Saldos contratos en ejecución [SCE].

En razón a que su consulta se relaciona directamente con el factor de capacidad de organización, a continuación, se explicará su alcance y la forma de para acreditarlo. La Capacidad de Organización corresponde a los ingresos operaciones del proponente teniendo en cuenta lo siguiente:

| **Años de información financiera**  | **Capacidad de organización (CO)**  |
| --- | --- |
| Cinco (5) años o más | Mayor Ingreso Operacional de los últimos 5 años |
| Entre uno (1) y cinco (5) años | Mayor Ingreso Operacional de los años de existencia del Proponente.  |
| Menos de un (1) año (\*) | USD 125.000 (Liquidados a la tasa de cambio determinada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo cada 2 años para efectos del umbral del beneficio de las Mipyme.) |

Ahora, su acreditación dependerá de si el oferente está o no en la obligación de tener RUP. Los proponentes obligados a tener RUP presentarán como documentos adicionales: i) el estado de resultados integral [estado de resultados o pérdida o ganancias], del año en que hayan obtenido el mayor ingreso operacional en los últimos cinco (5) años, debidamente firmado por el interesado o su representante Legal y el revisor fiscal si está obligado a tenerlo, o el auditor o contador si no está obligado a tener revisor fiscal y ii) copia de la tarjeta profesional y certificado de antecedentes disciplinarios vigentes de los contadores públicos, revisores fiscales, contadores independientes [externos], quienes suscribieron los documentos señalados en el presente literal.

Por otro lado, los proponentes naturales o jurídicas extranjeras sin domicilio o sucursal en Colombia deben presentar el estado de resultados integral consolidado [estado de resultados o pérdida o ganancias] del año en que hayan obtenido el mayor Ingreso Operacional en los últimos cinco (5) años, auditado, con la firma de quien se encuentre en obligación de hacerlo, de acuerdo con la normativa vigente en el país de origen, en la moneda legal del país en el cual fue emitido, de conformidad con la legislación propia del país de origen.

Adicional a lo anterior, deben allegar la traducción al idioma castellano de la información financiera, observando lo siguiente: (i) los valores deben ser expresados pesos colombianos, convertidos a la tasa representativa del mercado TRM] de la fecha de corte de los mismos, en los términos descritos en la sección 1.13 del presente Pliego de Condiciones; (ii) presentados de acuerdo con las normas NIIF; y (iii) debidamente firmados por el Contador Público Colombiano que los hubiere convertido.

 Ahora bien, como se explicó previamente, los proponentes obligados a tener RUP entregarán el estado de resultados integral del año en que hayan obtenido mayor ingreso operacional y copia de la tarjeta profesional y certificado de antecedentes disciplinarios de los contadores públicos que suscribieron esos documentos. De este modo, si el proponente presenta el estado de resultados integral del año 2017 se deberá presentar la tarjeta profesional y la copia del certificado de antecedentes disciplinarios del contador que suscribió ese estado financiero en el año 2017.

El Ministerio de Educación Nacional, en la resolución 074 de 2002, reglamenta los certificados de vigencia de inscripción y antecedentes disciplinarios del contador público, y, en el artículo 2, señala que estos certificados se expedirán previa solicitud del interesado, cuando se requiera acreditar la calidad de contador público y siempre que se solicite información histórica sobre los antecedentes disciplinarios del inscrito[[17]](#footnote-17). De igual forma, se indica que estos certificados deberán contener las anotaciones de providencias ejecutoriadas dentro de los cinco [5] años anteriores a su expedición y, en todo caso, aquellas que se refieran a sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes en dicho momento[[18]](#footnote-18).

Por su parte, el artículo 5 indica que el certificado de vigencia de inscripción y de antecedentes disciplinarios deberá contener la siguiente información: […] d) si el profesional tiene o no vigente su inscripción ante la Junta Central de Contadores y si durante los últimos cinco [5] años, o desde su registro como contador público, presenta o no anotaciones sobre antecedentes disciplinarios[[19]](#footnote-19).Conforme a lo anterior, el certificado de antecedentes disciplinarios del contador público deberá contener las anotaciones de providencias ejecutoriadas dentro de los cinco años anteriores a su expedición, y de igual forma se identificarán las sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes en dicho momento.

Asimismo, en virtud del parágrafo segundo, del artículo 5, los certificados a que se refiere la presente resolución tendrán una vigencia de tres [3] meses, contados a partir de su expedición[[20]](#footnote-20).

En este sentido, los proponentes obligados a tener RUP deberán presentar el certificado de antecedentes disciplinarios de contadores con fecha de expedición no mayor a noventa [90] días calendario anteriores a la fecha del cierre del Proceso de Contratación por los siguientes motivos: i) este certificado contendrá las providencias ejecutoriadas que se hayan expedido dentro de los cinco años anteriores a su expedición y, por tanto, se verificará si para la época en la cual el contador suscribió el estado de resultados integral tenía alguna sanción o inhabilidad y ii) porque el certificado tiene una vigencia de tres [3] meses desde su expedición.

 Ahora usted pregunta: ¿si en los antecedentes de los contadores figura una nota de que el profesional no ha actualizado el registro, será suficiente para que no sea válido el certificado? Tal y como se explicó anteriormente, el certificado de antecedentes disciplinarios de contadores se presentará con fecha de expedición no mayor a noventa [90] días calendario anteriores a la fecha del cierre del Proceso de Contratación para que sea válido en el Proceso de Contratación.

**2.3 Alcance de la regla de la subsanabilidad de las ofertas en los procedimientos de selección. Unificación de criterio.**

A continuación, se reiterará el concepto unificado de esta Subdirección en torno al alcance de la regla de la subsanabilidad, contenida actualmente en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Al respecto, la postura que se reitera en el presente concepto es la siguiente: por regla general, i) la falta de entrega o ii) los defectos, de los requisitos habilitantes, son subsanables. La excepción se encuentra en los casos, previstos en la ley, que limitan la subsanabilidad, es decir, en la prohibición de permitir la entrega de la garantía de seriedad de la oferta que no fue aportada con la propuesta y de valer la acreditación de circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

En efecto, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en el concepto con radicado No. 4201913000006471 del 28 de octubre de 2019, analizó el régimen jurídico de la subsanabilidad. De igual forma, en los conceptos con radicados No. 4201912000006711 del 12 de noviembre de 2019 y 4201912000006496 del 15 de noviembre de 2019 reiteró el desarrollo normativo y jurisprudencial para subsanar los errores de los documentos presentados en la oferta. La tesis propuesta en estos conceptos es la que se expone a continuación:

La posibilidad de enmendar, corregir o subsanar los errores en los que se incurre en los documentos contentivos de la oferta es un tema que ha tenido diferentes momentos o etapas en el ordenamiento jurídico colombiano.

