**DOCUMENTOS TIPO – Licitación pública – Infraestructura de transporte**

[…] la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente expidió las Resoluciones No. 240 y 241 del 27 de noviembre 2020, mediante las cuales se adoptan los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte – versión 3 y de selección abreviada de menor cuantía de obra de infraestructura de transporte – versión 2. Estas versiones de los documentos tipo son obligatorias a partir del 1º de enero de 2021. […]

Además, teniendo en cuenta que el Gobierno Nacional expidió el Decreto 680 del 22 de junio de 2021 «Por el cual se modifica parcialmente el artículo 2.2.1.1.1.3.1. y se adiciona el artículo 2.2.1.2.4.2.9. al Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, en relación con la regla de origen de servicios en el Sistema de Compra Pública», esta Agencia expidió la Resolución 304 del 13 de octubre de 2021, mediante el cual se modifican los documentos tipo indicados. Esta modificación aplica a los procesos de contratación cuyo aviso de convocatoria se publique a partir del 2 de noviembre de 2021.

**EXPERIENCIA – Longitud de la vía – Alcance**

[…] la longitud de la vía a intervenir equivale al total de la caracterización vial en kilómetros lineales. Esta conclusión no solo se sustenta en la interpretación literal de la «Matriz 1 – Experiencia» sino también en las definiciones del «Anexo 3 – Glosario», el cual define la vía como «[…] la zona de la vía destinada a la circulación de vehículos, se define como franja de uso público o privado, abierta al público, destinada al tránsito de vehículos, personas y animales». Por tanto, como la matriz se refiere exclusivamente a la «[…] longitud de vía a construir […]», el porcentaje requerido para acreditar la experiencia del proponente equivale a la distancia en kilómetros lineales entre el punto de inicio y de finalización de las obras, o como la longitud total producto de la sumatoria de tramos discontinuos de intervención en el escenario en el cual sea realizado por segmentos viales. Esta longitud debe precisarla la entidad contratante en los documentos del proceso con el fin de facilitar a los proponentes la acreditación de la experiencia específica.

**SUBSANABILIDAD – Regla – requisitos habilitantes – Ley 1882 de 2018**

Esta Subdirección se ha pronunciado en diversas oportunidades acerca del alcance de la regla de la subsanabilidad, contenida actualmente en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. Al respecto, la postura que se reitera en el presente concepto es la siguiente: por regla general, la falta de entrega o los defectos frente a los requisitos que no asignan puntaje, son subsanables. La excepción se encuentra en los casos, previstos en la ley, que limitan la subsanabilidad, como, por ejemplo, la prohibición de permitir la entrega de la garantía de seriedad de la oferta que no fue aportada con la propuesta y de permitir la acreditación de circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

En este sentido, bajo la normativa actual que regula la subsanabilidad de las ofertas debe tenerse en cuenta que el legislador expidió la Ley 1882 de 2018, con la finalidad de introducir cambios y ajustes para fortalecer la contratación pública.

[…]

Finalmente, el último 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»**.** Esta regla tiene una finalidad particular, y es que, al momento de presentar la oferta, el proponente la deberá hacerlo de forma íntegra y así evitar que a lo largo del procedimiento contractual complete o adicione su propuesta, conforme mejora su situación particular.

**SUBSANABILIDAD – Garantía de seriedad – Errores – Regla general**

Ahora, de la comprensión del parágrafo 3 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 se deriva que el legislador previó que lo insubsanable es *no aportar la garantía junto con la propuesta,* más no se pronunció sobre los casos en los que se presenta una garantía que evidencia ciertas falencias como, por ejemplo, un error en el valor asegurado o en la vigencia de los amparos. De esto se infiere que, la regla contenida en el parágrafo citado debe aplicarse cuando la garantía de seriedad no se entregó con la presentación de la oferta. Por ello, en principio, se podrían corregir los errores de la garantía, siempre y cuando esta se haya presentado.

Esto por cuanto, supuestos distintos de la no presentación de la garantía de seriedad junto con la oferta deben regirse por la regla general de subsanabilidad establecida en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Esto en la medida en que la proscripción de subsanabilidad establecida por el parágrafo 3 del aludido artículo en torno a la garantía de seriedad, se refiere a un supuesto particular: su no presentación junto con la oferta. De acuerdo con esto, en tanto la garantía de seriedad no afecta la asignación de puntaje, circunstancias que impliquen su presentación pero con falencias susceptibles de corrección, deben ser objeto de subsanación.

**FIRMA ESCANEADA – Firma electrónica – características – autenticidad**

La firma escaneada se constituye en un tipo de firma electrónica, que tiene la suficiente validez y autenticidad dentro de un documento. Es decir, Los documentos sucritos mediante firmas escaneadas tendrán la calidad de ser auténticos, según lo prescrito en el artículo 244 de la Ley 1564 de 2012. En esa orientación, el inciso segundo del artículo 10 de la Ley 527 de 1999 prescribe: «En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original».

En suma, los documentos que contienen la firma escaneada se presumen auténticos, salvo que sean tachados de falsos. En torno a esta idea, la confiabilidad de la firma electrónica está contenida en el artículo 4 del Decreto 2364 de 2012, que dispone reglas para determinarla: i) los datos de creación de la firma en el contexto corresponden al firmante; y ii) la posibilidad de detectar cualquier alteración no autorizada del mensaje de datos, posterior a la firma. Estas reglas se aplican, sin perjuicio de demostrar la confiabilidad o no de la firma.

 **DOCUMENTOS TIPO – Regla de inalterabilidad – Excepciones**

Todas las resoluciones expedidas por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, mediante las cuales se han adoptado los documentos tipo, consagran la regla de la inalterabilidad. Esta prohibición consiste en que las entidades estatales no pueden incluir o modificar en los *Documentos del Proceso* las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación distintos a los señalados en los documentos tipo. En consecuencia, las condiciones establecidas en los documentos tipo son de obligatorio cumplimiento para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que adelanten procesos que deban regirse por su contenido, y no pueden variarse los requisitos fijados en ellos. Por lo tanto, las entidades estatales, al realizar sus procedimientos de selección, solo podrán modificarlos en los aspectos en que los documentos tipo lo permitan.

**ANEXO TÉCNICO – características – causales de rechazo**

El «Anexo 1» de los documentos tipo contiene los siguientes elementos: i) descripción del proyecto –alcance, sitio de trabajo, ubicación rural o urbana y distancia, entre otros–, ii) descripción obra actual o zona a intervenir –estado del lugar–, iii) principales actividades por ejecutar y alcance –expectativas de la entidad respecto de la contratación y principales *ítems de pago*–, iv) plazo para la ejecución del contrato –etapas y su inicio, si aplica–, v) forma de pago –anticipos y la justificación de su inclusión o exclusión–, vi) condiciones particulares del proyecto, vii) información sobre el personal profesional –el anexo señala las condiciones que la entidad tendrá en cuenta para analizar la información–, viii) posibles fuentes de materiales para el proyecto, ix) examen del sitio de la obra, x) obras provisionales, xi) señalización, xii) permisos, licencias y autorización –los que sean necesarios para la ejecución de la obra–, xiii) notas técnicas específicas para el proyecto –verificar con la guía de Colombia Compra Eficiente–, y xiv) documentos técnicos adicionales –los que la entidad considere como manuales, guías, apéndices, anexos o similares, requeridos para la ejecución del contrato–.

A partir de una de las preguntas, motivo de consulta, debe tenerse en cuenta que las características del Anexo 1- Anexo Técnico son construidas por la entidad, con el fin de establecer las condiciones técnicas que deben cumplir los posibles proponentes que pretendan presentarse dentro del proceso de selección. En esa orientación, el numeral 1.15 del Documento Base establece como causales de rechazo en torno al Anexo Técnico lo siguiente: «AA. Ofrecer un plazo superior al señalado por la entidad en el Anexo 1 – Anexo Técnico. BB. Ofrecer condiciones particulares del proyecto de inferior calidad, personal profesional sin los requisitos mínimos; actividades por ejecutar y su alcance, forma de pago, obras provisionales, permisos, licencias y autorizaciones, notas técnicas específicas, y documentos técnicos adicionales, en condiciones diferentes a las establecidas por la Entidad en el Anexo 1 – Anexo Técnico». De acuerdo con la regla de la inalterabilidad de los documentos tipo, solo estas dos causales son motivo de rechazo dentro del proceso de contratación, por lo que no es posible hacer interpretaciones extensivas frente al Anexo Técnico. En estos términos, lo que no esté contemplado dentro del documento base como causal de rechazo será subsanable, precisando que el Anexo Técnico lo construye la entidad, de acuerdo con las necesidades de la contratación

**OFERENTES – Audiencia de adjudicación – Representación del oferente por un abogado**

[…]

Cuando el oferente otorga poder a una persona, que será su mandatario o apoderado, se establece la posibilidad de que, en virtud de ese mandato, el apoderado intervenga en la audiencia a nombre del proponente. Por consiguiente, se refiere a la capacidad de representar y adquirir obligaciones a nombre del proponente. En este sentido, el mandatario debe diferenciarse de los acompañantes o asesores, que asisten con el proponente como personas interesadas o que tienen el deseo de asistir, como lo permite la norma, sin que sea necesario otorgarles poder. Estos no representan al oferente ni lo reemplazan, pues solo lo acompañan o asesoran por sus conocimientos, siendo su deseo hacerlo, y pueden intervenir cuando sean designados por el oferente para opinar, pero no para tomar decisiones en nombre de él.

Es decir, es diferente la «participación como asesor/acompañante» de la «representación del oferente» en la audiencia de adjudicación. La primera es una simple actividad de asesoría o acompañamiento que no requiere de un acto de poder o mandato para su ejecución porque es necesaria la presencia del oferente, que no es reemplazada con ese acto. La segunda, por su parte, es un acto jurídico en el que una persona ̶ apoderado ̶ representa e interviene en la audiencia a nombre de otra ̶ poderdante ̶, sin que se requiera que el oferente asista.

[…]

[…] si el oferente va a intervenir directamente y decide tener acompañantes o asesores, ellos pueden asistir, pero es obligación del oferente intervenir. La normativa de contratación pública no señala las características, condiciones o calidades de los acompañantes o asesores, por lo que le corresponde al oferente definir la profesión según sus necesidades, solicitando que sean abogados o no. Por otra parte, si el oferente otorga poder a una persona que será su representante, en virtud de ese mandato, el apoderado puede intervenir en la audiencia de adjudicación, sin que sea necesario que el oferente lo haga. En este caso, el apoderado debe ser abogado teniendo en cuenta que va a actuar frente a una autoridad que es la entidad contratante, conforme al artículo 35 del Decreto 196 de 1971.

Ahora bien, con respecto a la necesidad de autenticar el poder debidamente conferido al abogado en la audiencia de adjudicación, debe tenerse en cuenta el artículo 5 del Decreto Ley 019 de 2012, que dispone reglas sobre la economía en las actuaciones administrativas, cuyo tenor literal establece, en uno de sus apartes: «[…] las autoridades administrativas y los particulares que cumplen funciones administrativas no deben exigir más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa, o tratándose de poderes especiales». En este sentido, al ser un poder especial para asistir a una audiencia de adjudicación dentro de un proceso de licitación, deberá exigirse la autenticación personal y así mismo, determinar las facultades que se otorgaron en dicho poder, de conformidad con lo establecido en el artículo 25 del Decreto 019 de 2012.

**COMITÉ EVALUADOR – Regulación**

[…]el artículo 2.2.1.1.2.2.3 del Decreto 1082 de 2015 establece que «La entidad Estatal puede designar un comité evaluador conformado por servidores públicos o por particulares contratados para el efecto, para evaluar las ofertas y las manifestaciones de interés para cada Proceso de Contratación por licitación, selección abreviada y concurso de méritos […]». Como puede apreciarse, la norma mencionada permite que las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública puedan constituir un comité evaluador de ofertas y de manifestaciones de interés, que podrá estar conformado bien por servidores públicos o particulares contratados para tal finalidad o por una combinación de unos y otros. Así mismo, la norma prescribe que tal figura podrá ser utilizada en los siguientes procesos de selección: i) licitación pública, ii) selección abreviada y iii) concurso de méritos. En cuanto al proceso de selección por mínima cuantía, el inciso tercero del mismo artículo señala que la evaluación de las ofertas «[…] será adelantada por quien sea designado por el ordenador del gasto sin que se requiera un comité plural». De esta última parte de la disposición, así como de las expresiones en plural que se emplean en el primer inciso, se infiere, además, el carácter colectivo y asesor del comité.

**COMITÉ EVALUADOR – Funciones – Informe de evaluación**

[…] el Comité Evaluador en el informe de evaluación tan solo recomienda, pero no decide ni adjudica, toda vez que estas facultades la ley las reserva al jefe o representante legal de la entidad y ordenador del gasto. En efecto, como lo ha señalado en forma pacífica y reiterada el Consejo de Estado, este documento es un acto de trámite, preparatorio y no definitivo, puesto que no contiene una decisión de fondo, función que corresponde únicamente al ordenador del gasto, razón por la cual no lo vincula. Es así como el artículo 2.2.1.1.2.2.3 del Decreto 1082 de 2015 permite que la Entidad Estatal a través del ordenador del gasto se separe del concepto emitido por el Comité Evaluador y no acoja sus recomendaciones, en cuyo caso deberá justificar completa y correctamente su decisión.

En relación con el carácter no vinculante del concepto o dictamen emitido por el comité evaluador, el Consejo de Estado ha considerado que el informe por parte de los comités asesores no es obligatorio para el órgano competente al momento de adjudicar «y, por el contrario, éste puede separarse y resolver en sentido diferente por encontrar errores que afecten los resultados en él consignados, aun cuando debe exponer razonadamente la motivación del apartamiento, con el fin de que la decisión no adolezca de nulidad por insuficiencia de motivación, tal y como lo ha manifestado de tiempo atrás la jurisprudencia». En otras palabras, la existencia de un Comité Evaluador no significa que el representante legal quede despojado de la competencia para decidir, bien sea amparándose en las recomendaciones de aquel o apartándose de ellas. En ese sentido, el comité evaluador cumple una labor meramente asesora del funcionario o funcionarios encargados de tomar la decisión final frente a la adjudicación del contrato, rechazo de ofertas o declaratoria de desierta, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, que, de acuerdo al numeral 5 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, la responsabilidad en la dirección y manejo de la actividad contractual y de los procesos de selección estará en cabeza del jefe o representante de la entidad, «[…] quien no podrá trasladarla […] a los comités asesores». Si bien el comité evaluador recomienda al ordenador del gasto, eso no significa que este último no pueda contar con asesores internos o externos para determinar la legalidad de los consejos o dictámines expresados en las diferentes actuaciones en los procesos de contratación pública. En esta línea, es posible que el ordenador del gasto designe a asesores externos para que participen en las etapas del proceso de selección, como es el caso de la audiencia de adjudicación, con el fin de que aconseje y recomiende, lo cual puede constituirse en un insumo para la decisión que tome el representante legal o su delegado en contratación.



