**PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA – Factores objetivos**

Uno de los principios transversales de los procedimientos de selección es el de selección objetiva. Se trata del postulado que exige que la escogencia de la oferta ganadora se debe fundamentar en factores objetivos, de carácter técnico, jurídico y financiero, y no en criterios subjetivos, como el afecto, la amistad, el ánimo de ayuda, el interés personal, etc.

Si bien dentro de la historia de la contratación pública en Colombia, se vislumbran antecedentes normativos que consagraban este principio, en la actualidad la disposición legal que lo establece en forma explícita es el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011 y por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018.

**PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA – Desarrollo jurisprudencial**

La jurisprudencia también ha reconocido la preponderancia de este deber en la etapa precontractual, indicando que su garantía es imprescindible para satisfacer adecuadamente las necesidades de la sociedad a través del contrato estatal. A este respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha dicho que «la selección de contratistas, para cumplir con el requisito de objetividad, debe caracterizarse por: 1. Ausencia total de subjetividad; 2. Estar determinada por la comparación de distintos factores, establecidos con anterioridad por la Administración en el pliego de condiciones; 3. Estar determinada la forma como los factores de selección serán evaluados y el valor que corresponde a cada uno de ellos en el pliego de condiciones y 4. Estar determinada la adjudicación y celebración del negocio jurídico por un análisis, comparación y evaluación objetiva de las propuestas presentadas».

En igual sentido, ha señalado que «el principio de escogencia o selección objetiva de los contratistas fundamenta uno de los principales deberes de todos los responsables de la contratación estatal en el derecho colombiano, cual es el de mantener intacta la institucionalidad por encima de los intereses personales, individuales o subjetivos cuando se trate de escoger al contratista, al margen del procedimiento utilizado, con miras a evitar el actuar arbitrario, abusivo o violatorio de norma superior (numeral 8, art. 24, ley 80) por parte de los servidores públicos».

**SUBSABANIBILIDAD – Requisitos habilitantes**

A continuación, se reitera el concepto 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 explica 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.

**PLIEGO TIPO – Causal de rechazo de la oferta – Tachaduras**

los documentos tipo contienen parámetros obligatorios para las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que adelanten la tipología contractual que estos se encarguen de desarrollar. Con base en todo lo anterior, por ejemplo, en la versión 3 de los documentos tipo para licitaciones de obra de infraestructura de transporte se incluyeron las causales de rechazo de las ofertas, entre ellas, la relacionada con la presente consulta –causal N– la cual se transcribe en los siguientes términos: N. Presentar la oferta con tachaduras o enmendaduras que no estén convalidadas en la forma indicada en la sección 2.3 del pliego de condiciones.

Para solucionar la presente consulta son útiles las referencias expuestas sobre el deber de selección objetiva y el régimen jurídico de la subsanabilidad de las ofertas. En concreto, es necesario resaltar que la causal de rechazo contenida en el literal N del numeral 1.15 – causales de rechazo del documento tipo indicado no distingue, a efectos de su aplicación, entre documentos que contengan requisitos habilitantes o ponderables y, con base en ello, esta Agencia debe interpretar de manera sistemática el ordenamiento para dilucidar la forma de aplicación de la causal.

**CAUSAL DE RECHAZO – Literal n – Tachaduras – Convalidación – Alcance**

Por tanto, resulta claro que presentar la oferta con tachaduras o enmendaduras, que no están convalidadas en la forma indicada en la sección 2.3 del pliego de condiciones versión 3 de los pliegos tipo, puede constituir una causal de rechazo siempre y cuando se trate de documentos o requisitos necesarios para comparar las propuestas.

En orden con lo anterior, debe recordarse que la sección 2.3. del pliego de condiciones establece la forma en que debe presentarse la oferta, precisando las indicaciones que deben diligenciarse en cada sobre de oferta. Asimismo, esta sección señala que los documentos que conforman los sobres 1 y 2 deben entregarse legajados, foliados, escritos en idioma castellano y en medio mecánico; igualmente, precisó que la oferta debe ser numerada en todas sus hojas. La propuesta debe contener un índice que identifique la documentación de la oferta y el folio al que corresponde cada una de estas.