En un *primer momento*, antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, el régimen jurídico de la subsanabilidad de las ofertas estaba compuesto por el Decreto-ley 150 de 1976 y el Decreto-ley 222 de 1983. Bajo el imperio de estas normas, la posibilidad de subsanar errores era prácticamente inexistente, debido al excesivo formalismo procedimental que irradiaba la actuación administrativa. En este contexto, por ejemplo, no era extraordinario que una oferta fuera rechazada por no aportar una copia de esta.

En un *segundo momento* se expidió la Ley 80 de 1993, bajo el paradigma que supuso la Constitución de 1991, particularmente en la forma como se relaciona lo formal y lo sustancial en las actuaciones judiciales y administrativas. Este cambio ideológico quedó consignado en el artículo 228, que introdujo el principio de supremacía o prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental.

En este nuevo escenario constitucional, el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 dispuso lo siguiente:

15. Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales.

La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.

Bajo el amparo de esta norma, el régimen jurídico de subsanabilidad de las ofertas sufre un cambio fundamental, pues ya no era posible rechazar las ofertas por falta de requisitos o documentos que no fueran “*necesarios para la comparación de propuestas*”. De esta manera, la ley introdujo un primer criterio jurídico, aunque indeterminado, que servía como punto de partida en la posibilidad de subsanar las ofertas, pues, verificada la ausencia de un requisito o documento, previo al rechazo de la oferta, la Administración debía constatar si este era o no necesario para la comparación de las propuestas, y de ese análisis surgiría la decisión sobre su rechazo o la oportunidad de subsanar.

Esta norma debía leerse en conjunto con otras de la Ley 80 de 1993, particularmente con el artículo 30.7[[21]](#footnote-21), que ordena a la entidad señalar un plazo razonable para evaluar las propuestas y pedir a los proponentes, de ser necesario, que aclaren o expliquen aspectos que ofrezcan dudas y resulten indispensables para hacer la evaluación; y con el artículo 30.8[[22]](#footnote-22), que consagró el término de 5 días hábiles para que los oferentes presenten observaciones al informe de evaluación de las propuestas, sin que sea posible completar, adicionar, modificar o mejorar la oferta.

A partir de la lectura integrada de estas tres normas debía concluirse que con la Ley 80 de 1993 era posible subsanar las propuestas, y la omisión o el error en algún aspecto de la misma no podía llevar a su rechazo, sin antes verificar que lo omitido fuera un aspecto necesario para la comparación.

En un *tercer momento*, y siguiendo la línea trazada por la Ley 80 de 1993, el legislador expidió la Ley 1150 de 2007, que, en el parágrafo 1º del artículo 5, determinó lo siguiente:

Parágrafo 1°. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia**,** todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

Nótese que esta norma reitera lo que dispuso la Ley 80 de 1993, en el sentido de que los requisitos o documentos que no sean necesarios para la comparación de las ofertas pueden subsanarse, pero además la Ley 1150 de 2007 introdujo otro criterio que le dio mayor claridad al tema: la asignación de puntaje.

A partir de la Ley 1150 de 2007, la Administración contó con un criterio más claro y determinado para saber si la ausencia de documentos o requisitos de la oferta conlleva a su rechazo o al requerimiento del proponente para que lo subsane, pues bastará con un simple ejercicio de verificación que consiste en corroborar si lo omitido hace parte de los aspectos que otorgan puntaje o no.

Si al verificar la Administración encuentra que lo omitido por el proponente es un aspecto que otorga puntaje, no es posible subsanarlo; pero, si no otorga puntaje la Administración debe requerir al proponente para que lo subsane.

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, además de consagrar un criterio más claro, y, de paso, reducir la discrecionalidad de la Administración, fijó un ámbito temporal para la subsanación de las ofertas: “*en cualquier momento, hasta la adjudicación*”. El Consejo de Estado, con particular sindéresis, concluyó que a partir del parágrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150, la definición de lo que es subsanable y lo que no lo es surge a partir del planteamiento de la pregunta sobre si el defecto asigna puntaje o no, en estos términos:

Esto significa que en adelante las entidades y los oferentes aplican directamente la regla que contempla el art. 5, parágrafo, de la Ley 1150, de manera que lo subsanable o insubsanable se define a partir de una pregunta, que se le formula a cada requisito omitido o cumplido imperfectamente: ¿el defecto asigna puntaje al oferente? Si lo hace no es subsanable, si no lo hace es subsanable; en el último evento la entidad le solicitará al oferente que satisfaga la deficiencia, para poner su oferta en condiciones de ser evaluada, y no importa si se refiere a no a problemas de capacidad o a requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfaga suficientemente[[23]](#footnote-23).

Esa interpretación fue compartida por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, pues en la Circular Externa Única se precisó que si durante un proceso de contratación hay proponentes que no acreditaron en sus ofertas requisitos que no afectan la asignación de puntaje o la comparación de las mismas, la entidad estatal deberá indicarlo en el informe de evaluación y advertir que la correspondiente oferta no será evaluada hasta que se subsane.

En un *cuarto momento*, el legislador expidió la Ley 1882 de 2018, con la finalidad de introducir cambios y ajustes para fortalecer la contratación pública. El artículo 5 modificó el parágrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007:

Artículo 5°. De la selección objetiva.

(... )

Parágrafo 1º. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado. Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

Esta norma: i) mantiene el criterio de la Ley 80 de 1993, relativo a que todo lo que no sea necesario para la comparación de propuestas no es título suficiente para su rechazo; ii) mantiene el criterio aclaratorio de la Ley 1150 de 2007, según el cual todo lo que no afecte la asignación de puntaje puede subsanarse e iii) introduce modificaciones en relación con cuatro aspectos que se analizarán a continuación.

El primero es el ámbito temporal para ejercer la facultad de subsanar la oferta, pues la Ley 1882 de 2018 fijó una regla general y una excepción. La regla general es que el límite para que la entidad solicite y para que el proponente corrija lo que haga falta es hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección. La excepción es que el anterior límite no aplica para los procesos de mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta[[24]](#footnote-24); en el último los documentos o requisitos subsanables pueden y deben solicitarse hasta el momento previo a su realización.

Frente a la regla general, la norma fijó un límite final para que la Administración y los oferentes subsanen los requisitos o documentos que puedan y deban ser subsanados, pero nada impide, y la norma no lo hace, que la Administración requiera al proponente antes de publicar el informe de evaluación.

En efecto, la redacción de la norma permite que la Administración solicite a los oferentes subsanar y que estos lo hagan hasta antes del término del traslado del informe de evaluación: “*deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección*”.