**CCE-DES-FM-17**

Bogotá, 06 Febrero 2022

Señor

**Jairo Enrique Morales Tovar**

Bogotá D.C.

**Concepto C – 753 de 2021**

**Temas:** DOCUMENTOS TIPO – Licitación pública – Infraestructura de transporte / EXPERIENCIA – Longitud de la vía – Alcance / SUBSANABILIDAD – Regla – requisitos habilitantes – Ley 1882 de 2018 / SUBSANABILIDAD – Garantía de seriedad – No presentación – Regla especial / SUBSANABILIDAD – Garantía de seriedad – Errores – Regla general / FIRMA ESCANEADA – Firma electrónica – características – autenticidad / DOCUMENTOS TIPO – Regla de inalterabilidad – Excepciones / ANEXO TÉCNICO – características –causales de rechazo / OFERENTES – Audiencia de Adjudicación – Participación o representación del oferente por un abogado / COMITÉ EVALUADOR – Regulación / COMITÉ EVALUADOR – Funciones – Informe de evaluación /

 **Radicación:** Respuesta a la consulta P20211227011764

Estimado Señor Morales:

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, y dentro de los términos establecidos en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde a su consulta del 24 de diciembre de 2021.

1. **Problema planteado**

Sobre los «Documentos Tipo, se realizan las siguientes consultas:

« 1. Aclarar si la longitud de vía a intervenir, se establece sobre el total de la vía o sobre los tramos de esa misma vía que realmente se van a intervenir. 2. Aclarar si no presentar el Anexo 1- Anexo Técnico en la fecha de cierre y radicación de ofertas, genera automáticamente el rechazo de la oferta o no. 3. La no inclusion de los datos de un asegurado en la garantía de seriedad de la oferta, genera el rechazo de la oferta. 4. La presentación y diligenciamento de los documentos de la oferta con firmas escaneadas genera el rechazo automático de la oferta. 5. La inclusión o supresión o cambio de cualquier palabra o de palabras alternativas o sinónimas en la descripción del item del Formulario 1- Oferta económica, genera el rechazo automático de la oferta. a) La inclusión o supresión o cambio de cualquier palabra en la descripción del ítem del Formulario 1-Oferta Económica genera automáticamente el rechazo de la oferta? b) La inclusión o supresión o cambio de palabras conjuntivas, alternativas como o, y, e y/o en la descripción del ítem del Formulario 1-Oferta Económica genera el rechazo automático de la oferta? c) La inclusión o supresión o cambio de palabras sinónimas en la descripción del ítem del Formulario 1-Oferta Económica genera el rechazo automático de la oferta? d) La inclusión o supresión o cambio de palabras que no quedaron incluidas en el Formulario 1-Oferta Económica publicado en la etapa del proyecto de pliego o en la etapa del pliego de condiciones definitivo, pero si están incluidas en los estudios previos o en el Anexo Técnico, genera el rechazo automático de la oferta? e) La oferta económica se presenta y se diligencia con la información consignada única y exclusivamente en el Formulario 1-Oferta Económica o se permite también presentarla con la información consignada en los estudios previos o en el Anexo Técnico? 6. Que debe hacer el proponente cuando la entidad estatal no motiva la evaluación preliminar o final 7. Aclarar si el proponente persona natural o el representante legal de la persona jurídica o del proponente plural (consorcio o unión temporal), debe otorgar poder debidamente autenticado en notaría para que lo representen en la audiencia de adjudicación de que trata el numeral 2.6 o basta con una simple autorización 8. Aclarar si sólo los integrantes del comité evaluador designado por el ordenador del gasto pueden dirigir y tomar decisiones en la audiencia de adjudicación de que trata el numeral 2.6 o lo puede hacer también el asesor de contratación de la entidad o personas ajenas al mismo, sin que sean parte del comité evaluador».

**2. Consideraciones**

La Subdirección de Gestión Contractual responderá la consulta, luego de analizar los siguientes temas: i) expedición de los documentos itpo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte; ii) acreditación de la experiencia en la longitud de vía a intervenir; iii) la subsanabilidad de las ofertas en los procesos de selección después de la ley 1882 de 2018; iv) subsanabilidad de aspectos formales de la garantía de seriedad de la oferta; v) la firma escaneada como firma electrónica en los procesos de contratación pública; vi) alcance de la regla de inalterabilidad de los documentos tipo y sus excepciones; vii) alcance del «Anexo 1 – Anexo Técnico»; viii) la audiencia de adjudicación en la licitación pública y las personas que pueden intervenir; ix) participación o representación del oferente por un abogado en la audiencia de adjudicación; x) concepto, regulación y naturaleza del Comité Evaluador en los procesos de contratación pública.

**2.1. Expedición de los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte**

Los pliegos tipo tiene su origen en el 2007, cuando el legislador facultó al Gobierno Nacional para adoptarlos en la compra o suministro de bienes de características técnicas uniformes[[1]](#footnote-1). La orientación inicial del proyecto que se convirtió en la Ley 1150 de 2007 era facultar al Gobierno Nacional para adoptar los pliegos tipo en todos los contratos estatales, pues en el proyecto el parágrafo 3º disponía que: «El Gobierno Nacional tendrá la facultad de estandarizar los pliegos de condiciones o términos de referencia y los contratos de las entidades estatales»[[2]](#footnote-2).

La intención era agilizar y generar la mayor transparencia a los procedimientos de selección, así como evitar el direccionamiento, razón por la cual –conforme a lo explicado en la exposición de motivos– «[…] se asigna al Gobierno Nacional la facultad de estandarizar los pliegos de condiciones y términos de referencia de los contratos, medida que redundará en la agilidad y claridad de los procedimientos»[[3]](#footnote-3). Sin embargo, en el texto aprobado, los pliegos tipo se limitaron a la adquisición o suministro de bienes de características técnicas uniformes[[4]](#footnote-4). Posteriormente, el artículo 2, parágrafo 7º, de la Ley 1150 de 2007, adicionado por el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, estableció la obligatoriedad de la adopción de documentos tipo para algunos contratos, en los siguientes términos:

Parágrafo 7°. El Gobierno nacional adoptará 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 deberán ser utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública en los procesos de selección que adelanten. *Dentro de los documentos tipo el Gobierno adoptará de manera general y con alcance obligatorio para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las condiciones habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia* […] *teniendo en cuenta la naturaleza y cuantía de los contratos* […]. (Énfasis fuera de texto)

Sin embargo, el 22 de julio de 2020 el Gobierno Nacional sancionó la Ley 2022, que rige a partir de su publicación y cuyo artículo 1 modifica el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 en relación con los siguientes aspectos: i) el sujeto encargado de la adopción de los documentos tipo, ya que antes se señalaba al Gobierno Nacional y ahora la entidad encargada directamente por la Ley es la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente o quien haga sus veces; ii) la inclusión de buenas prácticas contractuales y los principios de la contratación pública para establecer los requisitos habilitantes, factores técnicos, económicos y otros factores de escogencia en los documentos tipo; iii) la implementación de procesos de capacitación en los municipios para la utilización de los documentos tipo, buscando el desarrollo de la economía local, y iv) las responsabilidades para Colombia Compra Eficiente en la definición del desarrollo e implementación de los documentos tipo mediante cronogramas, coordinación con otras entidades especializadas, recepción de comentarios de los interesados y revisión de los documentos tipo expedidos[[5]](#footnote-5).

Con fundamento en las disposiciones anteriores, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente expidió las Resoluciones No. 240 y 241 del 27 de noviembre 2020, mediante las cuales se adoptan los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte –versión 3– y de selección abreviada de menor cuantía de obra de infraestructura de transporte –versión 2­–. Estas versiones de los documentos tipo son obligatorias a partir del 1º de enero de 2021. No obstante, con la expedición de la Ley de Emprendimiento, estos se modificaron parcialmente mediante la Resolución No. 161 del 17 de junio de 2021 «Por la cual se modifican los documentos tipo adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente», la cual rige para los procedimientos de selección cuya invitación o aviso de convocatoria se publique a partir del 28 de junio de 2021.

Además, teniendo en cuenta que el Gobierno Nacional expidió el Decreto 680 del 22 de junio de 2021 «Por el cual se modifica parcialmente el artículo 2.2.1.1.1.3.1. y se adiciona el artículo 2.2.1.2.4.2.9. al Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, en relación con la regla de origen de servicios en el Sistema de Compra Pública», esta Agencia expidió la Resolución 304 del 13 de octubre de 2021, mediante el cual se modifican los documentos tipo indicados. Esta modificación aplica a los procesos de contratación cuyo aviso de convocatoria se publique a partir del 2 de noviembre de 2021.

Cabe aclarar que la Agencia Nacional de Contratación Pública sigue avanzando en la expedición de nuevos documentos tipo. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que estos exigen un minucioso desarrollo, en el cual se consideran las observaciones de las entidades técnicas y especializadas, con la finalidad de expedir documentos tipo que contengan las mejores prácticas contractuales y que procuren el adecuado desarrollo de los principios que rigen la contratación pública.

**2.2. Acreditación de la experiencia en la longitud de vía a intervenir**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diferentes conceptos sobre la forma de establecer y acreditar la experiencia exigible en procesos de contratación adelantados con documentos tipo, en los Conceptos C-056 del 8 de enero de 2020, C-069 del 24 de enero de 2020, C-097 del 5 de febrero de 2020, C-198 del 17 de abril de 2020, C 325 del 26 de mayo de 2020, C-444 del 13 de julio de 2020, C-466 del 24 de julio de 2020, C-485 del 29 de julio de 2020, C-501 del 29 de julio de 2020, C-478 del 30 de julio de 2020, C-450 de 3 de agosto de 2020, C-497 del 6 de agosto de 2020, C-528 del 18 de agosto de 2020, C-531 del 21 de agosto de 2020, C-546 del 26 de agosto de 2020, C-597 del 14 de septiembre de 2020, C-618 del 17 de septiembre de 2020, C-630 del 21 de octubre de 2020, C-633 del 2 de octubre de 2020, C-643 del 26 de octubre de 2020, C-635 del 29 de octubre de 2020, C-716 del 30 de octubre de 2020, C-653 del 9 de noviembre de 2020, C-665 del 11 de noviembre de 2020, C-698 del 19 de noviembre de 2020, C-713 del 2 de diciembre de 2020, C-105 del 26 de marzo de 2021 y C-152 del 12 de abril de 2021, C-403 del 10 de agosto de 2021, C-507 del 19 de septiembre de 2021, entre otros.

 De conformidad con el marco normativo anteriormente expuesto, y teniendo en cuenta las condiciones fijadas en el «Documento Base» de la Resolución No. 240 del 27 de noviembre de 2020, la acreditación del requisito habilitante de experiencia se aborda desde distintos criterios. En primer lugar, los contratos presentados por los proponentes deben corresponder a la actividad o actividades de experiencia general y específica que la entidad exija en el pliego de condiciones de acuerdo con los parámetros señalados en la Matriz 1. En segundo lugar, los proponentes deben acreditar el cumplimiento de las condiciones fijadas con mínimo uno (1) y máximo seis (6) contratos, que debieron terminar antes de la fecha de cierre del proceso de contratación. Por último, el número de contratos aportados por el proponente debe certificar un valor mínimo correspondiente a un porcentaje del presupuesto oficial del proceso de obra expresado en SMMLV, cuya verificación se hará de acuerdo con la sumatoria de los valores totales ejecutados de los contratos que cumplan con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones.

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

En relación con el primer aspecto, la Matriz 1 está constituida por ocho (8) tipos de obras de infraestructura de transporte, identificadas con un número y su descripción, los cuales son: 1) obras en vías primarias o secundarias, 2) obras en vías terciarias, 3) obras marítimas y fluviales, 4) obras en vías primarias o secundarias o terciarias para atención, prevención o mitigación de emergencias diferentes a contratación directa, 5) obras férreas, 6) obras de infraestructura vial urbana, 7) obras en puentes y 8) obras aeroportuarias. Estas determinan el marco para la aplicación de los documentos tipo, dado que comprenden todas aquellas actividades que constituyen obra pública de infraestructura de transporte y que han sido objeto de estandarización mediante la Resolución No. 240 del 27 de noviembre de 2020 para los procesos de licitación pública.

Con respecto a la actividad a contratar, la Matriz 1 establece cuáles son las que corresponden a cada uno de los tipos de infraestructura mencionados, con el fin de que la entidad identifique aquellas en las cuales puede encuadrarse de mejor forma el objeto que pretende ejecutar y determinar los requisitos de experiencia exigibles. Por ejemplo, para el tipo de infraestructura «1. OBRAS EN VÍAS PRIMARIAS O SECUNDARIAS» la entidad podrá verificar la experiencia requerida en su proceso, de acuerdo con las siguientes actividades: «1.1 Proyectos de construcción de vías», «1.2 Proyectos de mejoramiento de vías», «1.3 Proyectos de rehabilitación o mantenimiento de carretera», «1.4 Proyectos de demarcación o señalización (horizontal o vertical) de infraestructura de transporte» y/o «1.5 Proyectos de demarcación o señalización (horizontal o vertical) de espacio público asociado a la infraestructura de transporte».

Por último, el documento establece los rangos dentro de los cuales debe identificarse el presupuesto del proceso de contratación. Estos abarcan las cuantías mínimas y máximas que son frecuentes en los procesos de contratación de obra pública de infraestructura de transporte, y son resultado de las exigencias señaladas en el inciso 3 del artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, conforme al cual las condiciones habilitantes fijadas en los documentos tipo deben tener en cuenta la cuantía, la naturaleza y especialidad de la contratación.

Estos tres factores determinan el requisito de experiencia establecido en los documentos desarrollados por la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, e incluido en la Matriz 1, que es resultado del mandato establecido en el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, aun con la modificación introducida por el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, por lo que son de obligatorio cumplimiento. Igualmente, se encuentran sometidos a la regulación prevista en la Resolución No. 240 del 27 de noviembre de 2020 y, por tanto, la regla general es que no pueden ser alterados, modificados o adicionados en su contenido.

Ahora bien, el documento base adoptado creó el numeral «3.5.1 Determinación de los requisitos mínimos de experiencia según la Matriz 1 – Experiencia», en el cual la entidad debe justificar, expresa y suficientemente la complejidad del proyecto, determinando si es de baja, media o alta complejidad, y en función de ello implementar alguna de las variantes de la «Matriz 1 – Experiencia», ya sea la de proyectos de baja–media, o la elaborada para proyectos de alta complejidad técnica. En otras palabras, a partir de la actualización de los «Documentos Tipo – Versión 3» de licitación de obra pública de infraestructura de transporte se crean dos Matrices de experiencia: i) para proyectos de baja o media complejidad técnica y ii) para proyectos de alta complejidad técnica.