Igualmente, la estipulación citada contempla la posibilidad de enmendar o tachar errores y define la forma en que estas deben subsanarse, previendo que en estos casos aquellas deben ser convalidadas por la persona que suscribió el documento objeto de la misma, firmándolo al pie de la misma y nota al margen del documento donde manifieste clara y expresamente que se hizo dicha corrección.

Sin embargo, a pesar de que la estipulación señala que la tachadura o enmendadura debe ser convalidada por quien suscribió el documento, dicha estipulación debe ser interpretada a la luz del principio de primacía del derecho sustancial sobre las formalidades, de que trata el artículo 228 de la Constitución Política y el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, de modo que, en cada caso concreto, las entidades que adelantan los procesos de contratación deberán verificar que con su aplicación no se obstaculice la efectividad de los derechos del proponente por exigencias procedimentales excesivas y que constituyan una aplicación irreflexiva de la formalidad respectiva.



Bogotá D.C., 13 Agosto 2021

Señor

**Peticionario anónimo**

Bogotá D.C.

**Concepto C – 409 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA / PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA – Desarrollo jurisprudencial / SUBSABANIBILIDAD – Requisitos habilitantes / PLIEGO TIPO – CAUSAL DE RECHAZO DE OFERTA / CAUSAL DE RECHAZO – literal N – Tachaduras – Convalidación – Alcance |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20210630005737 |

Estimado señor peticionario:

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 30 de junio de 2021.

1. **Problema planteado**

Usted realiza la siguiente pregunta: «sí se refiere a tachaduras y enmendaduras en los documentos que se presentan para acreditar los requisitos habilitantes y de puntaje o se refiere también a errores en la foliación o en el índice al presentar una propuesta, a que la causal tiene un vacío de interpretación que esta siendo aprovechada para rechazar las propuestas igualmente solicito me aclare según el numeral 2.3 que es lo que se convalida si el documento como tal o el error en la foliación».

1. **Consideraciones**

Para responder a sus interrogantes se estudiarán los siguientes temas: i) principio de selección objetiva en la contratación estatal; ii) alcance de la regla de subsanabilidad de las ofertas en los procedimientos de selección y iii) causales de rechazo contenidas en los documentos tipo.

La Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre el principio de selección objetiva y, en específico, frente a la subsanabilidad de las ofertas en los conceptos con radicado No.: 4201913000006471 del 28 de octubre de 2019, 4201912000006711 del 12 de noviembre de 2019 y 4201912000006496 del 15 de noviembre de 2019; las cuales se unificaron en el Concepto CU-060 del 24 de febrero de 2020. Este se ha reiterado en forma pacífica, entre otros, en los conceptos: C-121 del 3 de marzo de 2020, C-160 del 3 de abril de 2020, C-013 del 17 de abril de 2020, C-465 del 27 de julio de 2020, C-557 del 21 de agosto de 2020, C-573 del 27 de agosto de 2020, C-595 del 21 de septiembre de 2020, C-634 de 21 de noviembre de 2020 y C- 217 de 14 de mayo 2021. Las tesis propuestas en dichos conceptos se reiteran y, en lo necesario, se complementan conforme a las siguientes consideraciones.

**2.1. Principio de selección objetiva en la contratación estatal**

Uno de los principios transversales de los procedimientos de selección es el de *selección objetiva*. Se trata del postulado que exige que la escogencia de la oferta ganadora se debe fundamentar en factores objetivos, de carácter técnico, jurídico y financiero, y no en criterios subjetivos, como el afecto, la amistad, el ánimo de ayuda, el interés personal, etc.

Si bien dentro de la historia de la contratación pública en Colombia, se vislumbran antecedentes normativos que consagraban este principio, en la actualidad la disposición legal que lo establece en forma explícita es el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011 y por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. Dicha disposición establece lo siguiente:

ARTÍCULO 5o. DE LA SELECCIÓN OBJETIVA. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6o de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

2. [Numeral modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:] La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o

b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.