No obstante, de la lectura de este aparte podrían, en la práctica, darse dos interpretaciones que dan lugar a dos formas de proceder en los procesos de selección, en lo que se refiere a la subsanabilidad de las ofertas. *Primera*, que la posibilidad de los oferentes para subsanar es el término del traslado del informe de evaluación, ya que en este documento es donde la Administración establece los requisitos o documentos omitidos que los oferentes deben subsanar, so pena de rechazo; *segunda*, que el término del traslado del informe de evaluación es el límite para la subsanación de ofertas, pero no el único momento para hacerlo.

De acuerdo con la primera interpretación, el informe de evaluación se convierte en la oportunidad que adopta la Administración para comunicarles a los oferentes qué documentos o requisitos omitieron y deben subsanar y, consecuentemente, el término del traslado es la oportunidad del proponente para cumplir con lo solicitado.

La segunda interpretación permitiría que la Administración requiera al oferente durante el proceso de evaluación de las propuestas, tan pronto advierta que hace falta un documento o requisito que se puede subsanar. En este caso, la subsanación se lleva a cabo con anterioridad a la publicación del informe de evaluación, de manera que una vez se publique el informe ya se encuentren subsanadas las propuestas, sin perjuicio del término límite que concedió la ley.

En criterio de esta Subdirección, la segunda interpretación es la que más se ajusta a la norma, pero, además, es la más conveniente para el desarrollo del proceso de selección, porque garantiza que el informe de evaluación presente una comparación de propuestas más depurada y el término de traslado para observaciones al mismo sea una oportunidad en la que se planteen aspectos sustanciales o de fondo a la evaluación, teniendo en cuenta que ya las propuestas estarán consolidadas en lo formal. Subsanar antes del informe de evaluación ofrece mayor seguridad y certeza al proceso de selección, a la Administración y a los oferentes.

Así pues, la modificación introducida por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, si bien pudo significar, en la práctica de los procesos de selección, que el informe de evaluación fuera la oportunidad de la Administración para requerir al proponente para que subsane la oferta, y el término del traslado la oportunidad para hacerlo, lo cierto es que no impide que esto se realice con anterioridad a la publicación del informe, inclusive, es más adecuado y conveniente que la subsanación de las ofertas se intente con anterioridad, de forma que una vez la Administración advierta el defecto le solicite directamente al oferente que subsane. Esta interpretación es más consistente con los principios de economía, transparencia y selección objetiva.

De otro lado, el segundo cambio importante de la Ley 1882 de 2018 fue la introducción de un criterio material, directamente relacionado con los aspectos subsanables: *«los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso»****.*** Lo anterior ofrece dos aspectos que merecen clarificación: *primero*, qué debe entenderse por circunstancias ocurridas con posterioridad; y *segundo*, qué es el cierre del proceso.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ya había tenido la oportunidad de precisar estas expresiones, a propósito de un concepto en el que se refirió al artículo 10 del derogado Decreto 2474 de 2008[[25]](#footnote-25), que había determinado que en ningún caso la entidad podía permitir que se acreditaran circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso. El Consejo de Estado precisó que por cierre del proceso debe entenderse el vencimiento del plazo para la presentación de las ofertas y que lo subsanable son las circunstancias que ocurrieron con anterioridad a esa fecha:

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la última norma en cita -Decreto 2474 de 2008, aparte subrayado-, establece un límite a la subsanabilidad, puesto que en cualquier caso debe referirse o recaer sobre circunstancias ocurridas antes del cierre del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar ofertas.

De esta manera, quien se presenta al proceso de selección debe cumplir para la fecha en que ‘se cierra el proceso’ con los requisitos que se requieren para presentar la oferta, de manera que es sobre ellos y no sobre otros que se cumplan con posterioridad, sobre los que recae la posibilidad de saneamiento. Así, por ejemplo, si se requiere una experiencia x, la misma se debe tener al presentar la oferta y la Administración puede requerir al oferente para que especifique aspectos relacionados con ella (complementar certificaciones, aclarar fechas, acreditación de la misma, etc.); pero no podría, por vía de las normas en cita, extender el tiempo para avalar experiencia que sólo se llega a cumplir después del cierre del proceso contractual. O si, igualmente a manera de ejemplo, fuera necesario ser persona jurídica pero el oferente no entrega el certificado de existencia y representación legal que lo acredita o éste es demasiado antiguo, la entidad contratante podría requerir al interesado para que haga entrega del mismo o lo actualice, pero no para que se constituya la sociedad con posterioridad al cierre del proceso, pues si ello no se había hecho, significa simplemente que el oferente no tenía la condición para participar[[26]](#footnote-26).

De conformidad con el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, lo subsanable es la prueba de todas las circunstancias ocurridas antes del vencimiento del término para presentar las ofertas; eso es lo que implica la prohibición de acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al «cierre del proceso». Lo anterior evita, por ejemplo, que se presenten oferentes que no cumplían con los requisitos para participar al momento de presentar las ofertas, y pretendan cumplirlos durante el proceso de selección o, inclusive, que se puedan variar condiciones de la oferta una vez presentada.

Un mejor entendimiento del significado de la expresión «circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso» lleva necesariamente a distinguir entre la prueba de un hecho y el hecho mismo. En el caso de la subsanabilidad de las ofertas, una cosa es el requisito habilitante o el elemento de la propuesta y otra su prueba. Lo que prohíbe la norma es que se subsanen requisitos que no estaban cumplidos al momento de presentar la oferta, o en palabras de la ley, que se acrediten hechos que ocurrieron después del cierre del proceso.

Por ejemplo:

i) si un oferente olvidó adjuntar con su propuesta el certificado que da cuenta de su inscripción en el RUP, el requisito será subsanable siempre que la prueba allegada demuestre que el hecho, esto es, la inscripción en el registro, ocurrió con anterioridad al cierre del proceso;

ii) si un oferente presentó la propuesta sin aportar la autorización al representante legal, por parte de la junta directiva de la sociedad, el certificado, aunque sea posterior, debe dar cuenta de que el hecho que pretende acreditar –la autorización de la junta– ocurrió antes del vencimiento del término para ofertar[[27]](#footnote-27);

iii) si un oferente no anexó el certificado de existencia y representación legal, el documento aportado con posterioridad debe dar cuenta de que la sociedad existe desde antes del cierre del proceso[[28]](#footnote-28);

iv) si un oferente olvidó adjuntar un certificado que demuestra un título universitario, el documento, aunque tenga fecha posterior al cierre del proceso, debe acreditar que el título académico se obtuvo con anterioridad al cierre del proceso;

v) si un oferente no aportó un certificado de experiencia, el documento que subsana –sin importar que tenga fecha posterior– debe demostrar que la experiencia que se pretende hacer valer se obtuvo antes de vencerse el término para presentar ofertas, y

vi) si el oferente olvidó firmar la propuesta o presentar una copia de ella, puede subsanar sin que se entienda que acreditó una circunstancia ocurrida con posterioridad al cierre del proceso.