Sin perjuicio de la implementación de este cambio, el método para determinar los requisitos de experiencia estandarizados a partir de la Matriz 1 sigue siendo el mismo que en las versiones anteriores, con la salvedad de que ahora, antes de acotar el requisito exigible, la entidad debe determinar y justificar si el proyecto es de media, baja o alta complejidad técnica y en función de ello aplicar la matriz correspondiente. En ese orden, la entidad deberá establecer si aplica la matriz 1 de proyectos de complejidad media-baja o la de proyectos de complejidad alta, para luego subsumir el objeto contractual en alguno de los tipos de obra y actividades incluidos en la matriz, estableciendo los requisitos de experiencia exigibles según la cantidad de SMMLV del presupuesto oficial del respectivo proceso de contratación.

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

a) Establecer si se trata de un proyecto de complejidad baja-media o alta, y en función de ello establecer la Matriz 1 aplicable.

b) Identificada la respectiva Matriz 1, la entidad deberá determinar el tipo de infraestructura sobre el cual recae la obra a ejecutar. Al respecto, esta matriz contiene ocho (8) secciones que corresponden a los tipos de infraestructura estandarizados.

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

c) Identificar el rango en el cual se encuentra el proceso de contratación de acuerdo con el presupuesto oficial.

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

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

f) Establecidos los requisitos de experiencia exigibles, la entidad deberá consignarlos en los apartados grises entre corchetes del literal A del numeral 3.5.2 del documento base, para que los oferentes puedan conocer los requisitos de experiencia general y específica exigidos por la entidad.

Varios de los requisitos de experiencia general y específica contemplados en la Matriz 1 exigen que los contratos que se aporten para acreditarlos den cuenta de la ejecución de cierto porcentaje de dimensionamiento respecto del proyecto ofertado, o un porcentaje del presupuesto oficial del mismo. El dimensionamiento supone que la experiencia a exigirse estará determinada por la longitud –u otra magnitud– que se pretende intervenir, de tal manera que a quienes estén interesados en participar se le exigirá, por ejemplo, acreditar experiencia específica en proyectos en donde hayan intervenido un porcentaje de dicha longitud establecida en kilómetros en la Matriz 1. De igual forma, cuando se exijan requisitos en función del porcentaje del presupuesto oficial, el valor del o los contratos que se aporten deberán igualar o superar la equivalencia del porcentaje exigible expresado en SMMLV.

A manera de ejemplo, para efectos de los «Documentos Tipo – Versión 3» de licitación pública, se identifica la experiencia general y específica que la entidad estatal solicitará en un contrato cuyo objeto consista en el mantenimiento de vías terciarias, de acuerdo con las características y parámetros explicados previamente:

a) De acuerdo con la «Matriz 1 – Experiencia» el tipo de infraestructura que se relaciona con el objeto contractual es «2. OBRAS EN VÍAS TERCIARIAS».

b) La actividad que se relaciona es el numeral «2.2 MEJORAMIENTO EN VÍAS TERCIARIAS».

c) La experiencia general que debe solicitarse en este proceso de contratación es «CONSTRUCCIÓN O MEJORAMIENTO EN PAVIMENTO ASFALTICO O CONCRECTO HIDRÁÚLICO O PLACA HUELLA DE VÍAS PRIMARIAS O SECUNDARIAS O VÍAS TERCIARIAS O VÍAS URBANAS O PISTAS DE AEROPUERTOS». Al respecto, incluye una nota la cual dispone que «Será válida la experiencia que haya sido ejecutada a través de Construcción o Mejoramiento o Mantenimiento de Vías en Asfalto Natural o Asfaltita». De ninguna manera la entidad podrá modificar la experiencia exigible, dado que así fue establecida en la «Matriz 1 – Experiencia».

d) La experiencia específica depende de la cuantía del proceso de contratación: para contratos de menos de 100 SMMLV o entre 100 a 1.000 SMMLV, la entidad estatal no puede exigir experiencia específica en sus procesos de contratación; entre 1.001 y 27.000 SMMLV, la entidad deberá exigir por lo menos un contrato cuya longitud intervenida corresponda al 50% de la longitud de la vía a construir mediante el proceso de contratación; finalmente, cuando es mayor a 27.001 SMMLV, la entidad deberá exigir que por lo menos uno de los contratos válidos aportados acredite que la longitud intervenida corresponde al 100% de la longitud de vía a construir mediante el proceso de contratación.

 Para la aplicación de este último criterio es importante tener en cuenta que, salvo la ejecución por segmentos viales, la longitud de la vía equivale a la distancia en kilómetros lineales entre el punto de inicio y de finalización de las obras. Por ejemplo, si el tramo del proyecto se extiende desde el kilómetro 20+000 hasta el kilómetro 50+000, esto significa que la longitud de la vía a intervenir es de 30 kilómetros. Por tanto, para calcular la experiencia específica en función de la cuantía, el proponente deberá acreditar que, por los menos, en uno de los contratos que certifican la experiencia general intervino la mitad de la vía –15 kilómetros, cuando el valor del presupuesto oficial oscila entre los 1.001 y los 27.000 SMMLV– o su totalidad –30 kilómetros, si el presupuesto es mayor de 27.001 SMMLV–.

 Esta conclusión no solo se sustenta en la interpretación literal de la «Matriz 1 – Experiencia», sino también en las definiciones del «Anexo 3 – Glosario». En efecto, el anexo define la vía como «[…] la zona de la vía destinada a la circulación de vehículos, se define como franja de uso público o privado, abierta al público, destinada al tránsito de vehículos, personas y animales». Por tanto, como la matriz se refiere exclusivamente a la «[…] longitud de vía a intervenir […]», el porcentaje requerido para acreditar la experiencia específica del proponente equivale a la distancia en kilómetros lineales entre el punto de inicio y de finalización de las obras, o como la longitud total producto de la sumatoria de tramos discontinuos de intervención en el escenario en el cual sea realizado por segmentos viales. Esta longitud debe precisarla la entidad contratante en los documentos del proceso, con el fin de facilitar a los proponentes la acreditación de la experiencia específica.

 En síntesis, la «experiencia general» y la «experiencia específica» requerida es el resultado de aplicar los parámetros obligatorios fijados en los documentos tipo, de acuerdo con el tipo de infraestructura, la actividad a contratar y la cuantía del proceso de contratación. Por lo tanto, no podrá exigir actividades o cantidades distintas a las previstas en la «Matriz 1 – Experiencia» o restringir a una actividad específica cuando dicho formato determine que la experiencia puede acreditarse mediante una de varias actividades.

**2.3. La subsanabilidad de las ofertas en los procesos de selección después de la ley 1882 de 2018**

La regla de subsanabilidad es un mecanismo previsto en los procesos de contratación estatal que se regulan por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pero también puede concebirse como un principio que es aplicable a las entidades de régimen especial, en aras de garantizar el debido proceso y el derecho a la igualdad. Esta regla, prevista en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, consiste en permitir que los proponentes puedan enmendar, corregir o modificar los errores en los que se incurre en los documentos contentivos de la oferta. Así lo ha establecido el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

[…] materializar un principio general de primacía de lo sustancial sobre lo formal, adoptando medidas de saneamiento del proceso de selección tendientes a que los meros defectos formales, que no afecten sustancialmente la oferta, referidos a la documentación o instrumentalización de la misma, priven a la administración de considerar una oferta por causa de tales falencias[[6]](#footnote-6).

Esta Subdirección se ha pronunciado en diversas oportunidades acerca del alcance de la regla de la subsanabilidad, contenida actualmente en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018[[7]](#footnote-7). Al respecto, la postura que se reitera en el presente concepto es la siguiente: por regla general, la falta de entrega o los defectos frente a los requisitos que no asignan puntaje, son subsanables. La excepción se encuentra en los casos, previstos en la ley, que limitan la subsanabilidad, como, por ejemplo, la prohibición de permitir la entrega de la garantía de seriedad de la oferta que no fue aportada con la propuesta y de admitir la acreditación de circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

En este sentido, bajo la normativa actual que regula la subsanabilidad de las ofertas, debe tenerse en cuenta que 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.

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 tres 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 límite anterior no aplica para los procesos de mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta[[8]](#footnote-8); en el último los documentos o requisitos subsanables pueden y deben solicitarse hasta el momento previo a la celebración de la audiencia. En cuanto al proceso de mínima cuantía, el Decreto 1860 de 2021, en su artículo 2.2.1.2.1.5.2., numeral 5°, dispone que los proponentes podrán subsanar sus ofertas hasta antes de que finalice el traslado del informe de evaluación[[9]](#footnote-9).

Frente a la regla general, como se explica en el Concepto CU-060 del 24 de febrero de 2020 –proferido por esta Agencia–, 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.

De otro lado, el segundo cambio importante de la Ley 1882 de 2018 es el correspondiente a la garantía de seriedad. El parágrafo 3 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 dispone que la falta de entrega de la garantía de seriedad es insubsanable. Al respecto, la norma prescribe lo siguiente: «PARÁGRAFO 3o. La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma».

Finalmente, el último 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». Esta regla tiene una finalidad particular, y es que, al momento de presentar la oferta, el proponente la deberá hacerlo de forma íntegra, para así evitar que a lo largo del procedimiento contractual complete o adicione su propuesta, conforme mejora su situación particular. En términos del Consejo de Estado:

[…] no es posible que el oferente vaya mejorando, completando, adicionando, modificando o estructurando su propuesta a lo largo del proceso contractual según vaya evolucionando su situación particular en el mismo, pues como se establece en el numeral 6º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, “las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones”, es decir, todos los elementos del negocio jurídico exigidos en los pliegos de condiciones. Dicho de otra forma, el oferente tiene la carga de presentar su oferta en forma íntegra, esto es, respondiendo todos los puntos del pliego de condiciones y adjuntando todos los documentos de soporte o prueba de las condiciones habilitantes y de los elementos de su oferta, de manera que la entidad licitante pueda, con economía de medios, evaluarla lo más eficientemente posible, y sólo si hace falta algún requisito o un documento, la administración puede requerirlo del oferente.[[10]](#footnote-10)

De igual manera, en los documentos tipo adoptados mediante la Resolución No. 240 del 27 de noviembre 2020, la obligación del proponente de presentar su oferta de manera íntegra es congruente con el numeral 1.6. del Documento Base. Al respecto, el Pliego Tipo dispone:

El Proponente tiene la responsabilidad y carga de presentar su oferta en forma completa e íntegra, esto es, respondiendo todos los puntos del Pliego de Condiciones y adjuntando todos los documentos de soporte o prueba de las condiciones que pretenda hacer valer en el Proceso.

En caso de ser necesario, la Entidad deberá solicitar a los Proponentes durante el proceso de evaluación, y a más tardar en el informe de evaluación, las aclaraciones, precisiones o solicitud de documentos que puedan ser subsanables. No obstante, los Proponentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas en los aspectos que otorgan puntaje, los cuales podrán ser objeto de aclaraciones y explicaciones. Los Proponentes deberán allegar las aclaraciones o documentos requeridos en el momento en el que fueron solicitados y a más tardar hasta el término de traslado del informe de evaluación, es decir, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, contados a partir del día hábil siguiente a la expedición del informe de evaluación.

En el evento en que la Entidad no advierta 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 y no los haya requerido durante el proceso de evaluación, a más tardar en el informe de evaluación, podrá requerir al Proponente, otorgándole un término igual al establecido para el traslado del informe de evaluación, con el fin de que los allegue. En caso de que sea necesario, la Entidad ajustará el cronograma.

El texto transcrito es concordante con el parágrafo 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993[[11]](#footnote-11), adicionado por la Ley 1882 de 2018, el cual regula la elaboración y traslado del informe de evaluación. Conforme indica dicho artículo, la entidad estatal debe publicar un informe de evaluación preliminar relacionado con los requisitos habilitantes, en el que se debe dar cuenta de las posibles inconsistencias en la acreditación de los mismos. Este informe debe ser publicado durante un plazo de cinco (5) días hábiles, durante el cual, les corresponde a los proponentes allegar los documentos requeridos para subsanar aquellos referidos a la acreditación de documentos no sometidos a puntaje. Dicho término de traslado del informe de evaluación es al que se refieren el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y el 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, que establecen la oportunidad para subsanar en los procesos de licitación de obra pública. Ahora bien, en relación con las preguntas motivo de consulta, y de acuerdo con lo expuesto en torno a la subsanabilidad de las ofertas, se aclara, por tanto, que las reglas dispuestas en la Ley 1882 de 2018 mantienen el criterio de la Ley 80 de 1993, relativo a que todo lo que no sea necesario para la comparación de propuestas no es argumento suficiente para su rechazo. Además, se conserva el criterio aclaratorio de la Ley 1150 de 2007, según el cual todo lo que no afecte la asignación de puntaje puede subsanarse. Por ello, si los requisitos no otorgan puntaje y tienen el carácter de habilitantes para la participación en el proceso de contratación, se entiende que, en principio, pueden subsanarse. Esta regla general tiene una excepción importante, que se explicará a continuación.

**2.4. Subsanabilidad de aspectos formales de la garantía de seriedad de la oferta**

Para entender un poco sobre la subsanabilidad de aspectos formales de la garantía de seriedad de la oferta es importante remitirse al concepto C- 010 del 16 de febrero de 2021, cuyas ideas se plantean en este considerando y se complementa en lo pertinente. La regla general de subsanabilidad regulada en el parágrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, tras la modificación dispuesta por la Ley 1882 de 2018[[12]](#footnote-12), establece que los documentos para acreditar requisitos que no afecten la asignación de puntaje pueden aportarse hasta el término de traslado del informe de evaluación[[13]](#footnote-13).

 Sin embargo, la referida Ley 1882 de 2018 introdujo una regla adicional aplicable exclusivamente a la garantía de seriedad de la oferta. Esto como quiera que el parágrafo 3 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, excluye expresamente la posibilidad de subsanar la falencia consistente en no aportar la garantía de seriedad junto con la propuesta, al establecer que la «no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma».

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. Lo anterior teniendo en cuenta que si la garantía no se presentaba de manera concomitante con la oferta, en el evento que el proponente retirara su propuesta, la entidad no podía reclamarle los perjuicios causados, pues no contaría con la garantía para hacerlo y, por lo tanto, se vería afectado el proceso de selección.

Ahora, de la comprensión del parágrafo 3 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 se deriva que el legislador previó que lo insubsanable es *no aportar la garantía junto con la propuesta,* más no se pronunció sobre los casos en los que se presenta una garantía que evidencia ciertas falencias como, por ejemplo, un error en el valor asegurado o en la vigencia de los amparos. De esto se infiere que, la regla contenida en el parágrafo citado debe aplicarse cuando la garantía de seriedad no se entregó con la presentación de la oferta. Por ello, en principio, se podrían corregir los errores de la garantía, siempre y cuando esta se haya presentado.

