**CCE-DES-FM-17**

**SUBSANABILIDAD – Regla – Requisitos habilitantes – Alcance – Límites**

[…] la regla prevista actualmente en los parágrafos 1o. y 4o. del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, es el mandato normativo que ordena que las entidades estatales, al verificar la acreditación de los requisitos habilitantes por parte de los proponentes, permitan, por regla general, que los oferentes aporten o corrijan aquella información relacionada con tales requisitos de participación, de manera que no se rechacen de plano las ofertas. Si bien esta regla encuentra algunos límites, por ejemplo, el previsto en el segundo inciso del mismo parágrafo, que establece que «Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso» o el consagrado en el parágrafo 3o., adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, según el cual «La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma», lo cierto es que la subsanabilidad de las ofertas debe interpretarse como una regla general en relación con la falta de entrega o con los defectos de los requisitos habilitantes.

**GARANTÍA DE SERIEDAD – Acreditación – Prueba – Recibo de pago**

[…] el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, establece, respecto de las diferentes garantías exigibles en materia de contratación pública, que cuando estas sean efectuadas mediante pólizas, la garantía no expirará por el no pago de la respectiva prima o revocación unilateral. En ese sentido, para cumplir con el requisito de la garantía de seriedad de la oferta, cuando esta sea prestada a través de contrato de seguro, bastará con que se aporte la póliza de manera concomitante, no siendo necesario que además se acredite el pago de la prima, comoquiera que, en virtud de lo dispuesto en el mencionado artículo, ello no incide en la validez del amparo exigido

**GARANTÍA DE SERIEDAD – Subsanabilidad – Alcance**

[…] de conformidad con el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, 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. Por esta disposición es posible subsanar todo defecto que no afecte la asignación de puntaje de un proceso de contratación hasta el traslado del informe de evaluación, salvo el proceso de mínima cuantía y el proceso de subasta inversa. Conforme a esto, esta Agencia ha determinado que: «Los errores en el contenido de la póliza no afectan la comparación de las propuestas, porque las entidades no asignan puntaje a la póliza y, por lo tanto, la entidad les debe otorgar la facultad a los proponentes de subsanar cualquier error en el contenido de la póliza, y estos últimos deben subsanarlos hasta el traslado del informe de evaluación, so pena de rechazar la oferta» .

**CAUSALES DE RECHAZO – Facultad de entidades contratantes – Pliego de condiciones – Límites**

El rechazo de las ofertas y los eventos en los que proceden han sido asuntos de los que se ha ocupado la legislación nacional en materia de contratación pública, por lo que «la competencia de las entidades estales para establecer eventos de exclusión de propuestas es de carácter residual y restringido» . En ese sentido, si bien las entidades estatales, en ejercicio de la discrecionalidad que les corresponde en la configuración de los pliegos de condiciones, tienen competencia para determinar los requisitos que deben cumplir los proponentes para la presentación de ofertas y regular los eventos en los que procede su rechazo , el ejercicio de tales facultades encuentra ciertos límites en la ley y el reglamento, así como en los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En ese entendido, uno de los límites a la facultad para establecer causales de rechazo, se encuentra en la regla de subsanabilidad del parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, analizada en acápites anteriores, según la cual «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», por lo que las entidades no podrán establecer causales de rechazo referentes a meros requisitos formales o rechazar las ofertas por esa razón.

 Bogotá D.C., **25/11/2020 Hora 14:29:9s**

**N° Radicado: 2202013000011706**

Señor

**Norberto Soto T.**

Floridablanca, Santander

**Concepto C – 675 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | SUBSANABILIDAD – Regla – Requisitos habilitantes – Alcance – Límites / GARANTÍA DE SERIEDAD – Acreditación – Prueba – Recibo de pago / GARANTÍA DE SERIEDAD – Subsanabilidad – Alcance / CAUSALES DE RECHAZO – Facultad de entidades contratantes – Pliego de condiciones – Límites |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 42020130000009300 |

Estimado señor Soto:

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 15 de octubre de 2020, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011.