Lo anterior quiere decir que no es la prueba –usualmente un documento– lo que debe ser anterior al cierre del proceso, sino el hecho que ella acredita, es decir, ante la solicitud de la Administración de subsanar un requisito, el documento podría estar fechado con posterioridad al vencimiento del término para recibir propuestas, siempre y cuando el hecho que acredite haya ocurrido antes, esto es, que no sea una circunstancia ocurrida con posterioridad al cierre del proceso.

Es por ello que el Consejo de Estado sostiene que «lo que se subsana es la prueba y no la condición habilitante o un elemento de la propuesta (...) lo que se puede remediar es la prueba y no el requisito: La posibilidad debe recaer exclusivamente sobre circunstancias acaecidas antes del cierre del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar ofertas»[[29]](#footnote-29). En tal sentido, esta Subdirección, en concepto emitido en respuesta a la Consulta 4201912000007418 del 30 de octubre de 2019, analizó si era o no posible subsanar el RUP vencido, para lo cual precisó el alcance de la prohibición de permitir subsanar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del procedimiento de selección. En tal sentido, indicó que no es relevante que, al subsanar dichos documentos, su fecha de actualización sea posterior a la del cierre, sino que las circunstancias que acrediten hayan ocurrido antes.

Esta tesis fue reiterada por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el concepto con radicado 4201912000008198, en el que indicó que las certificaciones de experiencia que no otorgaran puntaje podían aportarse corregidos o incluso, en reemplazo de las que no cumplieran el requisito habilitante, siempre que en los documentos aportados en la etapa de subsanabilidad no se acreditara experiencia adquirida con posterioridad al cierre del procedimiento de selección. Por tanto, señaló que «[…] el oferente podrá acreditar su experiencia con certificaciones de contratos diferentes a los inicialmente aportados, siempre que acrediten la experiencia adquirida antes del cierre del proceso», pero que «Si las certificaciones prueban que la experiencia del proponente se adquirió con posterioridad al cierre del proceso no se podrá aportar, porque esto implicaría una mejora, adición o complemento de la oferta».

Una reiteración de la postura de esta Subdirección, según la cual la subsanabilidad procede sobre todos aquellos requisitos que no otorguen puntaje, siempre que no se trate de entregar la garantía de seriedad de la oferta no aportada antes del cierre del procedimiento de selección, y bajo la condición de que no se acrediten hechos ocurridos con posterioridad a dicho momento, se encuentra en los conceptos: 2201913000008048 del 28 de octubre de 2019 –que indicó que no era posible, so pretexto de subsanar, modificar el porcentaje de participación en un consorcio o unión temporal, porque esto comportaba cambiar la oferta, acreditando circunstancias posteriores al cierre–; 2201913000008850 del 29 de noviembre de 2019 –en el que sostuvo que un proponente podría subsanar la experiencia, en tanto requisito habilitante, o sea, que no otorgara puntaje, aportando nuevas certificaciones, siempre que con ellas no se probara una experiencia que no se tenía antes del cierre–; 2201913000009373 del 17 de diciembre de 2019 –en el cual se expresó que la carta de conformación de un consorcio es un documento subsanable, bajo la condición de que el documento aportado permita constatar que el consorcio se conformó antes del vencimiento del término para la presentación de las propuestas–; 2201913000008049 del 28 de octubre de 2019 –en el que se iteró que no es posible variar el porcentaje de participación en una unión temporal, porque implicaría una modificación de la oferta y la acreditación de un aspecto que es posterior al cierre del procedimiento de selección–.

Visto lo anterior, una vez verificada la ausencia de requisitos y/o documentos de la oferta, para saber si se puede subsanar, la Administración se debe preguntar, en primer lugar, si lo que hace falta es un documento o información que otorga puntaje o no y, en segundo lugar, si el cumplimiento del requisito constituye una circunstancia ocurrida con anterioridad o con posterioridad al cierre del proceso. Para arribar a la conclusión de que lo omitido puede subsanarse, la respuesta al primer interrogante debe ser negativa, es decir, que lo omitido no sea un factor que otorgue puntaje, y la respuesta al segundo interrogante debe dar cuenta de que lo omitido sea la prueba de una circunstancia o hecho que ocurrió con anterioridad al cierre del proceso.

Finalmente, el parágrafo 3 del artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 determinó, de manera expresa, que «la no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma», dejando claro que se trata de un documento de obligatoria presentación junto con la propuesta y que materializa los principios de seriedad e irrevocabilidad de la oferta.

Ahora usted pregunta: ¿si un proponente presenta un certificado de antecedentes de un contador vencido, y lo subsana con fecha de expedición posterior al cierre, será suficiente para rechazar al oferente? Explicada el alcance de la regla de subsanabilidad en los procesos de contratación, la entidad determinará si el certificado de antecedentes del contador expedido con fecha posterior al cierre es una circunstancia que se encuadra como posterior al cierre o no y, por tanto, si procede el rechazo de la oferta.

En efecto, usted no solicita que se absuelvan dudas sobre la aplicación de una norma de carácter general en materia de compras y contratación pública, sino que se solucione un problema asociado a un caso específico, frente al cual usted nos pide que determinemos si procede o no el rechazo de la oferta cuando el proponente presenta un certificado de antecedentes de un contador vencido con fecha de expedición posterior al cierre. El pronunciamiento por parte de esta entidad sobre sus preguntas desborda nuestra competencia consultiva, la cual está limitada a resolver problemas de aplicación de normas de carácter general; pero su consulta se refiere a la solución de un caso que, además, envuelve una controversia cuya resolución no le compete resolver a esta entidad, dado que no cuenta con las competencias para brindar asesoría respecto de problemas propios de la ejecución de los contratos estatales; pues en virtud del principio de autonomía de la voluntad, corresponde a las misma partes, ante el surgimiento de circunstancias como la mencionada, determinar en qué evento procede el rechazo de la oferta.

**2.4 Experiencia en actividades de mejoramiento o construcción de vías terciarias**

El artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 establece que al Gobierno Nacional corresponde adoptar los «documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas» y que estos «*deberán* ser utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública en los procesos de selección que adelanten».

Adicionalmente, señala, frente a su contenido, que «[d]entro de los documentos tipo el Gobierno adoptará de manera general y con *alcance obligatorio* para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública las condiciones habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia […] teniendo en cuenta la naturaleza y la cuantía de los contratos».

Conforme a lo anterior, el Gobierno Nacional adoptó los Documentos Tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte, mediante la expedición del Decreto 342 de 2018, el cual adiciona al Decreto 1082 de 2015.

El artículo 2.2.1.2.6.1.4. del Decreto 1082 de 2015 establece la inalterabilidad de los Documentos Tipo, que consiste en que las entidades estatales no pueden incluir o modificar en los documentos del proceso las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación distintos a los señalados en los Documentos Tipo. En consecuencia, las condiciones establecidas en los documentos que adopte el Gobierno Nacional, en ejercicio del mandato establecido en el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, son de obligatorio cumplimiento para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración pública que adelanten procesos que deban regirse por su contenido, y no pueden variarse los requisitos que en ellos sean fijados.