Esto por cuanto, supuestos distintos de la no presentación de la garantía de seriedad junto con la oferta deben regirse por la regla general de subsanabilidad establecida en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Esto en la medida en que la proscripción de subsanabilidad establecida por el parágrafo 3 del aludido artículo en torno a la garantía de seriedad, se refiere a un supuesto particular: su no presentación junto con la oferta. De acuerdo con esto, en tanto la garantía de seriedad no afecta la asignación de puntaje, circunstancias que impliquen su presentación pero con falencias susceptibles de corrección, deben ser objeto de subsanación[[14]](#footnote-14). Por ejemplo, si no se estableció en la garantía de seriedad de la oferta uno de los beneficiarios, puede subsanarse, al no estar dentro de la regla de la Ley 1882 de 2018 de la no presentación de la oferta.

En tal sentido, esta Subdirección, en ejercicio de la función consultiva, ha manifestado 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»[[15]](#footnote-15).

Lo anterior, de cara al objeto de la consulta, significa que en el supuesto en el que, habiéndose presentado la garantía de seriedad junto con la oferta sin cumplir con la exigencia de los beneficiaciarios o asegurados o en su defecto con la vigencia exigida por el artículo 2.2.1.2.3.1.9. del Decreto 1082 de 2015, la entidad estatal debe permitir la subsanación o aclaración de la garantía, con el fin de salvaguardar la supremacía de lo sustancial sobre lo formal.

**2.5. La firma escaneada como firma electrónica en los procesos de contratación pública**

Esta Subdirección en respuesta a la consulta con Radicado 4201814000004323 del 17 de mayor de 2018, expresó: «A la firma escaneada si es comunicada, generada, enviada, recibida por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el correo electrónico o el internet, no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a dicha información por la sola razón de que esté en forma de mensajes de datos». En esa orientación, esta Subdirección expresa que la firma escaneada se concibe como una firma electrónica, según lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 527 de 1999, la cual dispone:

Cuando cualquier norma exija la presencia de una firma o establezca ciertas consecuencias en ausencia de la misma, en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si:

a) Se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y para indicar que el contenido cuenta con su aprobación».

b) Que el método sea tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas simplemente prevén consecuencias en el caso de que no exista una firma.

En esa misma línea, el Decreto 2364 de 2012, que desarrolla el artículo 7 de la Ley 527 de 1999, establece la firma electrónica, como los «[…] códigos, contraseñas, datos biométricos, o claves criptográficas privadas […]», que permiten identificar a una persona, en relación con un mensaje de datos. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia[[16]](#footnote-16) en referencia a las firmas escaneadas, manifiesta:

Ahora, la autenticidad del mensaje de datos corre paralela con la confiabilidad del mismo, determinada por la seguridad de que esté dotado en cuanto a la forma como se hubiese generado y conservado la integridad de la información y, por supuesto, en la forma en que se identifique a su iniciador y la asociación de este a su contenido. Como todo documento, la eficacia probatoria del electrónico dependerá, también, de su autenticidad, contándose con mecanismos tecnológicos que permiten identificar el autor del mismo y asociarlo con su contenido. *En este aspecto cobra particular relevancia la firma electrónica, que es el género, y que puede comprender las firmas escaneadas, o los métodos biométricos (como el iris y las huellas digitales), y la firma digital -especie-, basada en la criptografía asimétrica* (énfasis fuera de texto).

La firma escaneada se constituye en un tipo de firma electrónica, que tiene la suficiente validez y autenticidad dentro de un documento. Es decir, Los documentos sucritos mediante firmas escaneadas tendrán la calidad de ser auténticos, según lo prescrito en el artículo 244 de la Ley 1564 de 2012[[17]](#footnote-17). En esa orientación, el inciso segundo del artículo 10 de la Ley 527 de 1999 prescribe: «En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original».

En suma, los documentos que contienen la firma escaneada se presumen auténticos, salvo que sean tachados de falsos. En torno a esta idea, la confiabilidad de la firma electrónica está contenida en el artículo 4 del Decreto 2364 de 2012[[18]](#footnote-18), que dispone reglas para determinarla: i) los datos de creación de la firma en el contexto corresponden al firmante; y ii) la posibilidad de detectar cualquier alteración no autorizada del mensaje de datos, posterior a la firma. Estas reglas se aplican, sin perjuicio de demostrar la confiabilidad o no de la firma.

En el caso de la firma escaneada en los diferentes documentos que componen la propuesta económica del oferente, se señala que no es una causal de rechazo, pues se considera válida como mecanismo para identificar la intención del proponente en participar dentro del proceso de contratación. Esta idea se plantea, toda vez que la firma escaneada se entiende según las consideraciones precedentes como una firma electrónica, sujetándose a las reglas de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 527 de 1999 y en su Decreto reglamentario 2364 de 2012.

**2.6. Alcance de la regla de inalterabilidad de los documentos tipo y sus excepciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente en los conceptos C–144 de 2 de marzo de 2020, C-174 del 16 de marzo de 2020, C-129 del 24 de marzo de 2020, C-193 del 6 de abril de 2020, C–189 del 8 de abril de 2020,  C-009 del 27 de abril de 2020, C-289 del 26 de mayo de 2020, C-384 del 4 de junio de 2020, C-328 del 30 de junio de 2020, C-397 del 30 de junio de 2020, C-327 del 10 de julio de 2020, C-332 del 26 de mayo de 2020, C-354 del 4 de junio de 2020, C-387 del 23 de junio de 2020, C-379 del 30 de junio de 2020, C-411 del 30 de junio de 2020, C-415 del 7 de julio de 2020, C-443 del 7 de julio de 2020, C-427 del 9 de julio de 2020, C-395 del 9 de julio de 2020, C-327 del 10 de julio de 2020, C-444 del 13 de julio de 2020, C-429 del 24 de julio de 2020, C-466 del 24 de julio de 2020, C-420 del 28 de julio de 2020, C-485 del 29 de julio de 2020, C-501 del 29 de julio de 2020, C-478 del 30 de julio de 2020, C-450 del 3 de agosto de 2020, C-497 del 6 de agosto de 2020, C-528 del 18 de agosto de 2020, C-531 del 21 agosto de 2020, C-546 del 26 de agosto de 2020, C-597 del 14 de septiembre de 2020, C-618 del 17 de septiembre de 2020, C-633 del 2 de octubre de 2020, C-630 del 21 de octubre de 2020, C-643 del 26 de octubre de 2020, C-635 del 29 de octubre de 2020, C-653 del 9 de noviembre de 2020, C-665 del 11 de noviembre de 2020, C-698 del 19 de noviembre de 2020, C-716 del 30 de noviembre de 2020, C-775 de 2020 del 11 de diciembre de 2020, C-031 del 1 de febrero de 2021, C-027 del 1 de marzo de 2021, C-064 del 8 de marzo 2021, C-157 del 13 de abril de 2021 y C-204 del 6 de mayo de 2021, C-555 del 20 de octubre de 2021 y C-691 del 28 de diciembre de 2021, se explica la regla de inalterabilidad y sus excepciones. Las tesis desarrolladas en estos conceptos se reiteran a continuación:

Todas las resoluciones[[19]](#footnote-19) expedidas por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, mediante las cuales se han adoptado los documentos tipo, consagran la regla de la inalterabilidad. Esta prohibición consiste en que las entidades estatales no pueden incluir o modificar en los *Documentos del Proceso* las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación distintos a los señalados en los documentos tipo. En consecuencia, las condiciones establecidas en los documentos tipo son de obligatorio cumplimiento para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que adelanten procesos que deban regirse por su contenido, y no pueden variarse los requisitos fijados en ellos. Por lo tanto, las entidades estatales, al realizar sus procedimientos de selección, solo podrán modificarlos en los aspectos en que los documentos tipo lo permitan.

El fundamento legal vigente de la regla de la inalterabilidad está en el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, según el cual «[…] serán de obligatorio cumplimiento en la actividad contractual de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública». Pero eso no significa que antes no rigiera, pues así también lo disponía el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018. Por vía reglamentaria, también quedó consignado en su momento el carácter inmodificable de los pliegos tipo en el artículo 1 de los Decretos 342 de 2019, Decreto 2096 de 2019 y 594 de 2020, que adicionaron, respectivamente, los artículos 2.2.1.2.6.1.4, 2.2.1.2.6.2.3 y 2.2.1.2.6.3.4 al Decreto 1082 de 2015. En esta línea, las entidades públicas deberán sujetarse de forma irrestricta a las reglas establecidas en los documentos tipo, dispuestas en las diferentes resoluciones expedidas por la Agencia, por lo que no pueden hacer excepciones bajo una supuesta discrecionalidad a estas reglas que son obligatorias.

La inalterabilidad de los documentos es una manifestación en mayor grado de las potestades regladas, lo cual implica una reducción de la discrecionalidad de la Administración en el momento de tomar una decisión en el proceso de contratación[[20]](#footnote-20). Cada entidad pública sujeta a los documentos tipo deberá hacer una aplicación o constatación irrestricta de las reglas y condiciones dispuestas en estos, salvo que las mismas posibilitan la discrecionalidad en determinados aspectos.

Además, las entidades estatales deben garantizar el *principio de economía*, del cual se desprende que no pueden exigir documentos o requisitos más allá de los que permitan la Constitución, la ley y los reglamentos. Este postulado ha sido recogido no solo en la contratación estatal[[21]](#footnote-21) sino además en la normativa antitrámites[[22]](#footnote-22); pues se inscribe dentro de la tendencia de simplificación y racionalización de los procedimientos administrativos. De ahí que cuando las autoridades solicitan la entrega de documentación innecesaria, desconocen el principio de economía.

Adicionalmente, la parte introductoria de los documentos base de los documentos tipo disponen que los aspectos incluidos en corchetes y resaltados en gris deben ser diligenciados por la entidad. Excepcionalmente le corresponde al proponente consignar la información incluida en corchetes y resaltada en gris, como, por ejemplo, los formatos que requieren de la firma del proponente o su representante legal. De todos modos, en cada acápite que esté resaltado en gris la entidad tendrá la libertad de determinar la información que se diligenciará en los documentos tipo, de acuerdo con su necesidad y las instrucciones de los mismos documentos tipo.

En suma, la regla general frente la aplicación de los documentos tipo es su inalterabilidad, y no podrán incluirse o modificarse en los documentos del proceso las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación distintos a los señalados en los documentos tipo. En tal sentido, solo se podrán modificar aquellos contenidos que el mismo documento tipo permita.

Esta regla de inalterabilidad también aplica a los formatos y anexos implementados junto con el «Documento Base», los cuales deben usarse en el procedimiento de contratación. Estos, al igual que el «Documento Base», contienen apartes entre corchetes y resaltados en gris, los cuales deben ser diligenciados por la entidad, al igual que otros aspectos relativos a información que debe ser completada por los oferentes al hacer uso del formato.

Con todo, la regla de inalterabilidad de los documentos tipo debe armonizarse con principios de orden constitucional, especialmente con el de prevalencia del derecho sustancial, consagrado en el artículo 228 de la Constitución Política. La interpretación armónica de tales principios, a juicio de la Agencia Nacional de Contratación Pública, impide que la entidad que adelanta el proceso contractual le rinda culto a las «formas», pues, en últimas, el deber que le asiste es el de tener en cuenta y aplicar los aspectos sustanciales de los documentos tipo, sin distingo de la formalidad de la que se sirva para ello los actores de la contratación pública.

El carácter inalterable de los documentos tipo no puede, entonces, hacerse extensivo a los aspectos meramente formales de tales documentos, esto es, el tamaño y tipo de letra, las márgenes o las expresiones que pretenden hacer más comprensible el documento, como es el caso de aquellas que informan que una expresión larga será referida con otra similar pero más corta. Lo anterior considerando que estos aspectos en nada afectan la aplicación y alcance de los documentos tipo, es decir, no afectan su contenido esencial y, mucho menos, las obligaciones, deberes y derechos que se derivan para las partes contratantes.

Bajo este entendimiento principialístico, la inclusión o supresión de expresiones en los formatos y anexos de los documentos tipo no generan *per se* un rechazo de la oferta, toda vez que lo importante es que lo expresado en el documento sea necesario dentro del proceso de contratación. Por ello, en aras de garantizar la primacía de lo sustancial sobre lo formal, no podrá rechazarse la oferta por cuestiones formales, ya sea en esta o en los anexos. Así pues, teniendo en cuenta las preguntas motivo de consulta, aquellas modificaciones formales en los diferentes formatos y anexos de los documentos no son un argumento suficiente para un rechazo de la oferta, pues lo que debe garantizarse es el principio de selección objetiva y la libre concurrencia de los proponentes.

 Ahora bien, las causales de rechazo que aplican para los procedimientos de licitación de obra pública de infraestructura de transporte son las establecidas en la ley y las definidas en el numeral 1.15 del «Documento Base». De igual forma, se rigen por el principio de inalterabilidad, en la medida en que «Las entidades no podrán incluir causales de rechazo distintas a las señaladas en la presente sección». Estas deben emanar directamente de la ley o del pliego de condiciones, pero en uno y en otro caso guardan relación con defectos, omisiones o circunstancias impeditivas que permitan deducir que la misma no resulta favorable para los intereses de la entidad, en los términos del inciso 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Al respecto, la jurisprudencia explica que:

[…] la descalificación de ofertas no puede depender de la libre discrecionalidad de la Administración, en la medida en que el oferente adquiere el derecho de participar en el procedimiento de selección y se genera para él una situación jurídica particular, en consecuencia, para rechazar o descalificar una propuesta la entidad pública debe sujetarse a determinadas reglas consistentes en que las causales que dan lugar a ello se encuentren previamente establecidas en la ley o deriven del incumplimiento de requisitos de la propuesta o de la omisión de documentos referentes a la futura contratación que sean necesarios para la comparación de las propuestas […], puesto que la causa excluyente debe ser razonable, esencial y proporcionada, toda vez que no tendría justificación excluir una propuesta por una deficiencia que no tenga incidencia alguna en la contratación[[23]](#footnote-23).

 De esta manera, para los «Documentos Tipo – Versión 3» de licitación para obra pública de infraestructura de transporte, el pliego de condiciones no consagra la modificación de los anexos como causal de rechazo, pues ninguno está relacionado con las condiciones del proponente ni con requisitos de la propuesta en los términos anteriormente explicados. En efecto, los documentos tipo adoptados mediante la Resolución No. 240 de 2020 tienen cinco anexos: i) «Anexo1 – Anexo técnico», ii) «Anexo 2 – Cronograma», iii) «Anexo 3 – Glosario», iv) «Anexo 4 – Pacto de transparencia» y v) «Anexo 5 – Minuta del contrato». En este sentido, se hará un análisis del Anexo 1 – Anexo técnico, para determinar sus particularidades y características.