1. **Problemas planteados**

Usted realiza las siguientes preguntas:

 «[…] ¿En caso de qué un proponente no presente el recibo de pago de la póliza junto con la propuesta en un proceso de licitación de proyectos de infraestructura vial (pliego tipo versión 02), puede RECHAZARSE su propuesta pese a que no exista esta casual rechazo en el pliego?

¿En otro tipo de procesos de selección que no se adelanten mediante pliego tipo sería legal incluir esta causal de rechazo relacionada con la no presentación del pago de la póliza? […]»

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente, en los conceptos identificados con los radicados Nos. CU-060 de 2020 y 4201912000005659 del 21 de agosto de 2019, estudió el alcance de la regla de subsanabilidad introducida por la Ley 1882 de 2018. La aplicación de esta regla en lo relativo a la garantía de seriedad de la oferta fue estudiada en los conceptos C-218 y C-229 de 2020. Algunas de las consideraciones expuestas se reiteran a continuación.

Para desarrollar los problemas planteados, en primer lugar, se explicará de manera general la regla de subsanabilidad de ofertas. En segundo lugar, se abordará el tema relativo a la acreditación de la garantía de seriedad y el alcance de la regla de subsanabilidad respecto a la misma y, finalmente, se harán algunas consideraciones sobre la facultad de incluir casuales de rechazo en los pliegos de condiciones.

**2.1. Regla de subsanabilidad de las ofertas: alcance y límites**

La posibilidad de enmendar, corregir o subsanar los errores en los que se incurre en los documentos contentivos de la oferta 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.

Desde el punto de vista histórico, 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 algunos 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[[1]](#footnote-1), pues en tratándose del sistema de subasta 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».

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. Más aún, podría considerarse 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».Para estos efectos, lo subsanable es la prueba de todas las circunstancias ocurridas antes del vencimiento del término para presentar las ofertas, por lo que existe 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 adquirirlos durante el término de evaluación de las ofertas.

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. 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»[[2]](#footnote-2).

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. Adicionalmente, otro cambio relevante radica en que 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.

En resumen, la regla prevista actualmente en los parágrafos 1o. y 4o. del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, es el mandato normativo que ordena que las entidades estatales, al verificar la acreditación de los requisitos habilitantes por parte de los proponentes, permitan, por regla general, que los oferentes aporten o corrijan aquella información relacionada con tales requisitos de participación, de manera que no se rechacen de plano las ofertas. Si bien esta regla encuentra algunos límites, por ejemplo, el previsto en el segundo inciso del mismo parágrafo, que establece que «Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso» o el consagrado en el parágrafo 3o., adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, según el cual «La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma», lo cierto es que la subsanabilidad de las ofertas debe interpretarse como una regla general en relación con la falta de entrega o con los defectos de los requisitos habilitantes.

**2.2. Acreditación de la garantía de seriedad de la oferta y el alcance de la regla de subsanabilidad**

Como se indicó, el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, que adicionó el parágrafo 3 al artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, proscribe la subsanabilidad de la garantía de seriedad cuando esta no fue entregada junto con la propuesta, estableciendo tal carencia como causal de rechazo[[3]](#footnote-3).

El origen de dicha norma, según se desprende de lo dicho en la Gaceta No. 605 del 2016, se encuentra en que para el legislador era necesario eliminar la posibilidad de subsanar la garantía de seriedad hasta antes de la adjudicación del contrato, porque si no se presentaba de manera concomitante con la oferta, en el evento que el proponente retirara su propuesta si la entidad no contaba con la póliza, no podía reclamarle por los perjuicios causados y, por lo tanto, se vería afectado el proceso de selección[[4]](#footnote-4) .

Es así, como el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 dispone que la no presentación de la garantía junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de esta. El Código de Comercio regula el contrato de seguro como un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva. El artículo 1.046 ibídem establece que el contrato de seguro se probará por escrito o confesión y, para fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar en su original al tomador dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración, el documento contentivo del contrato de seguro, es decir, la póliza de seguro, la cual deberá redactarse en castellano y firmarse por el asegurador[[5]](#footnote-5).

