**SUBSANABILIDAD – Circunstancias ocurridas – Previo cierre del proceso**

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, ello 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” nos 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 presentación de la oferta, o en palabras de la ley, que se acrediten hechos que ocurrieron después del cierre del proceso.

**SERIEDAD DE LA OFERTA – Irrevocabilidad**

Según el artículo 846 del Código de Comercio10, la oferta o propuesta es irrevocable, por lo que una vez presentada el proponente no puede retractarse.

El carácter serio y vinculante del que está revestida la propuesta implica no solo que tenga que ser sostenida ante la Administración, y en caso de resultar elegida obligue a quien la formuló, sino que una vez presentada no pueda ser modificada o alterada, pues ello, además de ir en desmedro de su carácter serio, afecta o pone en situación de desventaja a los demás proponentes, en perjuicio de los principios de buena fe e igualdad.

**SUBSANAIBILIDAD – Seriedad de la oferta – Consorcio o unión temporal – Porcentaje de participación – Imposibilidad de modificación**

La subsanabilidad de las ofertas no puede entrar en conflicto con su carácter serio e irrevocable, lo que quiere decir que el derecho a subsanar no puede, bajo ninguna circunstancia, implicar la modificación de la oferta o su mejoramiento; en otras palabras, el límite al derecho o facultad de subsanar la oferta es el principio de seriedad e irrevocabilidad de la misma.

No es posible, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, y en general del Estatuto General de Contratación Pública, modificar el porcentaje de participación de un consorcio o una unión temporal, una vez presentada la oferta, y menos aún en el término del traslado del informe de evaluación. Variar el porcentaje de participación de un consorcio o unión temporal, con posterioridad al cierre del proceso, no es asunto subsanable, pues implica la modificación o mejoramiento de la oferta, circunstancia prohibida por el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018.

**Bogotá D.C., 28/10/2019 Hora 9:35:21s**

**N° Radicado: 2201913000008048**

Señor

**Ciudadano anónimo** Ciudad

Radicación: Respuesta a consulta # 4201912000006909

Temas: Subsanabilidad de la oferta

Tipo de asunto consultado: Modificación del porcentaje de participación de los consorciados

Estimado señor,

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 20 de septiembre de 2019, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011.

# Problemas planteados

El solicitante plantea los siguientes interrogantes:

“1. ¿Puede un proponente modificar la conformación porcentual de un consorcio o unión temporal, después de haberse hecho la verificación financiera por parte de la entidad y haber concluido que el proponente no cumple con los requisitos financieros habilitantes, pero que cambiando la conformación porcentual sí los cumpliría?

“2. ¿Debe la entidad aceptar la observación de modificar la conformación porcentual de un consorcio o unión temporal después de que ya se realizó la verificación de los requisitos financieros habilitantes y volver a realizar nuevamente la verificación financiera, teniendo en cuenta los nuevos porcentajes de participación?”.

# Consideraciones

Para resolver la consulta se analizarán los siguientes temas: i) régimen jurídico de subsanabilidad de las ofertas; ii) modificaciones de la Ley 1882 de 2018 y iii) seriedad de la oferta.

# Régimen jurídico de la subsanabilidad de las ofertas

La posibilidad de enmendar, corregir o subsanar los errores en los que se incurren 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 nuevo paradigma que supuso la Constitución de 1991, particularmente en la forma cómo se relaciona lo formal y lo sustancial en las actuaciones judiciales y administrativas. Este cambio ideológico quedó consignado en el artículo 228, que introdujo un principio de supremacía o prevalencia del derecho sustancial sobre lo 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. (Negrillas fuera de texto).

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 verificar si este era o no necesario para la comparación de 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[[1]](#footnote-1), que ordena a la entidad señalar un plazo razonable para evaluar las propuestas y para pedir a los proponentes, de ser necesario, que aclaren o expliquen aspectos que ofrezcan dudas y resulten indispensables para llevar a cabo la evaluación; y con el artículo 30.8[[2]](#footnote-2), 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 su 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. (Negrillas fuera de texto).

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 lo omitido 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[[3]](#footnote-3).

# Modificaciones de la Ley 1882 de 2018

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**. (Negrillas fuera de texto).

Como puede observarse, 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 y, 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[[4]](#footnote-4); 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 a la subsanabilidad de las ofertas se refiere. Primera, que la posibilidad para subsanar de los oferentes es el término del traslado del informe de evaluación, ya que es en este documento donde la Administración consigna 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 decirle a los oferentes qué documentos o requisitos omitió y debe 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, el proceso de subsanación se lleva a cabo con anterioridad a la publicación del informe de evaluación, de manera que una vez se publica 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 más ajustada 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 la norma 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 nos 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[[5]](#footnote-5), 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[[6]](#footnote-6)**.