3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido.

4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.

En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores.

PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

PARÁGRAFO 2o. Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos.

PARÁGRAFO 3o. [Parágrafo adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:] La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma.

PARÁGRAFO 4o. [Parágrafo adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:] En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

PARÁGRAFO 5o. [Parágrafo adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:] En los procesos de contratación, las entidades estatales deberán aceptar la experiencia adquirida por los proponentes a través de la ejecución de contratos con particulares.

Así mismo, la Ley 80 de 1993 se refiere a la *selección objetiva* en varios apartados, como el primer inciso del artículo 21, que obliga a las entidades estatales a tener en cuenta la selección objetiva, al garantizar la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen nacional; el artículo 24, numeral 5º, literal a), que manda que en los pliegos de condiciones se indiquen «[…] los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección». En igual sentido, el artículo 24, numeral 5º, literal b), que establece que en los pliegos de condiciones se deben definir «[…] 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»; el artículo 24, numeral 8º, según el cual «Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto».

De igual forma, este principio también se menciona en el segundo inciso del parágrafo 3º del artículo 24, que exige tener en cuenta la selección objetiva de la entidad veedora para el procedimiento de venta de bienes de las entidades estatales por el sistema de martillo. También lo hace el numeral 18 del artículo 25, el cual señala que «La declaratoria de desierta de la licitación únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva». Igualmente, el numeral 2 del artículo 30, que dispone que «La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones, […], en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas». De otro lado, el inciso final del artículo 38, que obliga a las entidades estatales que tengan como objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones a respetar el principio de selección objetiva. Finalmente, el segundo inciso del artículo 76, que ordena cumplir también con dicho principio a las entidades que tengan por objeto la exploración, explotación y comercialización de recursos naturales renovables y no renovables.

Por su parte, a nivel reglamentario, el Decreto 1082 de 2015 también hace referencia a la selección objetiva como postulado esencial de los procedimientos de selección. Así se infiere de normas como: i) el numeral 4º del artículo 2.2.1.1.2.1.3., que indica que dentro de la información del pliego de condiciones se deben definir «Las condiciones de costo y/o calidad que la Entidad Estatal debe tener en cuenta para la selección objetiva, de acuerdo con la modalidad de selección del contratista»; ii) el numeral 8º del artículo 2.2.1.2.1.3.13., que establece como obligación del jurado calificador en los concursos de méritos para la selección de consultores de diseño, planos, anteproyectos y proyectos arquitectónicos, «Manifestar a la Entidad Estatal promotora la declaratoria de desierto del concurso de arquitectura, en caso que se presente el impedimento de la escogencia objetiva de que trata el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993».

La jurisprudencia también ha reconocido la preponderancia de este deber en la etapa precontractual, indicando que su garantía es imprescindible para satisfacer adecuadamente las necesidades de la sociedad a través del contrato estatal. A este respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha dicho que «la selección de contratistas, para cumplir con el requisito de objetividad, debe caracterizarse por: 1. Ausencia total de subjetividad; 2. Estar determinada por la comparación de distintos factores, establecidos con anterioridad por la Administración en el pliego de condiciones; 3. Estar determinada la forma como los factores de selección serán evaluados y el valor que corresponde a cada uno de ellos en el pliego de condiciones y 4. Estar determinada la adjudicación y celebración del negocio jurídico por un análisis, comparación y evaluación objetiva de las propuestas presentadas»[[1]](#footnote-1).

En igual sentido, ha señalado que «el principio de escogencia o selección objetiva de los contratistas fundamenta uno de los principales deberes de todos los responsables de la contratación estatal en el derecho colombiano, cual es el de mantener intacta la institucionalidad por encima de los intereses personales, individuales o subjetivos cuando se trate de escoger al contratista, al margen del procedimiento utilizado, con miras a evitar el actuar arbitrario, abusivo o violatorio de norma superior (numeral 8, art. 24, ley 80) por parte de los servidores públicos»[[2]](#footnote-2).