En este sentido, solo para fines probatorios del contrato de seguro, el asegurador está obligado a entregar a su tomador el documento contentivo del contrato de seguro, aunque el mismo se perfeccione por el solo consentimiento de las partes (tomador y asegurador), sin perjuicio de que el asegurador también esté obligado a librar duplicados o copias de la póliza al beneficiario, el asegurado o tomador por solicitud de estos.

Conforme a esto, el proponente deberá presentar junto con la oferta el documento contentivo del contrato de seguro que expide el asegurador para que la misma no sea rechazada. No obstante, la entrega de este documento no tiene que ser en físico, sino que puede ser recibida por la entidad estatal en la plataforma del SECOP o por cualquier otro medio, pues la Ley 1882 de 2018 no exige formalidad alguna para su presentación. Sin embargo, tratándose del SECOP II, al ser una plataforma transaccional, permite que el proponente diligencie y cargue la póliza que garantiza la seriedad de la oferta.

De esta forma, si el proponente al momento de presentar la oferta carga a la plataforma del SECOP II la póliza que expide el asegurador, está cumpliendo con lo prescrito en el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, y, por lo tanto, la entidad no debería requerir al proponente para que allegue dicho documento en físico, ni mucho menos rechazar su oferta por este motivo.

La garantía de seriedad de la oferta es un requisito exigible en la generalidad de procesos de contratación adelantados en el marco del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sin que los procesos adelantados con documentos tipo sean la excepción. En lo relativo a este tipo de pólizas, el «Documento Base o Pliego Tipo» tipo para procesos de licitación púbica de infraestructura de transporte –Versión 2– adoptado por esta entidad mediante la Resolución No. 045 de 2020, establece en su numeral 7.1. lo siguiente:

7.1. GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA

El Proponente debe presentar con la propuesta una Garantía de seriedad de la oferta que cumpla con los parámetros, condiciones y requisitos que se indican en este numeral.

Cualquier error o imprecisión en el texto de la garantía presentada será susceptible de aclaración por el Proponente hasta el término de traslado del informe de evaluación. Sin embargo, la no entrega de la garantía no es subsanable y se rechazará la oferta.

Las características de las garantías son las siguientes:

|  |  |
| --- | --- |
| **Característica** | **Condición** |
| Clase | Cualquiera de las clases permitidas por el artículo 2.2.1.2.3.1.2 del Decreto 1082 de 2015, a saber: (i) Contrato de seguro contenido en una póliza, (ii) Patrimonio autónomo y (iii) Garantía Bancaria. |
| Asegurado/ beneficiario | [Nombre de La Entidad] identificada con NIT [NIT de la Entidad] |
| Amparos | Los perjuicios derivados del incumplimiento del ofrecimiento en los eventos señalados en el artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015. |
| Vigencia | 3 meses contados a partir de la fecha de cierre del Proceso de Contratación.  |
| Valor Asegurado | Diez por ciento (10%) del Presupuesto Oficial del Proceso de Selección [Cuando la oferta o el Presupuesto Estimado sea superior a 1.000.000 de SMMLV se aplicarán las reglas establecidas en el Decreto 1082 de 2015][En los Procesos de contratación estructurados por lotes, el valor asegurado corresponderá al diez por ciento (10%) del Presupuesto Oficial del lote o la sumatoria de los lotes a los cuales se presente oferta]  |
| Tomador  | Para las personas jurídicas: la Garantía deberá tomarse con el nombre o razón social y tipo societario que figura en el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio respectiva, y no solo con su sigla, a no ser que en el referido documento se exprese que la sociedad podrá denominarse de esa manera.Para los Proponentes Plurales: la Garantía deberá ser otorgada por todos los integrantes del Proponente Plural, para lo cual se deberá relacionar claramente los integrantes, su identificación y porcentaje de participación, quienes para todos los efectos serán los otorgantes de la misma.  |

Si en desarrollo del Proceso de selección se modifica el cronograma, el Proponente deberá ampliar la vigencia de la Garantía de seriedad de la oferta hasta tanto no se hayan perfeccionado y cumplido los requisitos de ejecución del respectivo contrato.

