**SUBASTA INVERSA – Mecanismo – Regla general de la subsanabilidad de las ofertas**

De conformidad con lo anterior, la regla especial de subsanabilidad establecida en el parágrafo 4° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 para el mecanismo de subasta inversa, permite a los oferentes subsanar, es decir, que las entidades soliciten los documentos referentes a la futura contratación o al proponente no necesarios para la comparación de las propuestas, hasta el momento previo a la realización a la audiencia a la que hace referencia el artículo 2.2.1.2.1.2.2 del Decreto 1082 de 2015, momento que además deberá estar señalado en el pliego de condiciones, independientemente de que la entidad opte para desarrollar la audiencia de manera presencial o través del algún mecanismos electrónico.

Esto sin perjuicio de que las entidades, de conformidad con el numeral 3 del artículo 2.2.1.2.1.2.2 del Decreto 1082 de 2015, antes de la realización de la subasta deban «publicar un informe de habilitación de los oferentes, en el cual debe indicar si los bienes o servicios ofrecidos por el interesado cumplen con la ficha técnica y si el oferente se encuentra habilitado», publicación que si bien no pone fin a la oportunidad de los proponentes para percatarse de los yerros susceptibles de subsanación, si corresponde a la oportunidad idónea para que los proponentes se percaten de los mismos y procedan a su corrección.

[…]

**SUBSANABILIDAD – Aplicación– Restricciones – Subasta Inversa**

En ese orden de ideas, extendiendo las anteriores consideraciones a la regla de subsanabilidad consagrada el parágrafo 4 de la Ley 1150 de 2007, el inicio de la subasta es el momento hasta el cual la entidad cuenta con la facultad para requerir la subsanación de los documentos referentes a la futura contratación o a los proponentes, no necesarios para la comparación de las propuestas, y para que fije el momento de su presentación, que tampoco podrá superar dicho momento. Para el ejercicio de tal facultad, las entidades podrán, *ex ante,* establecer dentro del pliego de condiciones un período dentro del cual los participantes del proceso de selección podrán realizar tal subsanación, o en su defecto, requerir por separado o conjuntamente a cada proponente para que subsanen los respectivos documentos, fijándoles un término razonable, el cual en todo caso no podrá exceder el momento previo al inicio de la audiencia de subasta, por lo que será anterior a ella.

**SUBSANABILIDAD – Proceso de mínima cuantía**

[…]Esta Subdirección acoge la tercera opción, en concordancia con el numeral 6.1. de la Circular Externa Única de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, que atiende a la discrecionalidad administrativa respetando los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Al respecto, la Circular dispone que: «[…] en los procesos de mínima cuantía la Entidad debe establecer en la invitación un plazo para recibir los documentos subsanables, so pena de verificar la oferta con el siguiente proponente que ofrezca el mejor precio. Si la Entidad Estatal no estableció un plazo para subsanar los requisitos, los proponentes podrán hacerlo hasta antes de la aceptación de la oferta» […]



**CCE-DES-FM-17**

Señor

# Carolina Deik

Barranquilla, Atlántico

# Concepto C – 250 de 2021

**Temas:** SUBASTA INVERSA – Mecanismo – Regla general de la subsanabilidad de las ofertas / SUBSANABILIDAD – Aplicación

– Restricciones – Subasta Inversa / SUBSANABILIDAD – Proceso de mínima cuantía

**Radicación:** Respuesta a consulta P20210420003258

Estimada señora Deik:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 23 de abril 2021.

# Problemas planteados

Usted realiza las siguientes preguntas: i) «¿Cuál es el alcance de la frase del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 que dice “salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta”?» y ii) «¿Hasta cuándo se puede subsanar en los procesos de mínima cuantía y subasta?».

# Consideraciones

Para resolver esta consulta se analizarán los siguientes temas: i) Alcance de la regla general de la subsanabilidad de la oferta, ii) Aplicación y oportunidad de la subsanabilidad en la Subasta Inversa, y iii) Subasanabilidad en los procesos de mínima cuantía.

La Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre la oportunidad de la subsanabilidad en los procesos de subasta inversa y mínima cuantía, en los Conceptos, 4201912000006711 del 12/11/2019, , 4201912000007117 del 29/11/2019, 4201912000007436 del

13/12/2019, 4201912000006496 del 15/11/2019, 4201912000008198 del

23/12/2019, CU — 060 de 16 de enero de 2020, C−082 de 27 de enero de 2020, C−127 de 12 de febrero de 2020, C−044 de 24 de marzo de 2020, C–013 de 28 de abril de 2020, C−307 de 21 de mayo de 2020, C−372 de 30 de junio de 2020, C−410 de 26 de junio de 2020, C−481 de 27 julio de 2020, C−420 de 28 de julio de 2020, C-730 de 14 de diciembre de 2020, C – 779 de 18 de enero de 2020, C-77 de 14 de enero de 2021, C- 010 de 16 de febrero de 2021. La tesis expuesta en estos conceptos se reitera a continuación:

# Alcance de la regla general de la subsanabilidad de las ofertas

La subsanabilidad es un mecanismo previsto en los procedimientos regulados por el Estatuto de Contratación Estatal de Colombia. Esta regla, prevista en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, permite que los proponentes puedan enmendar, corregir o modificar los errores en los documentos de la oferta respecto a los requisitos habilitantes. Además, la posibilidad de subsanar estos documentos tiene como propósito:

[…] 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 falencias1.

A raíz de lo anterior, no podrán rechazarse las propuestas por ausencia de requisitos o falta de documentos que verifiquen las condiciones habilitantes del proponente, y que, a su vez, estos no se constituyan como factores de comparación entre propuestas. Ahora bien, la posibilidad de subsanar los documentos contentivos de la oferta es un tema que ha tenido diferentes momentos o etapas en el ordenamiento jurídico colombiano.

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

En un *segundo momento* se expidió la Ley 80 de 1993, bajo el nuevo paradigma que supuso la Constitución de 1991, particularmente en la forma como se relaciona lo

1 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.

formal y lo sustancial en las actuaciones judiciales y administrativas. Este cambio ideológico quedó consignado en el artículo 228, que introdujo un principio de supremacía o prevalencia del derecho sustancial sobre lo procedimental. En este nuevo escenario constitucional, el artículo 25.15 de la Ley 80 de 1993 dispuso lo siguiente:

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

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

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

Esta norma debía leerse en conjunto con otras de la Ley 80 de 1993, particularmente con el artículo 30.7, que ordena a la entidad señalar un plazo razonable para evaluar las propuestas y para pedir a los proponentes, de ser necesario, que aclaren o expliquen aspectos que ofrezcan dudas y resulten indispensables para llevar a cabo la evaluación2; y con el artículo 30.8, que consagró el término de 5 días hábiles para que los oferentes presenten observaciones al informe de evaluación de las propuestas, sin que sea posible completar, adicionar, modificar o mejorar su oferta3.

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

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

2 Ley 80 de 1993. Art. 30.7: «De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables».

3 Ley 80 de 1993. Art. 30.8: «Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas».

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

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

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

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

Esto significa que en adelante las entidades y los oferentes aplican directamente la regla que contempla el art. 5, parágrafo, de la Ley 1150, de manera que lo subsanable o insubsanable se define a partir de una pregunta, que se le formula a cada requisito omitido o cumplido imperfectamente: ¿el defecto asigna puntaje al oferente? Si lo hace no es subsanable, si no lo hace es subsanable; en el último evento la entidad le solicitará al oferente que satisfaga la deficiencia, para poner su oferta en condiciones de ser evaluada, y no importa si se refiere a no a problemas de capacidad o a requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfaga suficientemente4.

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

4 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2014. Expediente: 25.804. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

la correspondiente oferta no será evaluada hasta que se subsane.

En un *cuarto momento*, el legislador expidió la Ley 1882 de 2018, con la finalidad de introducir cambios y ajustes para fortalecer la contratación pública. El artículo 5 modificó el parágrafo 1º y adicionó algunos otros, entre ellos el 4° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007:

Artículo 5°. De la selección objetiva. [...]