De igual forma, para garantizar el principio de selección objetiva, también es necesario que las entidades estatales se abstengan de rechazar las ofertas, por el incumplimiento de requisitos meramente formales, sacrificando la favorabilidad que podría representar la oferta que adolezca de estos defectos, si se permitiese su corrección. En otras palabras, es consustancial a la selección objetiva la obligación que tienen las entidades estatales de permitir la subsanación de los requisitos de participación, bajo las condiciones indicadas en la ley, antes de tomar la decisión de rechazar las propuestas que hayan omitido la observancia de los requisitos habilitantes. Sin perjuicio, también, de lo establecido en el artículo 30.7 de la Ley 80 de 1993 relacionado con la posibilidad de presentar explicaciones y aclaraciones del contenido de las ofertas[[3]](#footnote-3).

Lo anterior, teniendo en cuenta que la decisión de rechazar una propuesta, por regla general –salvo en los casos específicos previstos en la ley, como el de la imposibilidad de subsanar la no entrega de la garantía de seriedad de la oferta o de acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del procedimiento de selección (art. 5, par. 1º y 3º, Ley 1150 de 2007)– solo puede tomarse si, previamente, se ha permitido que los proponentes corrijan sus ofertas. Esto es, que subsanen la información relacionada con los requisitos que no asignan puntaje, como mecanismo para hacer prevalecer el derecho sustancial sobre las formalidades, lo cual se explica a continuación.

**2.2 Alcance de la regla de subsanabilidad de las ofertas en los procedimientos de selección**

A continuación, se reitera el concepto 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 explica 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.

Al respecto, 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 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 manera 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.

El régimen jurídico de subsanabilidad de las ofertas sufre un cambio fundamental bajo esta norma, 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, 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.

 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*, 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, prescribió 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.

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[[4]](#footnote-4).

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. Particularmente, 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.

De lo anterior se desprende que 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. Lo anterior, sin perjuicio de tener en consideración las demás modificaciones y cambios realizados por el artículo 5 la Ley 1882 de 2018 al artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

**2.3. Causal de rechazo contenida en los documentos tipo**

La posibilidad de adoptar documentos tipo en el ordenamiento jurídico colombiano se incluyó en el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018. A partir de esta norma, se determinó la obligatoriedad por parte de todas las entidades públicas sometidas al estatuto general de contratación pública de aplicar los documentos tipo adoptados por el gobierno nacional.

El mencionado artículo 4 establecía que el Gobierno nacional adoptaría los documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería  para obras, los cuales debían ser utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública en los procesos de selección que adelantaran. Esta norma fue modificada por el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, de la siguiente manera:

La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente o quien haga sus veces, adoptará documentos tipo que serán de obligatorio cumplimiento en la actividad contractual de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Dentro de estos documentos tipo, se establecerán los requisitos habilitantes, factores técnicos, económicos y otros factores de escogencia, así como aquellos requisitos que, previa justificación, representen buenas prácticas contractuales que procuren el adecuado desarrollo de los principios que rigen la contratación pública

Con el ánimo de promover la descentralización, el empleo local, el desarrollo, los servicios e industria local, en la adopción de los documentos tipo, se tendrá en cuenta las características propias de las regiones […]

En todo caso, serán de uso obligatorio los documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, que lleven a cabo todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en los términos fijados mediante la reglamentación correspondiente».

En este sentido, los documentos tipo contienen parámetros obligatorios para las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que adelanten la tipología contractual que estos se encarguen de desarrollar. Con base en todo lo anterior, por ejemplo, en la versión 3 de los documentos tipo para licitaciones de obra de infraestructura de transporte se incluyeron las causales de rechazo de las ofertas, entre ellas, la relacionada con la presente consulta –causal N– la cual se transcribe en los siguientes términos:

N. Presentar la oferta con tachaduras o enmendaduras que no estén convalidadas en la forma indicada en la sección 2.3 del pliego de condiciones.