La propuesta tendrá una validez igual al término de vigencia establecido para la garantía de seriedad de la oferta. Durante este período la propuesta será irrevocable, de tal manera que el Proponente no podrá retirar ni modificar los términos o condiciones de la misma, so pena de que la Entidad pueda hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta.

Como se aprecia, la regulación que hace el Pliego Tipo no establece una forma específica de acreditar el cumplimiento del requisito de la garantía de seriedad, limitándose a señalar la información que deberá incluirse en la garantía; el monto que debe asegurarse; la vigencia exigible; recordar los amparos que deben cubrirse conforme al artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015[[6]](#footnote-6); y recordando además los mecanismos mediante los que esta puede ser cumplida señalados en los artículos 7 de la Ley 1150 de 2007 y 2.2.1.2.3.1.2 del Decreto 1082 de 2015[[7]](#footnote-7).

Ahora bien, el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007[[8]](#footnote-8), establece, respecto de las diferentes garantías exigibles en materia de contratación pública, que cuando estas sean efectuadas mediante pólizas, la garantía no expirará por el no pago de la respectiva prima o revocación unilateral. En ese sentido, para cumplir con el requisito de la garantía de seriedad de la oferta, cuando esta sea prestada a través de contrato de seguro, bastará con que se aporte la póliza de manera concomitante, no siendo necesario que además se acredite el pago de la prima, comoquiera que, en virtud de lo dispuesto en el mencionado artículo, ello no incide en la validez del amparo exigido. Respecto de este asunto ya se había pronunciado esta Agencia en el concepto C-218 del 2 abril de 2020, en el que se manifestó lo siguiente:

Ahora, si el proponente presenta su oferta con la póliza de seguro, no es necesario exigirle el comprobante de pago de la prima del contrato de seguro, toda vez que de acuerdo con el artículo 1046 del Código de Comercio, se probará el contrato de seguro con la póliza que expide el asegurador, y, en este sentido, no será necesario exigirle al comprobante de pago de la póliza.

Adicionalmente, la Ley 1150 de 2007 establece que los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato y el proponente prestará garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos y, tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. Por lo tanto, la mora en el pago de la póliza no terminará el contrato de seguro, ya sea de la garantía de seriedad de la oferta como la de cumplimiento.

Por otra parte, el Decreto 1082 de 2015 indica que la garantía única de cumplimiento expedida a favor de Entidades Estatales no expira por falta de pago de la prima ni puede ser revocada unilateralmente[[9]](#footnote-9) . Si bien, el Decreto no incluye a la garantía de seriedad de la oferta, este no es un motivo suficiente para entender que la mora en el pago termina el contrato de seguro de garantía de seriedad de la oferta, toda vez que el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 se refiere a cualquier póliza que ampare un contrato estatal y esto incluye la garantía de seriedad de la oferta[[10]](#footnote-10).

De lo anterior se desprende que el cumplimiento del requisito de respaldar los ofrecimientos con una garantía de seriedad, establecido en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, en los casos en los que esta se preste mediante contrato de seguro, implica que el oferente de fe de la existencia de dicho contrato, cuestión para la que basta que aporte de manera concomitante con la oferta la respectiva póliza. Por ello, no es necesario que se aporte además constancia del pago de la prima, en la medida que dicho pago no determina la validez de la póliza o el perfeccionamiento del contrato de seguro.

No sobra agregar, como se señaló en el acápite anterior, que de conformidad con el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, 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. Por esta disposición es posible subsanar todo defecto que no afecte la asignación de puntaje de un proceso de contratación hasta el traslado del informe de evaluación, salvo el proceso de mínima cuantía y el proceso de subasta inversa. Conforme a esto, esta Agencia ha determinado que: «Los errores en el contenido de la póliza no afectan la comparación de las propuestas, porque las entidades no asignan puntaje a la póliza y, por lo tanto, la entidad les debe otorgar la facultad a los proponentes de subsanar cualquier error en el contenido de la póliza, y estos últimos deben subsanarlos hasta el traslado del informe de evaluación, so pena de rechazar la oferta»[[11]](#footnote-11).