**2.7. Alcance del «Anexo 1 – Anexo Técnico»**

Las características técnicas de los materiales y especificaciones necesarios para la ejecución del objeto contractual deben plasmarse en el «Anexo 1 – Anexo Técnico». De acuerdo con la guía para la comprensión e implementación de los Documentos Tipo de obra pública de infraestructura de transporte expedida por la Agencia, este anexo contiene «[…] las condiciones técnicas aplicables a la obra pública de infraestructura de transporte que se pretende contratar, siguiendo los lineamientos de dicho documento»[[24]](#footnote-24). Además, señala que «Cuando la Entidad cuente con documentos adicionales como un Anexo técnico separable por capítulos (Pavimentos, geotécnica, urbanismo, social, ambiental, SST, etc.), podrá adjuntarlos como documentos complementarios al Anexo 1, siempre y cuando no se realicen requerimientos o requisitos de participación en dichos anexos».

El «Anexo 1» de los documentos tipo contiene los siguientes elementos: i) descripción del proyecto –alcance, sitio de trabajo, ubicación rural o urbana y distancia, entre otros–, ii) descripción obra actual o zona a intervenir –estado del lugar–, iii) principales actividades por ejecutar y alcance –expectativas de la entidad respecto de la contratación y principales *ítems de pago*–, iv) plazo para la ejecución del contrato –etapas y su inicio, si aplica–, v) forma de pago –anticipos y la justificación de su inclusión o exclusión–, vi) condiciones particulares del proyecto, vii) información sobre el personal profesional –el anexo señala las condiciones que la entidad tendrá en cuenta para analizar la información–, viii) posibles fuentes de materiales para el proyecto, ix) examen del sitio de la obra, x) obras provisionales, xi) señalización, xii) permisos, licencias y autorización –los que sean necesarios para la ejecución de la obra–, xiii) notas técnicas específicas para el proyecto –verificar con la guía de Colombia Compra Eficiente–, y xiv) documentos técnicos adicionales –los que la entidad considere como manuales, guías, apéndices, anexos o similares, requeridos para la ejecución del contrato–.

Por consiguiente, el «Anexo 1» establece reglas cuando la entidad cuenta con los estudios y diseños definitivos y el contratista los ha aceptado, expresa o tácitamente, asumiendo la responsabilidad de su contenido. La entidad, al estructurar el «Anexo 1», puede modificar los parámetros del i) al vii), el x), y del xii) al xiv), puesto que contienen espacios en corchetes y resaltado en gris que deben ser revisados o diligenciados por la entidad, según corresponda. Los restantes están fijados en el documento, y en su mayoría no contienen los espacios que puedan diligenciarse por quien adelante el procedimiento de selección.

La entidad, durante la etapa de planeación, como resultado del estudio del sector y del análisis de riesgo, debe establecer las condiciones necesarias para garantizar la ejecución del contrato, teniendo en cuenta la necesidad que pretende satisfacer, el objeto, alcance, especificaciones técnicas, forma de pago y demás aspectos inherentes al proyecto, así como los requerimientos de técnicos de los materiales en los cuales serán ejecutadas las obras. De allí que estas condiciones deben definirse en el «Anexo 1», de forma tal que estas sean adecuadas, proporcionales y consecuentes con el contenido de los documentos tipo y el proyecto a ejecutar.

Ahora bien, el numeral 6 del «Anexo 1» hace referencia a las condiciones particulares del proyecto, el cual permite definir las características técnicas de los materiales del objeto contractual en el literal «a) materiales». Según el numeral 1.1 del documento base, el «Anexo 1 – Anexo Técnico» contiene las especificaciones técnicas del proyecto», por lo que la entidad debe definir, en detalle, la obra pública de infraestructura de transporte que se pretende contratar, desagregándola en los numerales señalados en este anexo, modificando los que contengan espacios en corchete y resaltado en gris los que deben ser diligenciados por la entidad. Por tanto, las entidades pueden definir los estándares que debe cumplir el futuro contratista frente a cada uno de los insumos y especificaciones técnicas requeridos para la construcción de la obra, de acuerdo con el contenido del anexo técnico.

Por eso, frente a una de las preguntas, motivo de consulta, debe tenerse en cuenta que las características del Anexo 1- Anexo Técnico son construidas por la entidad, con el fin de establecer las condiciones técnicas que deben cumplir los posibles proponentes que pretendan presentarse dentro del proceso de selección. En esa orientación, el numeral 1.15 del Documento Base establece como causales de rechazo en torno al Anexo Técnico lo siguiente:

AA. Ofrecer un plazo superior al señalado por la entidad en el Anexo 1 – Anexo Técnico.

BB. Ofrecer condiciones particulares del proyecto de inferior calidad, personal profesional sin los requisitos mínimos; actividades por ejecutar y su alcance, forma de pago, obras provisionales, permisos, licencias y autorizaciones, notas técnicas específicas, y documentos técnicos adicionales, en condiciones diferentes a las establecidas por la Entidad en el Anexo 1 – Anexo Técnico.

 De acuerdo con la regla de la inalterabilidad de los documentos tipo, solo estas dos causales son motivo de rechazo dentro del proceso de contratación, por lo que no es posible hacer interpretaciones extensivas frente al Anexo Técnico. En estos términos, lo que no esté contemplado dentro del documento base como causal de rechazo será subsanable, precisando que el Anexo Técnico lo construye la entidad, de acuerdo con las necesidades de la contratación.

**2.8. La audiencia de adjudicación en la licitación pública y las personas que pueden intervenir**

Para resolver esta consideración debe tenerse en cuenta el precedente establecido en el Concepto C – 466 del 3 de septiembre de 2021, cuyas ideas se plantean y se complementan en lo pertinente. Uno de los principios que rige la contratación del Estado es el de transparencia, cuya máxima expresión se traduce en la licitación pública. Este procedimiento se estableció como regla general en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para seleccionar al contratista, y las etapas se desarrollan mediante convocatoria pública, en igualdad de condiciones y con libre concurrencia. Dichas etapas están orientadas a seleccionar objetivamente la oferta de bienes, obras o servicios más favorable para la entidad. Esta modalidad de selección, así como las demás previstas con la expedición de la Ley 1150 de 2007 para realizarse mediante convocatoria pública, culminan con el acto de adjudicación, decisión motivada de la entidad contratante por la que se concede el derecho a celebrar el contrato al mejor oferente.

La audiencia de adjudicación es la etapa del proceso de selección en la cual se escoge la propuesta más favorable a los intereses de la entidad estatal, conforme a las reglas establecidas por el pliego de condiciones. Lo anterior como resultado de haberse evaluado las ofertas, publicitado el resultado y de haberse respondido a las eventuales observaciones formuladas por los participantes, en ejercicio del derecho de contradicción. Inicialmente, el numeral 10 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 establecía que la adjudicación de los procedimientos de licitación se efectuaría en audiencia pública en el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política, esto es, previa orden de la autoridad de control fiscal[[25]](#footnote-25).

Dicho artículo constitucional consagró una regla relativa a la publicidad de la audiencia de adjudicación por la cual, a solicitud de cualquier proponente, el Contralor General de la República y demás autoridades de control fiscal pueden ordenar que el acto de adjudicación de una licitación se lleve a cabo en audiencia pública. Asimismo, defirió a la ley la competencia para regular aspectos puntuales sobre la audiencia de adjudicación, como la forma de evaluar las propuestas y las condiciones bajo las cuales se realizaría la audiencia pública. Sobre el tema, la Ley 80 de 1993, en el artículo 30, estableció la estructura del procedimiento de selección, señalando que en la audiencia pública podrán intervenir: i) servidores públicos o contratistas que apoyaron en la estructuración del análisis del sector, estudios previos, pliego y evaluaciones, entre otros, ii) oferentes o proponentes y iii) otras personas que deseen asistir[[26]](#footnote-26). Sin embargo, además de los sujetos señalados, como se observará, los oferentes pueden designar personas para que intervengan en la audiencia de adjudicación.

Posteriormente, el legislador reguló este asunto en la Ley 1150 de 2007, cuyo artículo 9 reguló la etapa de adjudicación como la fase final de los procesos de selección de contratistas del Estado[[27]](#footnote-27). La norma determinó que, en general, en los procesos de licitación pública la adjudicación se haría, obligatoriamente, en audiencia pública. Igualmente, señaló que en dicha audiencia, y de manera previa a la decisión de adjudicación, todos los interesados podrían pronunciarse sobre las decisiones adoptadas por la entidad a las observaciones planteadas al informe de evaluación. Para la Corte Constitucional, el mecanismo de publicidad de la audiencia de adjudicación es una forma de garantizar la transparencia en las decisiones de la Administración, en desarrollo de su actividad contractual. Sobre el particular, afirmó lo siguiente:

Así, independientemente de su ubicación dentro del texto constitucional, es claro que esta norma establece un mecanismo encaminado a garantizar la transparencia de las decisiones oficiales en lo que se refiere a la adjudicación de los contratos públicos, situación que tanto en Colombia como en otros países ha sido tradicionalmente vista con recelo, en atención a la natural importancia de las obras públicas, a la magnitud usualmente cuantiosa de los recursos en ellas comprometidos y al significativo poder corruptor que estas decisiones pueden entrañar, a propósito de las relaciones existentes entre las ramas del poder público, los órganos de control y la ciudadanía misma[[28]](#footnote-28).

En este sentido, el artículo 2.2.1.2.1.1.2. del Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015 señala que en la licitación hay dos audiencias públicas obligatorias: i) la de asignación de riesgos y ii) la de adjudicación. Respecto de la última, la norma fijó las siguientes reglas procedimentales.

Primero, los oferentes pueden pronunciarse sobre las respuestas que adoptó la entidad frente a las observaciones al informe de evaluación, sin que implique que puedan mejorar, adicionar o modificar su oferta. De ser necesario, la entidad estatal puede suspender la audiencia cuando considere que debe verificar lo propuesto por alguno de los oferentes. Segundo, cuando se hagan observaciones respecto de alguna oferta, el proponente podrá responder los cuestionamientos. Tercero, quienes intervienen deben ser los oferentes o las personas designadas previamente por estos, y dentro del tiempo que la entidad señale. Cuarto, si la entidad publicó previamente el borrador del acto de adjudicación, puede prescindir de su lectura. Finalmente, terminadas las intervenciones, la entidad adopta la decisión[[29]](#footnote-29).

Identificadas las reglas fijadas por el artículo citado, se advierte que se trata de directrices mínimas que ilustran el desarrollo de la audiencia de adjudicación, pero evidentemente no alcanzan a prever todos los supuestos que se pueden presentar. En todo caso, se observa que, en principio, los oferentes o las personas que estos designen son quienes pueden participar o representarlos en la audiencia de adjudicación; pero siendo una audiencia pública cualquier persona puede asistir, de conformidad con el artículo 2.2.1.2.1.1.2 del Decreto 1082 de 2015 y el artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

**2.81. Participación o representación del oferente por un abogado en la audiencia de adjudicación**

Para resolver esta consideración debe tenerse en cuenta el precedente establecido en el Concepto C – 466 del 3 de septiembre de 2021, cuyas ideas se plantean y se complementan en lo pertinente. Uno de los intervinientes de la audiencia de adjudicación es el proponente; de ahí su interés en dicha audiencia, en la cual, precisamente, se escoge la mejor oferta. Sin embargo, los proponentes pueden participar en la audiencia con acompañantes o asesores. Además, de acuerdo con lo señalado en las normas citadas, es una audiencia pública a la cual pueden asistir las personas que lo deseen, lo cual implica que el proponente no es el único asistente.

En ese sentido, el artículo 2.2.1.2.1.1.2 del Decreto 1082 de 2015 dispone que los proponentes pueden designar personas para que intervengan en la audiencia, lo cual se limita al tiempo máximo que otorgue la entidad para la intervención. Por tanto, el oferente puede asistir acompañado, pero también puede solicitarle a una persona que asista en su representación. A este representante se le denomina apoderado o mandatario.

De acuerdo con el artículo 2142 del Código Civil, el mandato es «un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera». Así mismo, el artículo 2177 *ibidem* prescribe que «El mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contestar (sic) a su propio nombre o al del mandante; si contrata a su propio nombre no obliga respecto de terceros al mandante».

Cuando el oferente otorga poder a una persona, que será su mandatario o apoderado, se establece la posibilidad de que, en virtud de ese mandato, el apoderado intervenga en la audiencia a nombre del proponente. Por consiguiente, se refiere a la capacidad de representar y adquirir obligaciones a nombre del proponente. En este sentido, el mandatario debe diferenciarse de los acompañantes o asesores, que asisten con el proponente como personas interesadas o que tienen el deseo de asistir, como lo permite la norma, sin que sea necesario otorgarles poder. Estos no representan al oferente ni lo reemplazan, pues solo lo acompañan o asesoran por sus conocimientos, siendo su deseo hacerlo, y pueden intervenir cuando sean designados por el oferente para opinar, pero no para tomar decisiones en nombre de él.

Es decir, es diferente la «participación como asesor/acompañante» de la «representación del oferente» en la audiencia de adjudicación. La primera es una simple actividad de asesoría o acompañamiento que no requiere de un acto de otorgamiento de poder o mandato para su ejecución. La segunda, por su parte, es un acto jurídico en el que una persona –apoderado ̶ representa e interviene en la audiencia a nombre de otra –poderdante–, sin que se requiera que el oferente asista.

En este punto, de la «representación del oferente», es necesario precisar que la entidad estatal se puede enfrentar a las siguientes situaciones: i) que el oferente asista con su apoderado o ii) que el oferente no asista y el apoderado sea quien se presente. En el primer supuesto, no sería claro para la entidad la existencia del apoderado por lo cual debe develar si existe capacidad de decisión del apoderado que interviene, exigiendo el poder correspondiente. Para el segundo caso, es claro que el apoderado interviene en nombre del proponente, ya que este no asiste, e igualmente se debe exigir poder.