Con el fin de establecer cuáles son los Documentos Tipo sujetos a esta disposición, el artículo 2.2.1.2.6.1.2. del Decreto 1082 de 2015 prevé un listado que determina el alcance de los documentos e incluye expresamente la «Matriz 1 – Experiencia» «en adelante Matriz 1». Por su parte, el artículo 2.2.1.2.6.1.3. *ibidem* dispone que en el desarrollo e implementación de los documentos, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación [DNP] y el Ministerio de Transporte, debe «[s]eñalar las actividades sobre las cuales recaerá la verificación de la experiencia de los proponentes, así como los documentos y criterios de acreditación y verificación de experiencia, teniendo en cuenta la cuantía y el tipo de intervención».

En cumplimiento de este mandato, la Resolución No. 1798 del 1 de abril de 2019, a través de la cual la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente implementó y desarrolló los Documentos Tipo aplicables a los procesos de licitación de obra pública de infraestructura de transporte, determinó los documentos y criterios que debe cumplir el proponente para la acreditación de la experiencia, específicamente en la sección 3.5 del «Documento Base» y en la «Matriz 1 – Experiencia». De igual manera, con el fin de verificar si el objeto a contratar se encuentra enmarcado en las actividades de experiencia, el Anexo 3 – Glosario establece los conceptos propios de la ingeniería civil que deben ser considerados para una adecuada aplicación de los criterios establecidos.

De acuerdo con las condiciones fijadas en el «Documento Base», la acreditación del requisito habilitante es abordada desde distintos criterios. En primer lugar, los contratos presentados por los proponentes deben corresponder a la actividad o actividades de experiencia general y específica que la entidad exija en el pliego de condiciones de acuerdo con los parámetros señalados en la Matriz 1. En segundo lugar, los proponentes deben acreditar el cumplimiento de las condiciones fijadas con mínimo uno [1] y máximo seis [6] contratos, que debieron terminar antes de la fecha de cierre del proceso de contratación. Finalmente, el número de contratos aportados por el proponente debe certificar un valor mínimo correspondiente a un porcentaje del presupuesto oficial del proceso de obra expresado en SMMLV, cuya verificación se hará con base en la sumatoria de los valores totales ejecutados de los contratos que cumplan con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones.

Para fijar las condiciones que deben cumplir los contratos aportados, en términos de actividades ejecutadas, las entidades deberán emplear la Matriz 1, documento que estandariza las condiciones de experiencia general y/o experiencia específica que deben requerir las entidades estatales a los proponentes para acreditar el requisito habilitante, de experiencia de acuerdo con: i) el tipo de obra de infraestructura de transporte, ii) la actividad a contratar y iii) la cuantía del proceso de contratación.

Frente al primer aspecto, la Matriz 1 está constituida por ocho [8] tipos de obras de infraestructura de transporte, identificadas con un número y su descripción, los cuales son: 1) obras en vías primarias o secundarias, 2) obras en vías terciarias, 3) obras marítimas y fluviales, 4). obras en vías primarias o secundarias o terciarias para atención de emergencias diferentes a contratación directa, 5) obras férreas, 6) obras de infraestructura vial urbana, 7) obras en puentes y 8) obras aeroportuarias. Estos determinan el marco para la aplicación de los Documentos Tipo, dado que comprenden todas aquellas actividades que constituyen obra pública de infraestructura de transporte y que han sido objeto de estandarización mediante el Decreto 342 de 2019.

Con respecto a la actividad a contratar, la Matriz 1 establece cuáles son las que corresponden a cada uno de los tipos de infraestructura mencionados, con el fin de que la entidad pueda identificar aquellas en las cuales puede encuadrarse de mejor forma el objeto que pretende ejecutar y determinar los requisitos de experiencia exigibles. Por ejemplo, para el tipo de infraestructura «Obras en vías primarias o secundarias» la entidad podrá verificar la experiencia requerida en su proceso de acuerdo con las siguientes actividades: «1.1 Proyectos de construcción de vías», «1.2 Proyectos de mejoramiento de vías» y/o «1.3 Proyectos de rehabilitación o mantenimiento de carretera».

Por último, el documento establece los rangos dentro de los cuales se debe identificar el presupuesto del proceso de contratación. Estos abarcan las cuantías mínimas y máximas que son frecuentes en los procesos de contratación de licitación de obra pública de infraestructura de transporte, y son resultado de las exigencias señaladas en el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 y en el artículo 2.2.1.2.6.1.3. del Decreto 1082 de 2015, conforme a los cuales las condiciones habilitantes fijadas en los documentos tipo deben tener en cuenta la naturaleza y cuantía del tipo de intervención.

Estos tres factores determinan el requisito de experiencia, establecidos en los documentos desarrollados por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, e incluidos en la Matriz 1, son resultado del mandato establecido en el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, y por lo tanto, son de obligatorio cumplimiento. Igualmente, se encuentran sometidos a la reglamentación establecida en el Decreto 342 de 2019 y no pueden ser alterados, modificados o adicionados en su contenido.

De esta manera, la entidad estatal que adelanta un proceso de contratación de licitación de obra pública de infraestructura de transporte debe definir la experiencia exigible teniendo en cuenta las condiciones fijadas en la Matriz 1, de acuerdo con los siguientes pasos:

a) Identificar en la Matriz 1 el tipo de infraestructura sobre el cual recae la obra a ejecutar. Al respecto esta matriz contiene ocho (8) secciones que corresponden a los tipos de infraestructura estandarizados.

b) Definido el tipo de infraestructura, identificar la «ACTIVIDAD A CONTRATAR» acorde con la Matriz 1.

c) Identificar el rango en el cual se encuentra el Proceso de Contratación de acuerdo con el presupuesto oficial.

d) Identificar la «experiencia general» exigible acorde con la Matriz 1 teniendo en cuenta la actividad a contratar y el rango de la cuantía del Proceso de Contratación.

e) Identificar la «experiencia específica» exigible y el porcentaje de dimensionamiento que se puede solicitar acorde con la longitud a ejecutar, de acuerdo con la cuantía del proceso de contratación. Cuando en la «experiencia específica» se indiquen las siglas *N.A* significa que la entidad estatal no puede exigir a los proponentes experiencia específica en los procesos de contratación.

De conformidad con el anterior literal, además del tipo de obra de infraestructura de transporte, la actividad a contratar y la cuantía del proceso de contratación, la determinación de la experiencia específica que resulta exigible para la contratación de cierto tipo de obras, exige la acotación del respectivo dimensionamiento, el cual es una de las medidas tomadas para la estandarización de requisitos de experiencia en el marco de la implementación de los Documentos Tipo.