**2.3. La facultad de las entidades estatales de incluir causales de rechazo de la oferta en los pliegos de condiciones**

El rechazo de las ofertas y los eventos en los que proceden han sido asuntos de los que se ha ocupado la legislación nacional en materia de contratación pública, por lo que «la competencia de las entidades estales para establecer eventos de exclusión de propuestas es de carácter residual y restringido»[[12]](#footnote-12). En ese sentido, si bien las entidades estatales, en ejercicio de la discrecionalidad que les corresponde en la configuración de los pliegos de condiciones, tienen competencia para determinar los requisitos que deben cumplir los proponentes para la presentación de ofertas[[13]](#footnote-13) y regular los eventos en los que procede su rechazo[[14]](#footnote-14), el ejercicio de tales facultades encuentra ciertos límites en la ley y el reglamento, así como en los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En ese entendido, uno de los límites a la facultad para establecer causales de rechazo, se encuentra en la regla de subsanabilidad del parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, analizada en acápites anteriores, según la cual «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», por lo que las entidades no podrán establecer causales de rechazo referentes a meros requisitos formales o rechazar las ofertas por esa razón.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha determinado que las causales de rechazo pueden o no estar establecidas en el pliego de condiciones, sin perjuicio de que sean aplicables al proceso contractual las establecidas directamente en la ley. Así se estableció en la sentencia del 27 de abril de 2011, en los siguientes términos:

En efecto, la Administración puede rechazar o descalificar los ofrecimientos hechos por causales previstas en la ley; hipótesis bajo la cual, la entidad pública licitante se limita a dar por comprobado el hecho que justifica la exclusión y así lo declarará apoyada en normas legales o reglamentarias de carácter general.

En esta línea de pensamiento, resulta claro que el rechazo o 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, de conformidad con lo establecido en el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, 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.

[…]

Quiere con esto destacar la Sala que las causales de rechazo de las propuestas pueden ser legales y por lo mismo generan el efecto del descarte o exclusión de la oferta ope legis, sin necesidad de que se haga referencia a las mismas en el pliego de condiciones; o también pueden las causales de rechazo de las propuestas ser establecidas expresamente por la entidad en el respectivo pliego de condiciones. Lo cierto es que, sea que las causales de rechazo de la oferta emanen directamente de la ley o del pliego de condiciones, en uno y en otro caso se refieren a defectos, omisiones o circunstancias impeditivas que permiten deducir que la misma no resulta favorable para los intereses de la entidad y los fines de la contratación y que de soslayarse se comprometería el cumplimiento de los principios de transparencia, economía y responsabilidad, así como el deber de selección objetiva en la contratación[[15]](#footnote-15).

De acuerdo con la jurisprudencia citada, existen dos casos en los que procede el rechazo de la oferta: (i) que se configure alguna de las causales de rechazo establecidas en ley o en el pliego de condiciones o (ii) la ausencia de requisitos necesarios para la comparación de ofertas. Según tales consideraciones, las causales de rechazo de la oferta serán las consagradas en la ley o producto de su aplicación, así como las definidas por las entidades en el respectivo pliego de condiciones para tales efectos.

De otra parte, el Consejo de Estado ha sostenido que las causales de exclusión o rechazo de ofertas, deben se razonables y proporcionadas, lo que supone que las mismas obedezcan a motivos que tengan alguna incidencia en el proceso de contratación y no a meros aspectos formales. Así lo manifestó en el Consejo de Estado en sentencia del 21 de noviembre de 2013.

En efecto, la Administración puede rechazar o descalificar los ofrecimientos hechos, por causales previstas en la ley, hipótesis bajo la cual la entidad pública licitante se limita a dar por comprobado el hecho que justifica la exclusión y así lo declaran apoyada en normas legales o reglamentarias de carácter general.

En esta línea de pensamiento, resulta claro que el rechazo o la descalificación de ofertas no puede depender de la libre discrecionalidad de la administración, en la medida en que el oferente, por el hecho de participar en el proceso licitatorio, 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, 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, de conformidad con lo establecido en el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, 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[[16]](#footnote-16).