Sobre la «participación como asesor/acompañante», la normativa no impone profesión o calidades a las personas que participan con el oferente, por lo que es responsabilidad de este definirlo, de acuerdo con sus necesidades. No obstante, respecto a la «representación del oferente» aplica el Decreto 196 de 1971, que en el artículo 35 dispone que es necesaria la profesión de abogado cuando exista representación de una persona en una actuación ante la Administración, en virtud de un poder o mandato[[30]](#footnote-30). La Corte Constitucional se refirió a esta norma, manifestando que se encuentra ajustada a la Carta Política, puesto que el legislador puede establecer esta exigencia valorando las necesidades de los administrados en sus intervenciones:

De lo expuesto se ha de concluir que los derechos a participar en la cosa pública y a demandar de las autoridades pronta y cumplida justicia, aunque expresiones de la misma organización social y estatal, tienen ámbito de aplicación diferente, el cual habrá de ser tenido en cuenta por el legislador al efectuar los desarrollos normativos constitucionalmente autorizados. Empero, resulta relevante aclarar que en materia de participación ante las autoridades administrativas, no siempre es posible establecer una diferencia nítida entre una y otra intervención, porque son variadas las oportunidades en las que la protección de un derecho individual depende de una actuación administrativa y si bien es cierto que las actuaciones de la administración pueden ser objeto de examen judicial, en muchos casos la efectividad de los derechos depende de lo inicialmente actuado y, por ende, de la eficaz intervención que adelante el asociado, ante la administración, en defensa de sus derechos[[31]](#footnote-31).

De esta manera, en la audiencia de adjudicación intervienen los oferentes y todas las personas que deseen asistir, de acuerdo con el artículo 2.2.1.2.1.1.2. del Decreto 1082 de 2015, que señala que los oferentes pueden designar personas que intervengan en la audiencia. Por tanto, el oferente puede intervenir en la audiencia de adjudicación de dos formas: i) directamente, con acompañantes y asesores o ii) designando una persona que intervenga por él, denominada apoderado o mandatario.

En consecuencia, si el oferente va a intervenir directamente y decide tener acompañantes o asesores, ellos pueden asistir. La normativa de contratación pública no señala las características, condiciones o calidades de los acompañantes o asesores, por lo que le corresponde al oferente definir la profesión según sus necesidades. Por otra parte, si el oferente otorga poder a una persona que será su representante, en virtud de ese mandato, el apoderado puede intervenir en la audiencia de adjudicación, sin que sea necesario que el oferente lo haga. En este caso, el apoderado debe ser abogado teniendo en cuenta que va a actuar frente a una autoridad que es la entidad contratante, conforme al artículo 35 del Decreto 196 de 1971[[32]](#footnote-32).

Ahora bien, con respecto a la necesidad de autenticar el poder debidamente conferido al abogado en la audiencia de adjudicación, debe tenerse en cuenta el artículo 5 del Decreto Ley 019 de 2012[[33]](#footnote-33), que dispone reglas sobre la economía en las actuaciones administrativas, cuyo tenor literal establece, en uno de sus apartes: «[…] las autoridades administrativas y los particulares que cumplen funciones administrativas no deben exigir más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa, o tratándose de poderes especiales». En este sentido, al ser un poder especial para asistir a una audiencia de adjudicación dentro de un proceso de licitación, deberá exigirse la autenticación personal y así mismo, determinar las facultades que se otorgaron en dicho poder, de conformidad con lo establecido en el artículo 25 del Decreto 019 de 2012[[34]](#footnote-34).

**2.91. Concepto, regulación y naturaleza del Comité Evaluador en los procesos de contratación pública**

Para resolver esta consideración debe tenerse en cuenta el precedente establecido en el Concepto C – 522 del 1 de octubre de 2021, cuyas ideas se plantean y se complementan en lo pertinente. Se señala que en la medida que la actividad contractual del Estado resulta ser un asunto complejo y que implica la confluencia de distintas disciplinas y especialidades, el ordenamiento colombiano ha otorgado la facultad para que los entes públicos constituyan los denominados comités evaluadores o comités de evaluación, como organismos encargados, en ciertos y predeterminados casos, de la evaluación de las ofertas presentadas. Al respeco, el artículo 2.2.1.1.2.2.3 del Decreto 1082 de 2015 establece que «La entidad Estatal puede designar un comité evaluador conformado por servidores públicos o por particulares contratados para el efecto, para evaluar las ofertas y las manifestaciones de interés para cada Proceso de Contratación por licitación, selección abreviada y concurso de méritos […]».

Como puede apreciarse, la norma mencionada permite que las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública puedan constituir un comité evaluador de ofertas y de manifestaciones de interés, que podrá estar conformado bien por servidores públicos o particulares contratados para tal finalidad o por una combinación de unos y otros[[35]](#footnote-35). Así mismo, la norma prescribe que tal figura podrá ser utilizada en los siguientes procesos de selección: i) licitación pública, ii) selección abreviada y iii) concurso de méritos. En cuanto al proceso de selección por mínima cuantía, el inciso tercero del mismo artículo señala que la evaluación de las ofertas «[…] será adelantada por quien sea designado por el ordenador del gasto sin que se requiera un comité plural». De esta última parte de la disposición, así como de las expresiones en plural que se emplean en el primer inciso, se infiere, además, el carácter colectivo y asesor del comité.

En relación con la designación del comité evaluador, valga aclarar, primero, que la norma establece una facultad en cabeza de las entidades públicas, lo cual se denota con el uso de la forma verbal indicativa «puede». Esto indica que no es una obligación conformar dicho organismo y que, por el contrario, existe una facultad de la entidad, quien podrá definir la conformación o no del comité, atendiendo a criterios como su propia organización y funciones, la naturaleza y complejidad de los contratos a celebrar, entre otros.

Lo segundo tiene que ver con los alcances de dicha facultad, frente a lo cual se advierte que la propia norma reglamentaria deja un margen de discrecionalidad para que la entidad determine ciertos elementos en relación con el comité de evaluación que decida constituir. Así, aspectos como el número de miembros, las calidades o profesiones de cada uno, la determinación de los procesos de selección en los cuales se conformará el comité de evaluación, o la determinación de factores como la cuantía u objeto contractual para la misma finalidad, entre otras, son cuestiones que, en la medida que la norma guarda silencio, corresponderá a cada entidad establecerlos para cada proceso de selección o en sus manuales internos de contratación.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha considerado que la realización de la evaluación y la elaboración del informe correspondiente, por parte de los comités, es una de las actividades desconcentradas a las que alude el parágrafo del artículo 21 de la Ley 1150 de 2007[[36]](#footnote-36). La norma citada dispone que «[…] se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio […]».

Es pertinente advertir que la norma reglamentaria no fija un número mínimo ni máximo de miembros para conformar el comité de evaluación, así como tampoco indica que la cantidad sea en números pares o impares. Esto en la medida en que la labor del Comité de Evaluación no es la de emitir actos administrativos definitorios o decisorios frente a la adjudicación del contrato, el rechazo de las ofertas o la declaratoria de desierta, según sea el caso, sino la presentación de un informe de evaluación, razón por la que no resultaría, en principio, necesario exigir un número impar de miembros.

El número total de miembros que conformen el Comité de Evaluación dependerá de las especialidades o profesiones necesarias para la correcta e íntegra evaluación de las propuestas. En este sentido, la entidad pública designará la cantidad de miembros que considere necesarios de acuerdo con los factores de complejidad, grados y diversidades técnicas que ofrezca el contrato a celebrar o las ofertas a evaluar.

De otro lado, la finalidad del Comité Evaluador, según la norma en comento, es la evaluación de ofertas y manifestaciones de interés, así como todas las actividades y prerrogativas que se deriven o se hagan necesarias para el cumplimiento de dicha función. Esta evaluación se materializará a través de la emisión de un concepto o dictamen o informe de evaluación, que deberá ser elaborado y presentado tanto al ordenador del gasto, como a los demás interesados en el proceso de contratación, bajo las condiciones y plazos previamente definidos por la propia entidad. Su forma de presentación es la publicación en el SECOP dentro del término establecido para ello. Este informe de evaluación debe caracterizarse por justificarse en razones técnicas y jurídicas, que permitan decidir al ordenador del gasto mediante el acto administrativo de adjudicación o la comunicación de aceptación en los procesos de mínima cuantía. De esta manera, el informe de evaluación se constituye en un insumo de un elemento del acto administrativo de adjudicación, como es la debida motivación.

Teniendo en cuenta la importancia del informe se señala que para emitirlo, el comité debe verificar las propuestas y aplicar el procedimiento, los criterios y los requisitos establecidos en el pliego de condiciones o documento equivalente, con el fin de comparar y evaluar de forma objetiva las propuestas presentadas dentro del proceso de selección. En el informe, luego de cotejar y comparar las propuestas recibidas, se hará constar por el Comité Evaluador el estudio objetivo de las ofertas y los documentos presentados con esta por los proponentes para el cumplimiento de los requisitos habilitantes y de asignación de puntaje, los cuales son evaluados jurídica, técnica, financiera y económicamente.

Los resultados del informe de evaluación se concretan en una serie de recomendaciones al ordenador del gasto de la entidad estatal, tales como: i) solicitar aclaraciones o explicaciones que consideren pertinentes; ii) subsanar requisitos que no otorguen puntajes; iii) rechazar propuestas que no cumplen la acreditación de requisitos y no sean susceptibles de subsanación; iv) no habilitar propuestas hasta que no se demuestre el cabal cumplimiento de los requisitos habilitantes o habilitar aquellas que sí cumplen con tales requisitos habilitantes; v) asignar puntajes para establecer el orden de elegibilidad; y vi) adjudicación del proceso de contratación a un proponente. Igualmente, el comité evaluador recibe, analiza y responde las observaciones presentadas por los oferentes al informe de evaluación, luego del traslado que de este realiza la entidad para que se surta su contradicción y, en el evento de que sea necesario, modifica el informe, que debe caracterizarse por estar debidamente motivado, en aras de garantizar el principio de transparencia en los procesos de contratación pública.

En consecuencia, el comité evaluador, en su calidad de órgano asesor, tiene una función importante en el proceso de selección del contratista. Por tanto, se convierte en una valiosa instancia para garantizar el principio de transparencia y el deber de selección objetiva, porque le permite a la Administración cumplir con los fines de la contratación estatal y preservar los derechos de los proponentes que resulten favorecidos o no con la adjudicación.

No obstante, el Comité Evaluador en el informe de evaluación tan solo recomienda, pero no decide ni adjudica, toda vez que estas facultades la ley las reserva al jefe o representante legal de la entidad y ordenador del gasto. En efecto, como lo ha señalado en forma pacífica y reiterada el Consejo de Estado, este documento es un acto de trámite, preparatorio y no definitivo, puesto que no contiene una decisión de fondo, función que corresponde únicamente al ordenador del gasto, razón por la cual no lo vincula[[37]](#footnote-37). Es así como el artículo 2.2.1.1.2.2.3 del Decreto 1082 de 2015 permite que la Entidad Estatal a través del ordenador del gasto se separe del concepto emitido por el Comité Evaluador y no acoja sus recomendaciones, en cuyo caso deberá justificar completa y correctamente su decisión.

En relación con el carácter no vinculante del concepto o dictamen emitido por el comité evaluador, el Consejo de Estado ha considerado que el informe por parte de los comités asesores no es obligatorio para el órgano competente al momento de adjudicar «y, por el contrario, éste puede separarse y resolver en sentido diferente por encontrar errores que afecten los resultados en él consignados, aun cuando debe exponer razonadamente la motivación del apartamiento, con el fin de que la decisión no adolezca de nulidad por insuficiencia de motivación, tal y como lo ha manifestado de tiempo atrás la jurisprudencia»[[38]](#footnote-38).

En otras palabras, la existencia de un Comité Evaluador no significa que el representante legal quede despojado de la competencia para decidir, bien sea amparándose en las recomendaciones de aquel o apartándose de ellas. En ese sentido, el comité evaluador cumple una labor meramente asesora del funcionario o funcionarios encargados de tomar la decisión final frente a la adjudicación del contrato, rechazo de ofertas o declaratoria de desierta, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, que, de acuerdo al numeral 5 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, la responsabilidad en la dirección y manejo de la actividad contractual y de los procesos de selección estará en cabeza del jefe o representante de la entidad, «[…] quien no podrá trasladarla […] a los comités asesores».

Si bien el comité evaluador recomienda al ordenador del gasto, eso no significa que este último no pueda contar con asesores internos o externos para determinar la legalidad de los consejos o dictámines expresados en las diferentes actuaciones en los procesos de contratación pública. En esta línea, es posible que el ordenador del gasto designe a asesores externos para que participen en las etapas del proceso de selección, como es el caso de la audiencia de adjudicación, con el fin de que aconseje y recomiende, lo cual puede constituirse en un insumo para la decisión que tome el representante legal o su delegado en contratación.

Teniendo en cuenta la pregunta motivo de consulta, se evidencia que el comité evaluador no tiene una función decisoria, sino simplemente tiene una naturaleza consultiva, lo cual implica que el ordenador del gasto pueda apartarse de sus recomendaciones y poder aceptar lo expresado por asesores externos o internos, que también se constituyen en consejos u orientaciones. De esta manera, la persona que toma las decisiones vinculantes en contratación pública es el ordenador del gasto o, en su defecto, su delegado.

 Sin embargo, debe enfatizarse que el carácter asesor del comité no exime a sus miembros de las responsabilidades que correspondan, sino que, por el contrario, estos entrarán a responder por las recomendaciones erradas o incorrectamente fundamentadas que emitan, como dispone el citado artículo 2.2.1.1.2.2.3 del Decreto 1082 de 2015. Finalmente, el carácter asesor y la calidad de servidores públicos o contratistas del Estado que pueden ostentar sus miembros no evita que unos y otros deban cumplir con el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y de conflictos de interés previsto en la Constitución Política y las normas legales, como bien lo determina el inciso segundo del artículo 2.2.1.1.2.2.3. del Decreto 1082 de 2015.

**3. Respuesta.**

« 1. Aclarar si la longitud de vía a intervenir, se establece sobre el total de la vía o sobre los tramos de esa misma vía que realmente se van a intervenir».

Para resolver este interrogante se señala que es importante tener en cuenta que, salvo la ejecución por segmentos viales, la longitud de la vía equivale a la distancia en kilómetros lineales entre el punto de inicio y de finalización de las obras. Por ejemplo, si el tramo del proyecto se extiende desde el kilómetro 20+000 hasta el kilómetro 50+000, esto significa que la longitud de la vía a intervenir es de 30 kilómetros. Por tanto, para calcular la experiencia específica en función de la cuantía, el proponente deberá acreditar que en, por los menos, uno de los contratos que certifican la experiencia general intervino la mitad de la vía –15 kilómetros, cuando el valor del presupuesto oficial oscila entre los 1.001 y los 27.000 SMMLV– o su totalidad –30 kilómetros, si el presupuesto es mayor de 27.001 SMMLV–.

 Esta conclusión no solo se sustenta en la interpretación literal de la «Matriz 1 – Experiencia» sino también en las definiciones del «Anexo 3 – Glosario». En efecto, el anexo define la vía como «[…] la zona de la vía destinada a la circulación de vehículos, se define como franja de uso público o privado, abierta al público, destinada al tránsito de vehículos, personas y animales». Por tanto, como la matriz se refiere exclusivamente a la «[…] longitud de vía a intervenir […]», el porcentaje requerido para acreditar la experiencia específica del proponente equivale a la distancia en kilómetros lineales entre el punto de inicio y de finalización de las obras, o como la longitud total producto de la sumatoria de tramos discontinuos de intervención en el escenario en el cual sea realizado por segmentos viales. Esta longitud debe precisarla la entidad contratante en los documentos del proceso, con el fin de facilitar a los proponentes la acreditación de la experiencia específica.