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

De la norma citada se desprenden varias premisas: 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 (3) aspectos que se analizarán a continuación:

El primero es el ámbito temporal para ejercer la facultad de subsanar la oferta, pues la Ley 1882 de 2018 fijó una regla general y una excepción. La regla general es que el límite para que la entidad solicite y para que el proponente corrija lo que haga falta es hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección. La excepción es que el anterior límite no aplica para los procesos de mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta: en este último los documentos o requisitos subsanables deben solicitarse, como límite final, hasta el momento previo a su realización5.

Frente a la regla general, como se explica en el Concepto CU-060 del 24 de febrero de 2020, 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

5 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».

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 deberá hacerlo de forma íntegra, evitando 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.6

De igual manera, en los documentos tipo adoptados mediante las Resoluciones No. 240 y 241 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. Por ello, en lo pertinente, el pliego dispone que:

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.

6 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.

Bajo la premisa de que el proponente deberá presentar su oferta de manera completa, es que se debe interpretar la expresión «circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso». Como se explicó en el Concepto CU-060 del 24 de febrero de 2020, esto lleva a la necesidad de distinguir entre la prueba de un hecho y el hecho mismo. En el caso de la subsanabilidad de las ofertas una cosa es el requisito habilitante o el elemento de la propuesta y otra su prueba. Lo que prohíbe la norma, es que se subsanen requisitos que no estaban cumplidos al momento de presentar la oferta, o en palabras de la ley, que se acrediten hechos que ocurrieron después del cierre del proceso, en tanto esto implicaría que el proponente pueda hacer mejoras o adicione circunstancias que no corresponden a la oferta inicialmente presentada7.

# Aplicación y oportunidad de la subsanabilidad en la Subasta Inversa

La subasta es un mecanismo para la adjudicación de contratos previsto en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, aplicable tanto a la modalidad de licitación pública como a la adquisición de bienes de características técnicas uniformes y enajenación de bienes del Estado por selección abreviada8. Según la doctrina «Se entiende por subasta inversa para la presentación de la oferta, la puja dinámica, mediante la cual los oferentes, durante un tiempo determinado, ajustan su oferta respecto de aquellas variables susceptibles de ser mejoradas, con el fin de lograr el ofrecimiento que representa la mejor relación costo-beneficio para la entidad, de acuerdo con lo señalado en el pliego de condiciones»9.

7 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.

8 Ley 1150 de 2007 «Artículo 2o. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

»1. Licitación pública. La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo.

Cuando la entidad estatal así lo determine, la oferta en un proceso de la licitación pública podrá ser presentada total o parcialmente de manera dinámica mediante subasta inversa, en las condiciones que fije el reglamento.

»2. Selección abreviada. La Selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.

»El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

»Serán causales de selección abreviada las siguientes:

»a) La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos.

»Para la adquisición de estos bienes y servicios las entidades deberán, siempre que el reglamento así lo señale, hacer uso de procedimientos de subasta inversa o de instrumentos de compra por catálogo derivados de la celebración de acuerdos marco de precios o de procedimientos de adquisición en bolsas de productos;

[…]

»e) La enajenación de bienes del Estado, con excepción de aquellos a que se refiere la Ley 226 de 1995.

»En los procesos de enajenación de los bienes del Estado se podrán utilizar instrumentos de subasta y en general de todos aquellos mecanismos autorizados por el derecho privado, siempre y cuando en desarrollo del proceso de enajenación se garantice la transparencia, la eficiencia y la selección objetiva.

»[…]

»Las reglas y procedimientos que deberán atender la administración y los promotores y la publicidad del proceso deberán garantizar la libre concurrencia y oportunidad de quienes participen en el mismo.

»Los bienes serán enajenados a través de venta directa en sobre cerrado o en pública subasta. La adjudicación para la venta directa deberá hacerse en audiencia pública, en donde se conozcan las ofertas iniciales y se efectúe un segundo ofrecimiento, frente al cual se adjudicará el bien a quien oferte el mejor precio. En la subasta pública, de acuerdo con el reglamento definido para su realización, el bien será adjudicado al mejor postor.

»La venta implica la publicación previa de los bienes en un diario de amplia circulación nacional, con la determinación del precio base. El interesado en adquirir bienes deberá consignar al menos el 20% del valor base de venta para participar en la oferta; […]».