Para solucionar la presente consulta son útiles las referencias expuestas sobre el deber de selección objetiva y el régimen jurídico de la subsanabilidad de las ofertas. En concreto, es necesario resaltar que la causal de rechazo contenida en el literal N del numeral 1.15 – causales de rechazo del documento tipo indicado no distingue, a efectos de su aplicación, entre documentos que contengan requisitos habilitantes o ponderables y, con base en ello, esta Agencia debe interpretar de manera sistemática el ordenamiento para dilucidar la forma de aplicación de la causal.

Con base en lo expuesto en los anteriores numerales, en primer lugar, es importante señalar que esta causal de rechazo aplica sin perjuicio de la posibilidad de subsanar el contenido de las ofertas en los términos analizados en este concepto. Es decir, pese a que en la oferta se configure el supuesto de hecho prescrito en la causal de rechazo, es necesario que la entidad estatal previamente otorgue la oportunidad de subsanar la deficiencia de la oferta, en los casos en que resulte procedente. En particular, ello sería procedente frente a cualquier contenido de la oferta que no incida en la asignación de puntaje, lo que implicaría, dependiendo del supuesto concreto, permitir que las enmendaduras o tachaduras sean convalidadas en la forma exigida en la sección 2.3. del documento tipo.

Adicionalmente, es necesario aclarar que la finalidad buscada con la causal de rechazo contenida en el literal N del numeral 1.15 del pliego tipo es brindar certeza a la entidad estatal sobre el contenido de la propuesta y, de este modo, evitar que en el proceso de análisis de las ofertas se produzcan errores que conduzcan a la alteración o que vicien el resultado de la evaluación. En este sentido, es responsabilidad del oferente proceder a convalidar las tachaduras y enmendaduras de conformidad con lo previsto en la sección 2.3 del pliego de condiciones, es decir, «toda tachadura y/o enmendadura que presente algún documento de la oferta debe estar salvado con la firma de quien suscribe el correspondiente documento al pie de la misma y nota al margen del documento donde manifieste clara y expresamente la corrección realizada».

Para concluir con el presente estudio, es pertinente resaltar que el alcance de la causal de rechazo analizada es restrictivo, en la medida en que podría configurarse el supuesto siempre y cuando la tachadura o enmendadura tenga una incidencia directa y sustancial en el análisis del contenido de los documentos de la oferta. En efecto, las causales de rechazo deben interpretarse de forma razonable, conforme a los parámetros legales y jurisprudenciales, por lo que no sería justificado rechazar una propuesta, por ejemplo, porque haya una tachadura o enmendadura en lugares netamente formales de la oferta. En efecto, como lo establece el parágrafo 1 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 lo tanto, toda entidad estatal debe ejercer su competencia de manera rigurosa y, por tanto, aplicar la causal de rechazo analizada en los eventos en que la tachadura o la enmendadura impacte algún elemento sustancial de los documentos analizados, esto es, que incida en la comparación de las ofertas y sin perjuicio de aplicar el régimen de subsanabilidad en los términos desarrollados en los numerales 2.1. y 2.2. de este concepto.

De esta manera, el citado numeral 2.3. establece que en los casos en que la oferta se presente con alguna tachadura o enmendadura, las correcciones deben ser convalidadas por la persona que suscribió el documento objeto de la misma, firmándolo al pie de la misma y nota al margen del documento donde manifieste clara y expresamente que se hizo dicha corrección.

Sin embargo, como se expresó, a pesar de que la estipulación señala que la tachadura o enmendadura debe ser convalidada por quien suscribió el documento, dicha estipulación debe ser interpretada bajo el tamiz del principio de primacía del derecho sustancial sobre las formalidades, de que trata el artículo 228 de la Constitución Política y el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, de modo que, en cada caso concreto, las entidades que adelantan los procesos de contratación deberán verificar que con su aplicación no se obstaculice la efectividad de los derechos del proponente por exigencias procedimentales excesivas y que constituyan una aplicación irreflexiva de la formalidad respectiva.