«2. Aclarar si no presentar el Anexo 1- Anexo Técnico en la fecha de cierre y radicación de ofertas, genera automáticamente el rechazo de la oferta o no».

Los contenidos del Anexo 1- Anexo Técnico son construidos por la entidad estatal, con el fin de establecer las condiciones técnicas que deben cumplir los posibles proponentes que pretendan presentarse dentro del proceso de selección. En esa orientación, el numeral 1.15 del Documento Base establece como causales de rechazo en torno al Anexo Técnico lo siguiente:

AA. Ofrecer un plazo superior al señalado por la entidad en el Anexo 1 – Anexo Técnico.

BB. Ofrecer condiciones particulares del proyecto de inferior calidad, personal profesional sin los requisitos mínimos; actividades por ejecutar y su alcance, forma de pago, obras provisionales, permisos, licencias y autorizaciones, notas técnicas específicas, y documentos técnicos adicionales, en condiciones diferentes a las establecidas por la Entidad en el Anexo 1 – Anexo Técnico.

 De acuerdo con la inalterabilidad de los documentos tipo, solo estas dos causales son motivo de rechazo dentro del proceso de contratación, por lo que no es posible hacer interpretaciones extensivas frente al Anexo Técnico. En estos términos, lo que no esté contemplado dentro del documento base como causal de rechazo será subsanable, precisando que el Anexo Técnico lo construye la entidad, de acuerdo a las necesidades de contratación.

«3. La no inclusion de los datos de un asegurado en la garantía de seriedad de la oferta, genera el rechazo de la oferta».

Del parágrafo 3 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 se deriva que el legislador previó que lo insubsanable es *no aportar la garantía junto con la propuesta,* más no se pronunció sobre los casos en los que se presenta una garantía que evidencia ciertas falencias como, por ejemplo, un error en el valor asegurado o en la vigencia de los amparos. De esto se infiere que, la regla contenida en el parágrafo citado debe aplicarse cuando la garantía de seriedad no se entregó con la presentación de la oferta. Por ello, en principio, se podrían corregir los errores de la garantía, siempre y cuando se haya presentado.

Esto por cuanto, supuestos distintos de la no presentación de la garantía de seriedad junto con la oferta deben regirse por la regla general de subsanabilidad establecida en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Esto en la medida en que la proscripción de subsanabilidad establecida por el parágrafo 3 del aludido artículo en torno a la garantía de seriedad, se refiere a un supuesto particular: su no presentación junto con la oferta. De acuerdo con esto, en tanto la garantía de seriedad no afecta la asignación de puntaje, circunstancias que impliquen su presentación pero con falencias susceptibles de corrección, deben ser objeto de subsanación. Por ejemplo, si no se estableció en la garantía de seriedad de la oferta uno de los beneficiarios, puede subsanarse, al no estar dentro de la regla de la Ley 1882 de 2018 de la no presentación de la oferta.

En ese sentido, ha manifestado esta Subdirección en ejercicio de la función consultiva 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»[[39]](#footnote-39).

Lo anterior, de cara al objeto de la consulta, significa que en el supuesto en el que, habiéndose presentado la garantía de seriedad junto con la oferta, pero esta no cumple con la exigencia de los beneficiaciarios o asegurados o en su defecto con la vigencia exigida por el artículo 2.2.1.2.3.1.9. del Decreto 1082 de 2015, la entidad debe permitir la subsanación o aclaración de la garantía, con el fin de salvaguardar la supremacía de lo sustancial sobre la forma.

«4. La presentación y diligenciamento de los documentos de la oferta con firmas escaneadas genera el rechazo automático de la oferta».

La firma escaneada se constituye en un tipo de firma electrónica, que tiene la suficiente validez y autenticidad dentro de un documento. Es decir, documentos suscritos mediante firmas escaneadas tendrán la calidad de ser auténticos, según lo prescrito en el artículo 244 de la Ley 1564 de 2012. En esa orientación, el inciso segundo del artículo 10 de la Ley 527 de 1999 prescribe: «En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original».

En suma, los documentos que contienen la firma escaneada se presumen auténticos, salvo que sean tachados de falsos. En torno a esta idea, la confiabilidad de la firma electrónica está contenida en el artículo 4 del Decreto 2364 de 2012, que dispone reglas para determinarla: i) los datos de creación de la firma en el contexto corresponden al firmante; y ii) la posibilidad de detectar cualquier alteración no autorizadas del mensaje de datos, posterior a la firma. Estas reglas se aplican, sin perjuicio de demostrar la confiabilidad o no de la firma.

En el caso de la firma escaneada en los diferentes documentos que componen la propuesta económica del oferente, se señala que no es una causal de rechazo, pues se considera válida como mecanismo para identificar la intención del proponente en participar dentro del proceso de contratación. Esta idea se plantea, toda vez que la firma escaneada se entiende, según las consideraciones precedentes, como una firma electrónica, sujetándose a las reglas de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 527 de 1999 y en su Decreto reglamentario 2364 de 2012.

«5. La inclusión o supresión o cambio de cualquier palabra o de palabras alternativas o sinónimas en la descripción del item del Formulario 1- Oferta económica, genera el rechazo automático de la oferta. a) La inclusión o supresión o cambio de cualquier palabra en la descripción del ítem del Formulario 1-Oferta Económica genera automáticamente el rechazo de la oferta? b) La inclusión o supresión o cambio de palabras conjuntivas, alternativas como o, y, e y/o en la descripción del ítem del Formulario 1-Oferta Económica genera el rechazo automático de la oferta? c) La inclusión o supresión o cambio de palabras sinónimas en la descripción del ítem del Formulario 1-Oferta Económica genera el rechazo automático de la oferta? d) La inclusión o supresión o cambio de palabras que no quedaron incluidas en el Formulario 1-Oferta Económica publicado en la etapa del proyecto de pliego o en la etapa del pliego de condiciones definitivo, pero si están incluidas en los estudios previos o en el Anexo Técnico, genera el rechazo automático de la oferta? e) La oferta económica se presenta y se diligencia con la información consignada única y exclusivamente en el Formulario 1-Oferta Económica o se permite también presentarla con la información consignada en los estudios previos o en el Anexo Técnico?»

La regla de inalterabilidad también aplica a los formatos y anexos implementados junto con el «Documento Base», los cuales deben usarse en el procedimiento de contratación. Estos, al igual que el «Documento Base», contienen apartes entre corchetes y resaltados en gris, los cuales deben ser diligenciados por la entidad, al igual que otros aspectos relativos a información que debe ser completada por los oferentes al hacer uso del formato.

Con todo, la regla de inalterabilidad de los documentos tipo debe armonizarse con principios de orden constitucional, especialmente con el de prevalencia del derecho sustancial, consagrado en el artículo 228 de la Constitución Política. La interpretación armónica de tales principios, a juicio de la Agencia Nacional de Contratación Pública, impide que la entidad que adelanta el proceso contractual le rinda culto a las «formas», pues, en últimas, el deber que le asiste es el de tener en cuenta y aplicar los aspectos sustanciales de los documentos tipo, sin distingo de la formalidad de la que se sirva para ello los actores de la contratación pública.

El carácter inalterable de los documentos tipo no puede, entonces, hacerse extensivo a los aspectos meramente formales de tales documentos, esto es, el tamaño y tipo de letra, las márgenes o las expresiones que pretenden hacer más comprensible el documento, como es el caso de aquellas que informan que una expresión larga será referida con otra similar pero más corta. Lo anterior considerando que estos aspectos en nada afectan la aplicación y alcance de los documentos tipos, es decir, no afectan su contenido esencial y, mucho menos, las obligaciones, deberes y derechos que se derivan para las partes contratantes.

Bajo este entendimiento principialístico, la inclusión o supresión de expresiones en los formatos y anexos de los documentos tipo no generan *per se* un rechazo de la oferta, toda vez que lo importante es que lo expresado en el documento sea necesario dentro del proceso de contratación. Por ello, en aras de garantizar la primacía de lo sustancial sobre la forma no podrá rechazarse la oferta por cuestiones formales, ya sea en esta o en los anexos. Así pues, teniendo en cuenta las preguntas motivo de consulta, aquellas modificaciones formales en los diferentes formatos y anexos de los documentos no son un argumento suficiente para un rechazo de la oferta, pues lo que debe garantizarse es el principio de selección objetiva y la libre concurrencia de los proponentes.

«6. Que debe hacer el proponente cuando la entidad estatal no motiva la evaluación preliminar o final»

En torno a su pregunta, se precisa que la Agencia Nacional de Contratación Pública tiene competencia para atender consultas relativas a temas contractuales, pero solo para «absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general»[[40]](#footnote-40). Esto significa que no podemos pronunciarnos sobre casos particulares o sobre preguntas que no contengan dudas sobre la aplicación de una norma general en materia de contratación pública. En tal sentido, la Agencia no puede aconsejarle al proponente lo que deba hacer cuando no se motive la evaluación dentro del proceso de contratación pública. Sin embargo, se precisa que el informe de evaluación debe caracterizarse por justificarse en razones técnicas y jurídicas, que le permitan decidir al ordenador del gasto mediante el acto administrativo de adjudicación o la comunicación de aceptación en los procesos de mínima cuantía. De esta manera, el informe de evaluación se constituye en un insumo de la motivación, como elemento del acto administrativo de adjudicación.

«7. Aclarar si el proponente persona natural o el representante legal de la persona jurídica o del proponente plural (consorcio o unión temporal), debe otorgar poder debidamente autenticado en notaría para que lo representen en la audiencia de adjudicación de que trata el numeral 2.6 o basta con una simple autorización»

En la audiencia de adjudicación intervienen los oferentes y todas las personas que deseen asistir, de acuerdo con el artículo 2.2.1.2.1.1.2. del Decreto 1082 de 2015, que señala que los oferentes pueden designar personas que intervengan en la audiencia. Por tanto, el oferente puede intervenir en la audiencia de adjudicación de dos formas: i) directamente, con acompañantes y asesores o ii) designando una persona que intervenga por él, denominado apoderado o mandatario.

En consecuencia, si el oferente va a intervenir directamente y decide tener acompañantes o asesores, ellos pueden asistir. La normativa de contratación pública no señala las características, condiciones o calidades de los acompañantes o asesores, por lo que le corresponde al oferente definir la profesión según sus necesidades. Por otra parte, si el oferente otorga poder a una persona que será su representante, en virtud de ese mandato, el apoderado puede intervenir en la audiencia de adjudicación, sin que sea necesario que el oferente lo haga. En este caso, el apoderado debe ser abogado, teniendo en cuenta que va a actuar frente a una autoridad que es la entidad contratante, conforme al artículo 35 del Decreto 196 de 1971.

Ahora bien, con respecto a la necesidad de autenticar el poder debidamente conferido al abogado en la audiencia de adjudicación, debe tenerse en cuenta el artículo 5 del Decreto Ley 019 de 2012, que dispone reglas sobre la economía en las actuaciones administrativas, cuyo tenor literal establece en uno de sus apartes: «[…] las autoridades administrativas y los particulares que cumplen funciones administrativas no deben exigir más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa, o tratándose de poderes especiales». En este sentido, al ser un poder especial para asistir a una audiencia de adjudicación dentro de un proceso de licitación, deberá exigirse la autenticación personal y así mismo, determinar las facultades que se otorgaron en dicho poder, de conformidad con lo establecido en el artículo 25 del Decreto 019 de 2012.

 «8. Aclarar si sólo los integrantes del comité evaluador designado por el ordenador del gasto pueden dirigir y tomar decisiones en la audiencia de adjudicación de que trata el numeral 2.6 o lo puede hacer también el asesor de contratación de la entidad o personas ajenas al mismo, sin que sean parte del comité evaluador».

Frente a su pregunta se precisa que la existencia de un Comité Evaluador no significa que el representante legal quede despojado de la competencia para decidir, bien sea amparándose en las recomendaciones de aquel o apartándose de ellas. En ese sentido, el comité evaluador cumple una labor meramente asesora del funcionario o funcionarios encargados de tomar la decisión final frente a la adjudicación del contrato, rechazo de ofertas o declaratoria de desierta, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, que, de acuerdo con el numeral 5 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, la responsabilidad en la dirección y manejo de la actividad contractual y de los procesos de selección estará en cabeza del jefe o representante de la entidad, «[…] quien no podrá trasladarla […] a los comités asesores».

Si bien el comité evaluador recomienda al ordenador del gasto, eso no significa que este último no pueda contar con asesores internos o externos para determinar la legalidad de los consejos o dictámines expresados en las diferentes actuaciones en los procesos de contratación pública. En esta línea, es posible que el ordenador del gasto designe a asesores externos para que participen en las etapas del proceso de selección, como es el caso de la audiencia de adjudicación, con el fin de que aconsejen y recomienden, lo cual puede constituirse en un insumo para la decisión que tome el representante legal o su delegado en contratación.

Teniendo en cuenta la pregunta realizada en la consulta, se evidencia que el comité evaluador no tiene una función decisoria, sino simplemente tiene una naturaleza consultiva, lo cual implica que el ordenador del gasto pueda apartarse de sus recomendaciones y pueda aceptar lo expresado por asesores externos o internos, que también se constituyen en consejos u orientaciones. De esta manera, la persona que toma las decisiones vinculantes en contratación pública es el ordenador del gasto o en su defecto su delegado.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | José Luis Sánchez CardonaContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual |

1. El parágrafo 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 facultó por primera vez al Gobierno Nacional para adoptar estándares generales en los pliegos de condiciones, razón por la cual dispuso lo siguiente: «El Gobierno Nacional tendrá la facultad de estandarizar las condiciones generales de los pliegos de condiciones y los contratos de las entidades estatales, cuando se trate de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades».  [↑](#footnote-ref-1)
2. Diario Oficial. Gaceta del Congreso 458 de 2005.   [↑](#footnote-ref-2)
3. Ibídem. [↑](#footnote-ref-3)
4. Diario Oficial. Gaceta del Congreso 416 de 2007, Informe de Conciliación Senado.  [↑](#footnote-ref-4)
5. El artículo 1 de la Ley 2022 de 2020 modifica el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, el cual adiciona el parágrafo 7 al artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y dispone que: «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, la cuantía, el fomento de la economía local y la naturaleza y especialidad de la contratación. Para tal efecto se deberá llevar a cabo un proceso de capacitación para los municipios.