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, ello 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” nos 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 presentación de 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 allegar 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[[7]](#footnote-7); 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 antes del cierre del proceso[[8]](#footnote-8); 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 allegó 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 con ello 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 determinado 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.”[[9]](#footnote-9)

Visto lo anterior, una vez verificada la ausencia de requisitos y/o documentos de la oferta, para efectos de saber si se puede subsanar, la administración se debe preguntar, en primer lugar, si lo que hace falta es un *ítem* 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.

# Seriedad de la oferta

Según el artículo 846 del Código de Comercio[[10]](#footnote-10), la oferta o propuesta es irrevocable, por lo que una vez presentada el proponente no puede retractarse. El Consejo de Estado ha sido enfático en señalar que en los procesos de contratación estatal la propuesta presentada adquiere el carácter de seria e irrevocable:

Así las cosas, encuentra la Sala que un proponente al presentarse en una licitación o concurso, además de sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones o términos de referencia, tiene la obligación de mantener las condiciones (legales, técnicas, financieras, económicas etc.) de la denominada propuesta básica, de responder y atender adecuada y oportunamente los requerimientos que formule la entidad licitante durante la etapa de evaluación, hasta la adjudicación y de suscribir y perfeccionar el contrato, cuando resulte adjudicatario del mismo, pues de lo contrario tendrá que indemnizar los perjuicios que se causen como consecuencia de la defraudación de la confianza de la administración en la **seriedad de la oferta**, los cuales se encuentran previamente cuantificados a título de sanción por el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin perjuicio de que la entidad pública licitante inicie las acciones legales para reclamar los perjuicios que excedan lo garantizado. (“deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”-artículo 863 del Código de Comercio).

El derecho constitucional de la igualdad de los administrados en sus actuaciones ante la administración (Art. 13 C.P.), el principio de la buena fe que debe acompañar a los participantes en el proceso de licitación pública ( Arts. 83 C.P.) así como el también principio de concurrencia que tiene por finalidad garantizar al Estado la escogencia de la oferta más favorable en términos técnicos y económico- financieros, hacen que quienes respondan con su propuesta a la invitación pública de contratación formulada por las entidades públicas, quedan obligatoriamente vinculados a dicho procedimiento desde el momento de su presentación, pues a partir de allí, el interés colectivo ínsito en el proceso y el derecho de todos los intervinientes a la inalterabilidad de las reglas de juego, obligan a los proponentes a mantener sus propuestas y a la administración a considerarlas, examinarlas, evaluarlas, con el fin de garantizar y defender la unidad del procedimiento y evitar distorsiones en los resultados, que podrían llevar a que el contrato no se adjudicara a la propuesta más conveniente.

Ahora bien, el hecho de que los proponentes que se encuentran participando en un proceso de licitación o concurso, queden obligatoriamente vinculados a dicho procedimiento desde el momento de la presentación de su propuesta y por tanto no puedan jurídicamente retractarse o desistir de la misma, **sirve de argumento principal para sustentar su carácter de irrevocable[[11]](#footnote-11)**. (Negrillas fuera de texto).

El carácter serio y vinculante del que está revestida la propuesta implica no solo que tenga que ser sostenida ante la Administración, y en caso de resultar elegida obligue a quien la formuló, sino que una vez presentada no pueda ser modificada o alterada, pues ello, además de ir en desmedro de su carácter serio, afecta o pone en situación de desventaja a los demás proponentes, en perjuicio de los principios de buena fe e igualdad.

Así pues, la subsanabilidad de las ofertas no puede entrar en conflicto con su carácter serio e irrevocable, lo que quiere decir que el derecho a subsanar no puede, bajo ninguna circunstancia, implicar la modificación de la oferta o su mejoramiento; en otras palabras, el límite al derecho o facultad de subsanar la oferta es el principio de seriedad e irrevocabilidad de la misma.

Recuérdese que el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 dispone que en ejercicio de la facultad que tienen los oferentes para presentar observaciones al informe de evaluación, no podrán “completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas”. Al analizar esta norma, el Consejo de Estado sostuvo que una vez presentada la propuesta es inmodificable:

Sin embargo, en el aparte segundo del numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, *también se establece la regla según la cual la propuesta una vez presentada por el licitador es inmodificable*. En efecto, con posterioridad al cierre de la licitación, en la etapa en que los informes de evaluación de las propuestas permanecen en la secretaría de la entidad durante el término de 5 días hábiles, con el fin de que los proponentes presenten las observaciones que estimen pertinentes, *éstos no podrán modificar, complementar o mejorar sus ofrecimientos, regla prohibitiva que es desarrollo del principio de igualdad que rige en la licitación pública*.