En ese mismo sentido, reiterando las anteriores consideraciones, en sentencia del 12 de junio de 2017, la misma Corporación expresó:

[…] la incorporación de una causal de rechazo que justifique la exclusión de alguna propuesta del procedimiento de selección debe encontrar apoyo normativo que la dote de sustento jurídico y al tiempo debe referirse a la ausencia de requisitos o documentos necesarios para la comparación objetiva de las propuestas y, a la luz de la Ley 1150 de 2007, debe aludir a aspectos que afecten la asignación de puntaje[[17]](#footnote-17).

En tales términos, la facultad de las entidades estatales para incluir en los pliegos de condiciones causales de rechazo de las ofertas, no es una facultad absoluta, en la medida que se encuentra limitada por lo dispuesto en ley, al igual que por los principios de razonabilidad y proporcionalidad, los cuales exigen que las causales de rechazo que sean establecidas por la entidad, además de no contrariar el ordenamiento jurídico, no versen sobre aspectos meramente formales sin relevancia para el transcurso del proceso de selección o el perfeccionamiento del contrato.

Así las cosas, teniendo en cuenta lo dispuesto en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por la Ley 1882 de 2018, en lo relativo a la subsanabilidad de requisitos no necesarios para la comparación de ofertas, no es jurídicamente valido que las entidades establezcan causales de rechazo que aludan a la ausencia de requisitos meramente formales, ante cuyos defectos debe otorgarse la oportunidad de subsanar.

Ahora bien, aplicando las anteriores consideraciones al objeto del segundo interrogante planteado, es menester afirmar que la posibilidad de incluir la falta del recibo de pago de la prima de la póliza de la garantía de seriedad como una causal de rechazo, no se ajusta a la normativa y jurisprudencia analizada, en la medida que tal exigencia no es razonable ni proporcionada, considerando que de conformidad con el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, la falta de pago de la prima no da lugar a la expiración de la póliza. Menos aun, considerando que el amparo tiene origen en un contrato de carácter consensual, que por tanto no requiere del pago de dicha prima para su validez o perfeccionamiento.

Finalmente, se reitera, conforme a lo señalado en el concepto C-218 del 2 de abril de 2020, que para acreditar el cumplimiento del requisito de respaldar los ofrecimientos con una garantía de seriedad, en lo relativo al contrato de seguro, bastará con que se aporte la póliza que dé cuenta de dicho contrato, no siendo necesario allegar el recibo para cumplir con lo exigido por el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007.

**3. Respuesta**

«[…] ¿En caso de qué un proponente no presente el recibo de pago de la póliza junto con la propuesta en un proceso de licitación de proyectos de infraestructura vial (pliego tipo versión 02), puede RECHAZARSE su propuesta pese a que no exista esta casual rechazo en el pliego? […]

Según el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, la falta de pago de la prima de las pólizas no dan lugar a la expiración de las mismas, razón por la cual se estima que, para cumplir con el requisito de respaldar los ofrecimientos con una garantía de seriedad, al prestarse esta mediante un contrato de seguro, bastará con que se aporte la póliza para cumplir con el requisito, no constituyendo la falta de aporte del recibo de pago de la prima un motivo para el rechazo de la oferta.

«[…] ¿En otro tipo de procesos de selección que no se adelanten mediante pliego tipo sería legal incluir esta causal de rechazo relacionada con la no presentación del pago de la póliza? […]»

De conformidad con la normativa y jurisprudencia analizada, las entidades estatales tienen la facultad de incluir en los pliegos de condiciones causales que dan lugar al rechazo de las ofertas, las cuales complementan los motivos de exclusión de ofertas establecidos en la ley. El ejercicio de dicha facultad debe ajustarse a unos mínimos de razonabilidad y proporcionalidad que exigen que las causas de rechazo que se establezcan por la entidad tengan relación con asuntos con incidencia en la eventual relación contractual, no resultando válido establecer causales de rechazo que se funden en la acreditación de aspectos meramente formales.

 El parágrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5º de la Ley 1882 de 2018, señala que 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 presentados.