»La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente fijará un cronograma, y definirá en coordinación con las entidades técnicas o especializadas correspondientes el procedimiento para implementar gradualmente los documentos tipo, con el propósito de facilitar la incorporación de estos en el sistema de compra pública y deberá establecer el procedimiento para recibir y revisar comentarios de los interesados, así como un sistema para la revisión constante de los documentos tipo, que expida.

»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».  [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de mayo de 2010. Exp. 1.992. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-6)
7. Ver conceptos: C-008 del 4 de mayo de 2020, C-267 del 4 de mayo de 2020, C-283 del 4 de mayo de 2020, C-365 del 30 de junio de 2020 y C-730 del 14 de diciembre del 2020 y C-779 de 18 de enero de 2021. [↑](#footnote-ref-7)
8. 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-8)
9. «2.2.1.2.1.5.25. Procedimiento para la contratación de mínima cuantía. Las siguientes reglas son aplicables a la contratación cuyo valor no excede del diez por ciento (10%) de la menor cuantía de la Entidad Estatal, independientemente de su objeto:

[…]

»5. La Entidad Estatal debe revisar las ofertas económicas y verificar que la de menor precio cumple con las condiciones de la invitación. Si esta no cumple, la Entidad Estatal debe verificar el cumplimento de los requisitos de la invitación de la oferta con el segundo mejor precio, y así sucesivamente. Lo anterior sin perjuicio de la oportunidad que deberán otorgar las Entidades Estatales para subsanar las ofertas, en los términos del artículo [5](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=25678#5)de la Ley 1150 de 2007, para lo cual establecerán un término preclusivo en la invitación para recibir los documentos subsanables, frente a cada uno de los requerimientos. En caso de que no se establezca este término, los proponentes podrán subsanar sus ofertas hasta antes de que finalice el traslado del informe de evaluación». [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de mayo de 2010. No. de Radicado: 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992). C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-10)
11. Ley 80 de 1993, artículo 4 parágrafo 3º: «En los procesos de licitación pública para seleccionar contratistas de obra pública, las entidades estatales deberán publicar el informe de evaluación relacionado con los documentos de los requisitos habilitantes y los requisitos que sean objeto de puntuación diferente a la oferta económica incluida en el primer sobre, dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones.

»En estos procesos el informe permanecerá publicado en el Secop durante cinco (5) días hábiles, término hasta el cual los proponentes podrán hacer las observaciones que consideren y entregar los documentos y la información solicitada por la entidad estatal. Al finalizar este plazo, la entidad estatal se pronunciará sobre las observaciones y publicará el informe final de evaluación de los requisitos habilitantes y los requisitos objeto de puntuación distintos a la oferta económica.» [↑](#footnote-ref-11)
12. Ley 1882 de 2018: «Artículo 5°. Modifíquese el parágrafo 1° e inclúyanse los parágrafos 3°, 4° y 5° de artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, los cuales quedarán así:

»Artículo 5°. De la selección objetiva.

»[...]

»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, 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 3°. La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma.

»Parágrafo 4°. 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 5°. 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». [↑](#footnote-ref-12)
13. Respecto del alcance de la regla de subsanabilidad esta Agencia expidió el Concepto Unificado CU-060 del 24 de febrero de 2020, el que cual ha sido 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 y C-595 del 21 de septiembre de 2020 y C-634 del 21 de octubre de 2020. [↑](#footnote-ref-13)
14. Al respecto véanse los conceptos C-218 del del 2 abril de 2020 – Radicado de entrada No. 4202013000001740. Radicado de salida No. 2202013000002403–, C-675 del 25 de noviembre de 2020 – Radicado de entrada No. 4202013000009300. Radicado de salida No. 2202013000011706– y C-779 del 18 de enero de 2021 –Radicado de entrada No. P20201201000311. Radicado de salida No. RS20210118000214–. [↑](#footnote-ref-14)
15. 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-15)
16. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente:Pedro Octavio Munar Cadena. Bogotá, D.C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil diez (2010). Ref.: Expediente No.11001 3110 005 2004 01074 01 [↑](#footnote-ref-16)
17. «ARTÍCULO 244. DOCUMENTO AUTÉNTICO. Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.

»Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso.

»También se presumirán auténticos los memoriales presentados para que formen parte del expediente, incluidas las demandas, sus contestaciones, los que impliquen disposición del derecho en litigio y los poderes en caso de sustitución.

»Así mismo se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos para ser título ejecutivo.

»La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos.

»Lo dispuesto en este artículo se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones». [↑](#footnote-ref-17)
18. « Artículo 4. Confiabilidad de la firma electrónica. La firma electrónica se considerará confiable para el propósito por el cual el mensaje de datos fue generado o comunicado si:

»1. Los datos de creación de la firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al firmante.

»2. Es posible detectar cualquier alteración no autorizada del mensaje de datos, hecha después del momento de la firma.

»Parágrafo. Lo dispuesto anteriormente se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de que cualquier persona:

»1. Demuestre de otra manera que la firma electrónica es confiable; o

»2. Aduzca pruebas de que una firma electrónica no es confiable». [↑](#footnote-ref-18)
19. En cuanto a las resoluciones vigentes, dicha regla se observa en el artículo 3 de las Resoluciones 240 de 2020, 241 de 2020, 248 de 2020, 249 de 2020, 269 de 2020, 219 de 2021, 392 de 2021, 454 de 2021, entre otras, así como lo dispuesto en el artículo 2 de la Resolución 094 de 2020. [↑](#footnote-ref-19)
20. En torno a las potestades regladas, García de Enterría y Fernández manifiestan: «El ejercicio de las ptestades regladas reduce a la Administración a la constatación (accertamento, en el expresivo concepto italiano) del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y aplicar en presencia del mismo lo que la propia Ley ha determinado también agotadoramente […] La decisión en que consista el ejercicio de la potestad es obligatoria en presencia de dicho supuesto y su contenido no puede ser configurado libremente por la Administración, sino que ha de limitarse a lo que la propia Ley ha previsto sobre ese contenido de modo preciso y completo» (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997. pp. 444-445) [↑](#footnote-ref-20)
21. El artículo 25, numeral 1º de la Ley 80 de 1993 establece que «En las normas de selección y en los pliegos de condiciones para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones». [↑](#footnote-ref-21)
22. En efecto, el artículo 5 del Decreto 019 de 2012 prevé lo siguiente: «Las normas de procedimiento administrativo deben ser utilizadas para agilizar las decisiones; los procedimientos se deben adelantar en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos; las autoridades administrativas y los particulares que cumplen funciones administrativas no deben exigir más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa, o tratándose de poderes especiales. En tal virtud, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas». [↑](#footnote-ref-22)
23. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 4 de junio de 2008. Exp. 17.783. C.P. Myriam Guerrero de Escobar. [↑](#footnote-ref-23)
24. Cfr. <https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/guia_para_la_comprension_e_implementacion_de_los_documentos_tipo_obra_publica_de_infraestructura_transporte_-_cce-eicp-gi12.pdf>. [↑](#footnote-ref-24)
25. «Artículo 273. A solicitud de cualquiera de los proponentes, el Contralor General de la República y demás autoridades de control fiscal competentes, ordenarán que el acto de adjudicación de una licitación tenga lugar en audiencia pública.

»Los casos en que se aplique el mecanismo de audiencia pública, la manera como se efectuará la evaluación de las propuestas y las condiciones bajo las cuales se realizará aquella, serán señalados por la ley». [↑](#footnote-ref-25)
26. Ley 80 de 1993: «Artículo 30. De la estructura de los procedimientos de selección. La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas:

[...]

»10. En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política, la adjudicación se hará en audiencia pública. En dicha audiencia participarán el jefe de la entidad o la persona en quien, conforme a la ley, se haya delegado la facultad de adjudicar y, además, podrán intervenir en ella los servidores públicos que hayan elaborado los estudios y evaluaciones, los proponentes y las demás personas que deseen asistir.

»De la audiencia se levantará un acta en la que se dejará constancia de las deliberaciones y decisiones que en el desarrollo de la misma se hubieren producido.

[...]». [↑](#footnote-ref-26)
27. Artículo 9: «De la adjudicación. En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política y en general en los procesos de licitación pública, la adjudicación se hará de forma obligatoria en audiencia pública, mediante resolución motivada, que se entenderá notificada al proponente favorecido en dicha audiencia.

»Durante la misma audiencia, y previamente a la adopción de la decisión definitiva de adjudicación, los interesados podrán pronunciarse sobre la respuesta dada por la entidad contratante a las observaciones presentadas respecto de los informes de evaluación.

»El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario.

»No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la [Ley 80 de 1993](http://www.lexbase.biz/lexbase/normas/leyes/1993/L0080de1993.htm).

»Sin perjuicio de las potestades a que se refiere el artículo 18 de la [Ley 80 de 1993](http://www.lexbase.biz/lexbase/normas/leyes/1993/L0080de1993.htm), en aquellos casos en que la entidad declare la caducidad del contrato y se encuentre pendiente de ejecución un porcentaje igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, con excepción de los contratos de concesión, se podrá contratar al proponente calificado en el segundo lugar en el proceso de selección respectivo, previa revisión de las condiciones a que haya lugar». [↑](#footnote-ref-27)
28. Corte Constitucional. Sentencia C-380 de 2008. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. [↑](#footnote-ref-28)
29. Decreto 1082 de 2015: «»Artículo 2.2.1.2.1.1.2. Audiencias en la licitación. En la etapa de selección de la licitación son obligatorias las audiencias de: a) asignación de Riesgos, y b) adjudicación. Si a solicitud de un interesado es necesario adelantar una audiencia para precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, este tema se tratará en la audiencia de asignación de Riesgos.

»En la audiencia de asignación de Riesgos, la Entidad Estatal debe presentar el análisis de Riesgos efectuado y hacer la asignación de Riesgos definitiva.

»La Entidad Estatal debe realizar la audiencia de adjudicación en la fecha y hora establecida en el Cronograma, la cual se realizará de acuerdo con las reglas establecidas para el efecto en los mismos y las siguientes consideraciones:

»1. En la audiencia los oferentes pueden pronunciarse sobre las respuestas dadas por la Entidad Estatal a las observaciones presentadas respecto del informe de evaluación, lo cual no implica una nueva oportunidad para mejorar o modificar la oferta. Si hay pronunciamientos que a juicio de la Entidad Estatal requiere análisis adicional y su solución puede incidir en el sentido de la decisión a adoptar, la audiencia puede suspenderse por el término necesario para la verificación de los asuntos debatidos y la comprobación de lo alegado.

»2. La Entidad Estatal debe conceder el uso de la palabra por una única vez al oferente que así lo solicite, para que responda a las observaciones que sobre la evaluación de su oferta hayan hecho los intervinientes.

»3. Toda intervención debe ser hecha por la persona o las personas previamente designadas por el oferente, y estar limitada a la duración máxima que la Entidad Estatal haya señalado con anterioridad.

»4. La Entidad Estatal puede prescindir de la lectura del borrador del acto administrativo de adjudicación siempre que lo haya publicado en el SECOP con antelación.

»5. Terminadas las intervenciones de los asistentes a la audiencia, se procederá a adoptar la decisión que corresponda». [↑](#footnote-ref-29)
30. Decreto 196 de 1971: «Artículo 35. Salvo los casos expresamente determinados en la ley no se requiere ser abogado para actuar ante las autoridades administrativas; pero si se constituye mandatario, éste deberá ser abogado inscrito». [↑](#footnote-ref-30)
31. Corte Constitucional. Sentencia C-507 de 2001. 16 de mayo de 2001. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis. [↑](#footnote-ref-31)
32. MARIN CORTÉS, Fabián G. Derecho de petición y procedimiento administrativo. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. y Centro de Estudios de Derecho Administrativo ̶ CEDA ̶ , primera edición, Bogotá, 2017. p 305 y 306.

«En efecto, se concluyó que cuando se designa mandatario para que actúe ante organizaciones privadas este puede ser cualquiera, sin que requiera una calidad especial, porque en el derecho común, por regla general, no se exige la calidad de abogado para representar a un tercero; mientras que en las actuaciones ante las autoridades el Decreto 196 de 1971 exige esta calidad. En efecto, el artículo 35 establece que, como regla general, las actuaciones ante la administración pública serán directas, pero en caso de constituirse mandatario se exige que sea abogado, requerimiento declarado exequible por la Corte Constitucional. [↑](#footnote-ref-32)
33. «ARTÍCULO 5. Economía en las actuaciones administrativas. Las normas de procedimiento administrativo deben ser utilizadas para agilizar las decisiones; los procedimientos se deben adelantar en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos; las autoridades administrativas y los particulares que cumplen funciones administrativas no deben exigir más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa, o tratándose de poderes especiales. En tal virtud, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas». [↑](#footnote-ref-33)
34. Que, en el tercer inciso, dispone: «Los documentos privados, tuvieren o no como destino servir de prueba en actuaciones administrativas, incluyendo los provenientes de terceros, se presumen auténticos, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad, con excepción de los poderes especiales […]». [↑](#footnote-ref-34)
35. Recuérdese que las denominadas «manifestaciones de interés» corresponden a la modalidad de selección de contratistas del Concurso de Méritos con Precalificación, regulado, entre otros, en los artículos 2.2.1.2.2.1.3.3. y siguientes del Decreto 1082 de 2015. [↑](#footnote-ref-35)
36. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 6 de diciembre de 2007. Exp. 1871. C.P.: Luis Fernando Álvarez Jaramillo. [↑](#footnote-ref-36)
37. «[E]l informe de evaluación y calificación de las propuestas se constituye en un acto de trámite, pues no consolida una situación jurídica en favor del proponente y tampoco pone fin al proceso de selección respectiva, siendo entonces el acto de adjudicación el acto definitivo, pues por medio de éste se consolida la nueva situación jurídica en favor del proponente y pone fin al respectivo proceso de selección.» (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 1 de abril de 2016, Exp. 47145 C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa). [↑](#footnote-ref-37)
38. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 28 de mayo de 2012, Exp. 22089. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. «[L]os comités o cuerpos técnicos a quienes se encarga la evaluación de las propuestas para la adjudicación de la licitación pública, a pesar de ser “de una importancia excepcional...no es obligatorio para el funcionario u organismo que adjudica, a menos que el ordenamiento así lo imponga”. En igual sentido indicó que “los cuerpos asesores deben ser oídos, pero sus puntos de vista son simplemente ilustrativos”, ya que la elección de la oferta más ventajosa debe ser efectuada por el órgano competente». Consejo de Estado. Sección Tercera. (Sentencia de 29 de julio de 2013, Exp. 24311. C.P. Ramiro De Jesús Pazos). [↑](#footnote-ref-38)
39. 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-39)
40. «Artículo 3°. Funciones. La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– ejercerá las siguientes funciones:

»[...]

 »5. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública».

»Artículo 11. Subdirección de Gestión Contractual. Son funciones de la Subdirección de Gestión Contractual las siguientes:

»[...]

»8. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-40)