Tal dimensionamiento supone que la experiencia a exigirse para la participación de un proceso de contratación estará determinada por la longitud que este pretende intervenir, de tal manera que a quienes estén interesados en participar se le exigirá acreditar experiencia específica en proyectos en donde hayan intervenido un porcentaje de dicha longitud establecida en kilómetros (KM) en la Matriz 1.

Ahora, usted solicita se revise la experiencia general que se solicita en la actividad de mejoramiento de vías terciarias, debido a que, según lo afirma, la actividad de mejoramiento no es tan compleja, por lo cual se debería incluir la experiencia en actividades como mantenimiento o rehabilitación. Al respecto, es importante señalar, según se explicó anteriormente, que los Documentos Tipo son inalterables y, por tanto, las entidades estatales no pueden incluir o modificar en los documentos del proceso las condiciones habilitantes, factores técnicos y económicos de escogencia y sistemas de ponderación distintos a los señalados en los Documentos Tipo.

De este modo, por ahora no es posible que las entidades modifiquen la experiencia general prevista en la «Actividad 2.2 Mejoramiento de Vías Terciarias». Sin embargo, su observación podrá ser tenida en cuenta para la eventual modificación que se realice a los Documentos Tipo de Licitación de obra pública de infraestructura de transporte, considerando la posibilidad de ampliar el alcance de la experiencia en la actividad de mejoramiento de vías terciarias.

En todo caso, no sobra señalar que esta entidad estará atenta al impacto que tenga la incorporación de estos criterios, con el fin de evaluar sus resultados, y tendrá en cuenta las observaciones que, al respecto, sean presentadas para la mejora constante de los Documentos Tipo.

1. **Respuestas**

i) «¿La vigencia de la garantía de seriedad debe ser ampliada por el proponente en caso de que los procesos se suspendan? ¿Puede ser esto una causal de rechazo? ¿La entidad puede solicitar esa ampliación a modo de subsanación (sic)?»

Bajo una *interpretación estricta*, cuando el artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015 dispone el cobro por «La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el plazo para la adjudicación o para suscribir el contrato es prorrogado, siempre que tal prórroga sea inferior a tres (3) meses», se entiende excluidas no solo las «ampliaciones de otras etapas» –v. gr. la recepción de ofertas, la evaluación, la formulación de las observaciones al informe, etc.– sino también la «suspensión» del procedimiento de selección. No obstante, lo anterior no obsta para que la entidad solicite la ampliación de la garantía de seriedad en las suspensiones o en la ampliación de otras etapas del procedimiento; pero como estas hipótesis no están expresamente previstas en el reglamento, el proponente no está obligado a atender el requerimiento, especialmente cuando la autoridad carecería de la competencia para hacer efectiva la garantía. En todo caso, si así lo desea, el oferente podrá acceder a la solicitud voluntariamente.

Por otra parte, si el proponente entrega la garantía inicial o la subsana oportunamente, una vez vencido el término inicialmente previsto en el pliego sin que la entidad solicite oportunamente la ampliación de la seriedad de la oferta en los términos del Decreto 1082 de 2015, los proponentes tienen las siguientes opciones: i) atender voluntariamente la solicitud de la Administración; ii) retirar la oferta, caso en el cual no es posible hacer efectiva la garantía, ya que la negativa sería posterior a la terminación de la cobertura; o iii) continuar en el procedimiento sin prorrogar la garantía, caso en el cual la entidad –además de lo anterior– tampoco podría rechazar la propuesta, pues el supuesto no encaja el artículo 5, parágrafos 3 y 5, de la Ley 1150 de 2007.

Por último, una vez constituida, el requerimiento para ampliar la garantía de seriedad se rige estrictamente por el numeral 1 del artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015, so pena de hacerla efectiva. Además de que esta disposición no permite expresamente la prórroga derivada de suspensiones del procedimiento, el acatamiento voluntario del oferente no es una subsanación de la propuesta porque esta se limita a la cobertura inicial, no a las ampliaciones por el vencimiento de la misma.

ii) «¿Si en los antecedentes de los contadores figura una nota de que el profesional no ha actualizado el registro, será suficiente para que no sea válido el certificado?»

El certificado de antecedentes disciplinarios de contadores se presentará con fecha de expedición no mayor a noventa [90] días calendario anteriores a la fecha del cierre del Proceso de Contratación para que sea válido en el Proceso de Contratación.

iii) «¿Si un proponente presenta un certificado de antecedentes de un contador vencido, y lo subsana con fecha de expedición posterior al cierre, será suficiente para rechazar al oferente?»

Explicado el alcance de la regla de subsanabilidad en los procesos de contratación, la entidad determinará si el certificado de antecedentes del contador, expedido con fecha posterior al cierre, es una circunstancia que se encuadra o no como posterior al cierre y, por tanto, si procede el rechazo de la oferta.

En efecto, usted no solicita que se absuelvan dudas sobre la aplicación de una norma de carácter general en materia de compras y contratación pública, sino que se solucione un problema asociado a un caso específico, frente al cual usted nos pide que determinemos si procede o no el rechazo de la oferta cuando el proponente presenta un certificado de antecedentes de un contador vencido con fecha de expedición posterior al cierre. El pronunciamiento por parte de esta entidad sobre sus preguntas desborda nuestra competencia consultiva, la cual está limitada a resolver problemas de aplicación de normas de carácter general; pero su consulta se refiere a la solución de un caso que, además, envuelve una controversia cuya resolución no le compete resolver a esta entidad, dado que no cuenta con las competencias para brindar asesoría respecto de problemas propios de la ejecución de los contratos estatales; pues en virtud del principio de autonomía de la voluntad, corresponde a las misma partes, ante el surgimiento de circunstancias como la mencionada, determinar en qué evento procede el rechazo de la oferta.

iv) «La entidad en la versión de los pliegos tipo V2, establece para la experiencia en construcción de vías terciarias que es válido contratos de: "Construcción, mejoramiento, mantenimiento y rehabilitación", pero para experiencia en mejoramiento de vías terciarias únicamente figura como valida experiencia: "construcción y mejoramiento". Lo anterior no guarda relación con la complejidad de cada una de las actividades, pues tiene mayor complejidad la construcción de una vía terciaria nueva que el mejoramiento, por lo que creemos que existe una incongruencia en la experiencia aceptada para los contratos de construcción de vías terciarias que no es aceptada para los contratos de mejoramiento, por lo que solicitamos respetuosamente a ustedes aclarar».

Los Documentos Tipo son inalterables y, por tanto, las entidades estatales no pueden incluir o modificar en los documentos del proceso las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación distintos a los señalados en los Documentos Tipo.