Como explica Sayagués “después de presentadas las propuestas, queda perfectamente determinada la posición de cada licitante y también de la Administración. Aquéllos no pueden modificar sus propuestas ni mejorarlas, ni retirarlas (…). *No es posible modificar las propuestas posteriormente a su presentación, porque de lo contrario desaparecería totalmente la igualdad que debe existir entre todos los licitantes. En realidad desaparecería la licitación como garantía para los particulares y para la Administración, transformándose el procedimiento en una serie de tratativas privadas, pues los proponentes perdidosos no titubearían en modificar y mejorar sus ofertas con tal de conseguir el suministro o la obra”.*

La jurisprudencia también ha anotado la importancia y el especial significado que representa el cumplimiento de esta restricción en la contratación estatal, al puntualizar que “la oportunidad para corregir o explicar los errores cometidos por los proponentes en sus propuestas, es antes del cierre de la licitación, puesto que si se permite que se haga con posterioridad a la apertura del pliego y a la calificación de las propuestas, se atenta contra los principios de igualdad y transparencia que deben primar en el trámite.”

*Por manera que la regla sobre la inalterabilidad de las propuestas y su carácter vinculante, está consagrada con el fin de garantizar la igualdad de todos los licitantes, la cual se vería quebrantada o desconocida si se aceptase a un proponente modificaciones a su propuesta posteriores al cierre del plazo fijado para su presentación y una vez se ha procedido a su apertura*, dado que con esa práctica se pondría en desventaja a los otros proponentes que con diligencia y en tiempo oportuno confeccionaron sus ofrecimientos y que en consecuencia tienen el derecho a que no se modifiquen las propuestas de los demás.

Ahora bien, *lo anterior no impide que se puedan hacer aclaraciones a las propuestas bien porque la administración las solicite en la etapa de evaluación de las mismas, ora porque las realicen los oferentes en la etapa dispuesta para las observaciones a los informes de evaluación*, pero siempre y cuando verse sobre aspectos meramente formales o adjetivos o que en todo caso no comporten una variación o corrección del fondo de la propuesta a favor de quien las presenta y en detrimento de la posición de los demás proponentes en la evaluación, esto es, sujetas a condición de que con las mismas no se altere de manera sustancial la información inicialmente suministrada y la situación de los oferentes en el proceso de licitación[[12]](#footnote-12). (Negrillas fuera de texto).

Descendiendo las anteriores consideraciones a la consulta planteada, la modificación del porcentaje de participación de los miembros de un consorcio o unión temporal no cabe en el ámbito de la subsanabilidad de la propuesta, sino en el de modificación de la misma, como inclusive lo afirma el solicitante.

Además, al momento de aportar la prueba de tal modificación se estaría incurriendo en la violación del artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, particularmente, en relación con la prohibición de acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso. En este punto, es necesario advertir que sí es posible la corrección de un error al momento de determinar los porcentajes de participación de los integrantes de la unión temporal, cuando, por ejemplo, la sumatoria es superior o inferior al 100% o si en lugar de consignar que el porcentaje de uno de los integrantes era 30%, se señaló 300%.

Lo que no se puede permitir, en virtud del carácter serio e irrevocable de la oferta, es que una vez propuestos los porcentajes de participación del consorcio o la unión temporal, el oferente pretenda modificarlos después del vencimiento del término para la presentación de ofertas, y después de conocer las de los demás proponentes y el informe de evaluación.

Se reitera, ese aspecto no cabe dentro de los contornos de lo subsanable, sino dentro de las condiciones mismas de la oferta, puntualmente concierne a la calidad del oferente. Variar los porcentajes de participación de los integrantes de un consorcio o unión temporal, después del cierre del proceso, y con mayor razón en el término del traslado del informe de evaluación, modifica la oferta, conducta prohibida por el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018.

# Respuesta

1. No es posible, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, y en general del Estatuto General de Contratación Pública, modificar el porcentaje de participación de un consorcio o una unión temporal, una vez presentada la oferta, y menos aún en el término del traslado del informe de evaluación.
2. Variar el porcentaje de participación de un consorcio o unión temporal, con posterioridad al cierre del proceso, no es asunto subsanable, pues implica la modificación o mejoramiento de la oferta, circunstancia prohibida por el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018.

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

Atentamente,



Proyectó: Leider Gómez Caballero

1. 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**”. (Negrillas fuera de texto). [↑](#footnote-ref-1)
2. 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-2)
3. 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-3)
4. 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 se solicitados hasta el momento previo a su realización.” [↑](#footnote-ref-4)
5. 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**”. (Negrillas fuera de texto). [↑](#footnote-ref-5)
6. 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-6)
7. 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-7)
8. 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-8)
9. 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-9)
10. Código de Comercio. Artículo 846: “La propuesta será irrevocable. De consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario.

“La propuesta conserva su fuerza obligatoria aunque el proponente muera o llegue a ser incapaz en el tiempo medio entre la expedición de la oferta y su aceptación, salvo que de la naturaleza de la oferta o de la voluntad del proponente se deduzca la intención contraria”. [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de abril de 2006, C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Rad. 2006-00031-00 (1732). [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 28 de mayo de 2012. C.P. Ruth Stella Correa, Rad. 1996-01886-01 (22.089). [↑](#footnote-ref-12)