En ese sentido, el hecho de no allegar el recibo de pago de la póliza de la garantía de seriedad de la oferta, no constituye en sí mismo un motivo que amerite el rechazo de la oferta, al tratarse de un documento no requerido para la comparación de ofertas, y cuya ausencia no incide en la validez de la correspondiente póliza.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual |

1. 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-1)
2. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de mayo de 2010. Rad. 1.992. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ley 1150 de 2007, artículo 5, Parágrafo 3: “La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma”. [↑](#footnote-ref-3)
4. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta 605 del 10 de agosto de 2016: «Aunque resulte extraña la anterior proposición, hoy en Colombia impera la posición según la cual, en la medida en que de la garantía de seriedad de la oferta no afecta la asignación de puntaje, su presentación, así como y la corrección de errores contenidos en esta, son susceptibles de subsanación hasta antes de oferta.

 »Esto ha generado, además de las precipitadas prácticas colusivas, una desprotección del patrimonio público por cuanto no existe un amparo del riesgo de retiro de la oferta por parte de los proponentes después de vencido el plazo fijo para la presentación de las ofertas». [↑](#footnote-ref-4)
5. El Código de comercio en el artículo 1046, indica, frente a la prueba del contrato de seguro que se hará por escrito o por confesión: «Con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración el documento contentivo del contrato de seguro, el cual se denomina póliza, el que deberá redactarse en castellano y firmarse por el asegurador.

»La Superintendencia Bancaria señalará los ramos y la clase de contratos que se redacten en idioma extranjero.

»Parágrafo. El asegurador está también obligado a librar a petición y a costa del tomador, del asegurado o del beneficiario duplicados o copias de la póliza». [↑](#footnote-ref-5)
6. Decreto 1082 de 2015 «**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».

 [↑](#footnote-ref-6)
7. Decreto 1082 de 2015 «Artículo 2.2.1.2.3.1.2. Clases de garantías. Las garantías que los oferentes o contratistas pueden otorgar para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones son:

»1. Contrato de seguro contenido en una póliza.

»2. Patrimonio autónomo.

»3. Garantía Bancaria».

 [↑](#footnote-ref-7)
8. Ley 1150 de 2007 «Artículo 7° De las garantías en la contratación. Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

»Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.

»El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

»El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare». [↑](#footnote-ref-8)
9. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.3.2.5. Improcedencia de la terminación automática y de la facultad de revocación del seguro. La garantía única de cumplimiento expedida a favor de Entidades Estatales no expira por falta de pago de la prima ni puede ser revocada unilateralmente». [↑](#footnote-ref-9)
10. AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. Concepto C-218 del 2 abril de 2020. Radicado de entrada No. 4202013000001740. Radicado de salida No. 2202013000002403.

 [↑](#footnote-ref-10)
11. AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. Concepto C-218 del 2 abril de 2020. Radicado de entrada No. 4202013000001740. Radicado de salida No. 2202013000002403. [↑](#footnote-ref-11)
12. RODRÍGUEZ TAMAYO, Mauricio Fernando. Evaluación y rechazo de ofertas en la Ley 80 de 1993, Librería Jurídica Sánchez, 2016, Medellín, pp. 190. [↑](#footnote-ref-12)
13. Ley 80 de 1993 «**Articulo 24. Del principio de transparencia.**En virtud de este principio:

[…]

»5o. En los pliegos de condiciones:

   […]

»b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación […]». [↑](#footnote-ref-13)
14. Decreto 1082 de 2015 «Artículo 2.2.1.1.2.1.3. Pliegos de condiciones. Los pliegos de condiciones deben contener por lo menos la siguiente información

[…]

»6. Las causas que dan lugar a rechazar una oferta […]» [↑](#footnote-ref-14)
15. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera Subsección B. Sentencia del 27 de abril de 2011. Expediente No. 18.293. C.P. Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-15)
16. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 21 de noviembre de 2013. Exp. No. 25397. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

 [↑](#footnote-ref-16)
17. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 12 de junio de 2017. Exp. No. 51364. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-17)