De este modo, por ahora no es posible que las entidades modifiquen la experiencia general prevista en la «Actividad 2.2 Mejoramiento de Vías Terciarias». Sin embargo, su observación podría ser tenida en cuenta para la eventual modificación que se realice a los Documentos Tipo de Licitación de obra pública de infraestructura de transporte, considerando la posibilidad de ampliar el alcance de la experiencia en la actividad de mejoramiento de vías terciarias.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Sara Milena Núñez AldanaAnalista T 2- Grado 06 de la Subdirección de Gestión ContractualJuan David Montoya Penagos Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |

1. Al respecto se pueden consultar las respuestas a las consultas 4201912000004262 del 25 de junio de 2019, 4201912000004426 del 3 de julio de 2019, 4201912000005320 del 6 de agosto de 2019, 4201912000005416 del 10 de agosto de 2019, 4201912000005609 del 16 de agosto de 2019, 4201912000005809 del 27 de agosto de 2019, 4201912000005394 del 9 de agosto de 2019, 4201912000005548 del 15 de agosto de 2019, 4201912000006151 del 9 de septiembre de 2019, 4201912000007034 del 11 de octubre de 2019, 4201912000007124 del 17 de octubre de 2019, entre otras. [↑](#footnote-ref-1)
2. «Artículo 2.2.1.2.3.1.6. Garantía de los Riesgos derivados del incumplimiento de la oferta. La garantía de seriedad de la oferta debe cubrir la sanción derivada del incumplimiento de la oferta, en los siguientes eventos:

»1. La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el plazo para la adjudicación o para suscribir el contrato es prorrogado, siempre que tal prórroga sea inferior a tres (3) meses.

»2. El retiro de la oferta después de vencido el plazo fijado para la presentación de las ofertas.

»3. La no suscripción del contrato sin justa causa por parte del adjudicatario.

»4. La falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado de la garantía de cumplimiento del contrato».

[…]

«Artículo 2.2.1.2.3.1.9. Suficiencia de la garantía de seriedad de la oferta. La garantía de seriedad de la oferta debe estar vigente desde la presentación de la oferta y hasta la aprobación de la garantía de cumplimiento del contrato y su valor debe ser de por lo menos el diez por ciento (10%) del valor de la oferta.

»El valor de la garantía de seriedad de la oferta que presenten los proponentes en el Proceso de Contratación de un Acuerdo Marco de Precio debe ser de mil (1.000) SMMLV.

»El valor de la garantía de seriedad de la oferta que presenten los proponentes en la subasta inversa y en el concurso de méritos debe ser equivalente al diez por ciento (10%) del presupuesto oficial estimado del Proceso de Contratación.

»Cuando el valor de la oferta o el presupuesto estimado de la contratación sea superior a un millón (1.000.000) de SMMLV se aplicarán las siguientes reglas:

»1. Si el valor de la oferta es superior a un millón (1.000.000) de SMMLV y hasta cinco millones (5.000.000) de SMMLV, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el dos punto cinco por ciento (2,5%) del valor de la oferta.

»2. Si el valor de la oferta es superior a cinco millones (5.000.000) de SMMLV y hasta diez millones (10.000.000) de SMMLV, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el uno por ciento (1%) del valor de la oferta.

»3. Si el valor de la oferta es superior a diez millones (10.000.000) de SMMLV, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el cero punto cinco por ciento (0,5%) del valor de la oferta». [↑](#footnote-ref-2)
3. «Artículo 1068. Mora en el pago de la prima: La mora en el pago de la prima de la póliza o de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella, producirá la terminación automática del contrato y dará derecho al asegurador para exigir el pago de la prima devengada y de los gastos causados con ocasión de la expedición del contrato.

»Lo dispuesto en el inciso anterior deberá consignarse por parte del asegurador en la carátula de la póliza, en caracteres destacados.

»Lo dispuesto en este artículo no podrá ser modificado por las partes». [↑](#footnote-ref-3)
4. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-452 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [↑](#footnote-ref-4)
5. DROMI, José Roberto. La licitación pública. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1980. pp. 288-289. [↑](#footnote-ref-5)
6. Al respecto, el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 dispone que «Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda». [↑](#footnote-ref-6)
7. Al respecto, el numeral 7.3 del «Pliego Tipo – Versión 2» para la licitación pública para los contratos de obra de infraestructura de transporte dispone que la garantía de seriedad de la oferta tiene una vigencia de «3 meses contados a partir de la fecha de cierre del Proceso de Contratación», lo que se reitera en el numeral 7.1 del documento base para la selección abreviada de menor cuantía y, con carácter potestativo, en el numeral 7.1 de la invitación para la mínima cuantía. [↑](#footnote-ref-7)
8. Al respecto, el artículo 2.2.1.2.3.2.8 del Decreto 1082 de 2015 dispone lo siguiente: «En caso de siniestro en la garantía de la seriedad de la oferta, la compañía de seguros debe responder por el total del valor asegurado a título de sanción». [↑](#footnote-ref-8)
9. Para estos efectos, el artículo 1081 del Código de Comercio dispone que «La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

»La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

»La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

»Estos términos no pueden ser modificados por las partes». [↑](#footnote-ref-9)
10. No en vano, «Cuando la administración declara la existencia del siniestro u ocurrencia del riesgo asegurado, concluye que se dio u ocurrieron antecedentes precavidos en el contrato de seguro del que es beneficiario; no significa que el acto jurídico que declara la existencia del siniestro hace que en la vida jurídica el siniestro se dé en ese momento; lo que ocurre es, que previo a proferir ese acto jurídico, el riesgo asegurado ha acaecido; la ocurrencia del siniestro es en lógica, anterior al acto que reconoce su ocurrencia» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 22 de mayo de 2013. Rad. 24.810. C.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz). [↑](#footnote-ref-10)
11. El artículo 30, inciso 2 del numeral 4, de la Ley 80 de 1993 dispone que «Como resultado de lo debatido en la audiencia [de asignación de riesgos] y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación o concurso hasta por seis (6) días hábiles» (Corchetes fuera de texto).

Por su parte, el inciso 2 del numeral 5, prescribe que «Cuando lo estime conveniente la entidad interesada, de oficio o a solicitud de un número plural de posibles oferentes, dicho plazo [es decir, el de presentación de las ofertas] se podrá prorrogar antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado. En todo caso no podrán expedirse adendas dentro de los tres (3) días anteriores en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para extender el término del mismo. La publicación de estas adendas sólo se podrá realizar en días hábiles y horarios laborales» (Corchetes fuera de texto).