1. **Respuesta**

 «sí se refiere a tachaduras y enmendaduras en los documentos que se presentan para acreditar los requisitos habilitantes y de puntaje o se refiere también a errores en la foliación o en el índice al presentar una propuesta. ya que la causal tiene un vacío de interpretación que está siendo aprovechada para rechazar las propuestas igualmente solicito me aclare según el numeral 2.3 que es lo que se convalida si el documento como tal o el error en la foliación».

Con base en las anteriores consideraciones, es posible concluir que la causal de rechazo prevista en el literal N) del numeral 1.15 de los documentos tipo, según la cual una entidad pública puede rechazar una propuesta de una licitación pública cuando un oferente presente «la oferta con tachaduras o enmendaduras que no estén convalidadas en la forma indicada en la sección 2.3 del pliego de condiciones», es plenamente válida. Lo anterior teniendo en cuenta que busca brindar certeza a la entidad estatal sobre el contenido de la propuesta y, de este modo, evitar que en el proceso de análisis de las ofertas se produzcan errores que conduzcan a la alteración o que vicien el resultado de la evaluación. Además, es importante aclarar que *prima facie* la causal no prevé distinción alguna entre el tipo de documento –habilitante o ponderable– con base en el cual se puede aplicar la causal de rechazo.

 En este contexto, con base en el régimen expuesto de la subsanabilidad de las ofertas, debe concluirse que en el evento en que se llegara a presentar un error, como es una tachadura o enmendadura en algún documento que haga parte de la oferta, se configurará la causal de rechazo analizada siempre y cuando previamente se conceda la oportunidad al oferente de subsanar esta deficiencia, permitiendo la subsanación en los términos indicados en el numeral 2.1. y 2.2. de este concepto. Lo anterior, siempre que la subsanabilidad se realice frente a contenidos de la oferta que no afectan la asignación de puntaje.

Es pertinente resaltar que el alcance de la causal de rechazo analizada es restrictivo, en la medida en que podría configurarse el supuesto siempre y cuando la tachadura o enmendadura tenga una incidencia directa y sustancial en el análisis del contenido de los documentos de la oferta. En efecto, las causales de rechazo deben interpretarse de forma razonable, conforme a los parámetros legales y jurisprudenciales, por lo que no sería justificado rechazar una propuesta, por ejemplo, porque haya una tachadura o enmendadura en lugares netamente formales de la oferta. En efecto, como lo establece el parágrafo 1 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 lo tanto, toda entidad estatal debe ejercer su competencia de manera rigurosa y, por tanto, aplicar la causal de rechazo analizada en los eventos en que la tachadura o la enmendadura impacte algún elemento sustancial de los documentos analizados, esto es, que incida en la comparación de las ofertas y sin perjuicio de aplicar el régimen de subsanabilidad en los términos desarrollados en los numerales 2.1. y 2.2. de este concepto.

De esta manera, el citado numeral 2.3. establece que en los casos en que la oferta se presente con alguna tachadura o enmendadura, las correcciones deben ser convalidadas por la persona que suscribió el documento objeto de la misma, firmándolo al pie de la misma y nota al margen del documento donde manifieste clara y expresamente que se hizo dicha corrección.

Sin embargo, como se expresó, a pesar de que la estipulación señala que la tachadura o enmendadura debe ser convalidada por quien suscribió el documento, dicha estipulación debe ser interpretada bajo el tamiz del principio de primacía del derecho sustancial sobre el las formalidades, de que trata el artículo 228 de la Constitución Política y el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, de modo que, en cada caso concreto, las entidades que adelantan los procesos de contratación deberán verificar que con su aplicación no se obstaculice la efectividad de los derechos del proponente por exigencias procedimentales excesivas y que constituyan una aplicación irreflexiva de la formalidad respectiva.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Nina María Padrón Ballestas Contratista 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 ANCP – CCE |

1. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 25 de octubre de 2019. Exp. 39.945. Consejera Ponente: María Adriana Marín. [↑](#footnote-ref-1)
2. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 5 de julio de 2018. Exp. 37.834. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-2)
3. «Articulo 30. De la estructura de los procedimientos de selección. La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas:

»7o. De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones, 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-3)
4. 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-4)