Finalmente, el inciso 2 del numeral 9, dispone lo siguiente: «El jefe o representante de la entidad podrá prorrogar dichos plazos [es decir, los adjudicación y firma de contrato] antes de su vencimiento y por un término total no mayor a la mitad del inicialmente fijado, siempre que las necesidades de la administración así lo exijan» (Corchetes fuera de texto). [↑](#footnote-ref-11)
12. El entendimiento de la norma citada supone diferenciar entre dos (2) tipos de ajustes: i) los referidos a las condiciones técnicas, jurídicas y económicas del pliego definitivo y ii) los del cronograma del proceso de selección, de manera que mientras ambos ajustes son posibles antes de la presentarse de las ofertas, después solo se permite modificar los plazos de las etapas siguientes. Por tanto, aunque las condiciones técnicas, jurídicas y económicas no son modificables después de la presentación de las propuestas, nada obsta para que se amplíen los plazos de las diferentes etapas, ya que este aspecto no incide en la comparación de las ofertas. [↑](#footnote-ref-12)
13. Sin perjuicio de lo anterior, es necesario precisar que el reglamento también permite la suspensión de algunas audiencias. Por ejemplo, para la licitación pública, el artículo 2.2.1.2.1.1.2 del Decreto 1082 de 2015, numeral 1, dispone que «En la audiencia [de adjudicación] los oferentes pueden pronunciarse sobre las respuestas dadas por la Entidad Estatal a las observaciones presentadas respecto del informe de evaluación, lo cual no implica una nueva oportunidad para mejorar o modificar la oferta. 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» (Corchetes fuera de texto). Igualmente, para la selección abreviada por subasta inversa, el artículo 2.2.1.2.1.2.6, inciso 1, *ibidem* prescribe lo siguiente: «Si en el curso de una subasta inversa electrónica se presentan fallas técnicas que impidan a los oferentes presentar sus Lances, la subasta debe ser suspendida y cuando la falla técnica haya sido superada la Entidad Estatal debe reiniciar la subasta». [↑](#footnote-ref-13)
14. Al respecto, la jurisprudencia explica que: «[…] la descalificación de ofertas no puede depender de la libre discrecionalidad de la Administración, en la medida en que el oferente adquiere el derecho de participar en el procedimiento de selección y se genera para él una situación jurídica particular, en consecuencia, para rechazar o descalificar una propuesta la entidad pública debe sujetarse a determinadas reglas consistentes en que las causales que dan lugar a ello se encuentren previamente establecidas en la ley o deriven del incumplimiento de requisitos de la propuesta o de la omisión de documentos referentes a la futura contratación que sean necesarios para la comparación de las propuestas […], puesto que la causa excluyente debe ser razonable, esencial y proporcionada, toda vez que no tendría justificación excluir una propuesta por una deficiencia que no tenga incidencia alguna en la contratación» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 4 de junio de 2008. Exp. 17.783. C.P. Myriam Guerrero de Escobar). [↑](#footnote-ref-14)
15. Decreto 1082 de 2015: «Articulo 2.2.1.1.1.3.1. Definiciones. Los términos no definidos en el Título I de la Parte 2 del presente decreto y utilizados frecuentemente deben entenderse de acuerdo con su significado natural y obvio. Para la interpretación del presente Título I, las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que a continuación se indica. Los términos definidos son utilizados en singular y en plural de acuerdo como lo requiera el contexto en el cual son utilizados.

[…]

»Capacidad Residual o K de Contratación: Aptitud de un oferente para cumplir oportuna y cabalmente con el objeto de un contrato de obra, sin que sus otros compromisos contractuales afecten su habilidad de cumplir con el contrato que está en proceso de selección». [↑](#footnote-ref-15)
16. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 26 de junio de 2003. Rad. 13.354. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez. [↑](#footnote-ref-16)
17. Ministerio de Educación Nacional. Resolución No. 074 de 2002 «Artículo segundo. Los certificados de vigencia de inscripción y de antecedentes disciplinarios se expedirán, previa solicitud del interesado, cuando se requiera acreditar la calidad de contador público, sociedad de contadores públicos o persona jurídica inscrita ante la Junta Central de Contadores, habilitados por tanto para ejercer la profesión, y siempre que se solicite información histórica sobre los antecedentes disciplinarios del inscrito». [↑](#footnote-ref-17)
18. Ministerio de Educación Nacional. Resolución No. 074 de 2002 «Artículo tercero. La certificación de antecedentes deberá contener las anotaciones de providencias ejecutoriadas dentro de los cinco [5] años anteriores a su expedición y, en todo caso, aquellas que se refieran a sanciones o inhabilidades que se encuentran vigentes en dicho momento» [↑](#footnote-ref-18)
19. Ministerio de Educación Nacional. Resolución No. 074 de 2020 «Artículo quinto. Los certificados de vigencia de inscripción y de antecedentes disciplinarios de personas naturales deberán contener la siguiente información:

[…]

d) Si el profesional tiene o no vigente su inscripción ante la Junta Central de Contadores y si durante los últimos cinco (5) años, o desde su registro como contador público, presenta o no anotaciones sobre antecedentes disciplinarios. [↑](#footnote-ref-19)
20. Ministerio de Educación Nacional. Resolución No. 074 de 2020 «Artículo quinto. Parágrafo segundo. Los certificados a que se refiere la presente resolución tendrán una vigencia de tres [3] meses, y su valor será el establecido en la fecha de radicación de la respectiva solicitud. [↑](#footnote-ref-20)
21. Ley 80 de 1993, art. 30.7: «De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables». [↑](#footnote-ref-21)
22. Ley 80 de 1993, art. 30.8: «Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas». [↑](#footnote-ref-22)
23. Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2014. C.P. Enrique Gil Botero, Rad. 1999-00113-01 (25.804). [↑](#footnote-ref-23)
24. Ley 1150 de 2007, artículo 5, parágrafo 4°: «En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura contratación o a proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización». [↑](#footnote-ref-24)
25. Decreto 2474 de 2008 (DEROGADO): «art. 10. Reglas de subsanabilidad. En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2º, 3º y 4º del artículo 5º de la [Ley 1150 de 2007](http://www.lexbase.biz/lexbase/normas/leyes/2007/L1150de2007.htm) y en el presente decreto.

»Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones, sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior.

»Será rechazada la oferta del proponente que dentro del término previsto en el pliego o en la solicitud, no responda al requerimiento que le haga la entidad para subsanarla.

»Cuando se utilice el mecanismo de subasta esta posibilidad deberá ejercerse hasta el momento previo a su realización, de conformidad con el artículo 22 del presente decreto.

»En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, *ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso*». (Cursivas fuera de texto). [↑](#footnote-ref-25)
26. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 6 de noviembre de 2008. C.P. William Zambrano Cetina. Rad. 2008-00079-00(1927).

 [↑](#footnote-ref-26)
27. Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2011. C.P. Jaime Orlando Santofimio. Rad. 36.408. [↑](#footnote-ref-27)
28. Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2014. C.P. Enrique Gil Botero. Rad. 25.804. [↑](#footnote-ref-28)
29. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 20 de mayo de 2010. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. Rad. 2010-00034-00(1992). [↑](#footnote-ref-29)