9 MATALLANA CAMACHO, Ernesto (2013). Manual de Contratación de la Administración Pública. 3a ed. Bogotá D. C. Editorial Universidad externado de Colombia. p. 579

En lo que respecta a la subsanabilidad en procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, el parágrafo 1 del artículo 5 *ibídem* consagra una excepción al término general de subsanabilidad explicado *ut supra*. Al respecto, el parágrafo 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, dispone que «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».

Al respecto, es necesario precisar que lo que supone dicha regulación no es que los proponentes tengan la facultad de presentar los documentos referentes a la futura contratación no necesarios para la comparación de las propuestas en cualquier momento anterior al inicio de la subasta, o que estén habilitados para retener tal documentación hasta dicho momento. Lo que hace el parágrafo 4° *Ibídem* es fijar el momento hasta el cual las respectivas entidades pueden requerir a los proponentes la subsanación de los documentos faltantes, y definirles el momento de presentación. Lo anterior, fue aclarado por la Sección Tercera del Consejo de Estado en vigencia del texto original del parágrafo 1 de la Ley 1150 de 2007, respecto de la regla general de subsanabilidad, que fijaba la adjudicación como momento límite para subsanar, mediante consideraciones que se extienden a la regla de subasta, en los siguientes términos:

En vigencia de la Ley 80 de 1993 -y con mayor claridad en la Ley 1150 de 2007-, la posibilidad de presentar explicaciones o aclaraciones, e incluso de subsanar la oferta, puede hacerse *hasta antes de la adjudicación* […]

La expresión citada *no significa que el oferente pueda subsanar la propuesta, a su voluntad, en cualquier momento durante ese lapso, ya que éste se estableció para que dentro de él la entidad requiera al proponente cuya oferta presenta alguna falencia, es decir, es hasta antes de la adjudicación que la entidad tiene la oportunidad de solicitar la adecuación de la oferta, por lo que es ella quién fija el plazo, y los proponentes requeridos deben acogerse a él, so pena de que precluya la oportunidad otorgada para subsanar o aclarar*, pues como lo señala el art. 25.1 de la Ley 80, los términos establecidos para cada una de las etapas del procedimiento de selección son “*preclusivos y perentorios”*, es decir, se cierra la oportunidad de actuar si no se hace en el momento oportuno.

[…]

De la anterior manera se ponderan adecuadamente el *derecho* del proponente a subsanar, corregir y aclarar; con el *derecho-deber* que tiene la administración de avanzar y concluir el procedimiento de selección – principios de eficiencia, economía y celeridad de la actuación administrativa-

, que no se puede estancar ni quedar en vilo de las respuestas extemporáneas que entregue el oferente […]

En consecuencia, el proponente debe acogerse al tiempo que le otorga la administración para subsanar o aclarar la oferta, lapso que la entidad no puede extender más allá de la adjudicación. No se trata, entonces, de que el oferente tenga la posibilidad de entregar la información solicitada *a más tardar hasta la adjudicación*; es la entidad quien tiene, *a más tardar hasta la adjudicación,* la posibilidad de *pedir* a los oferentes que aclaren o subsanen*.*

De esta manera, el oferente requerido no puede controlar y menos manipular el proceso de selección reteniendo maliciosamente la información solicitada

–por ejemplo, la póliza, la acreditación de experiencia adicional, la autorización para contratar, etc.- hasta cuando decida caprichosamente entregarla –sin exceder el día de la adjudicación-. Por el contrario, la entidad es quien pone el término para aportar la aclaración o para subsanar, perdiendo definitivamente el oferente la oportunidad de hacerlo si no se ajusta al plazo preciso que se le concede […]

En todo caso, el término para hacer las correcciones debe ser razonable, para que el proponente adecúe o explique su propuesta, pues aunque la entidad cuenta con un margen alto de discrecionalidad para fijarlo, la administración no puede hacerlo irrazonablemente10.

En ese orden de ideas, extendiendo las anteriores consideraciones a la regla de subsanabilidad consagrada el parágrafo 4 de la Ley 1150 de 2007, el inicio de la subasta es el momento hasta el cual la entidad cuenta con la facultad para requerir la subsanación de los documentos referentes a la futura contratación o a los proponentes, no necesarios para la comparación de las propuestas, y para que fije el momento de su presentación, que tampoco podrá superar dicho momento. Para el ejercicio de tal facultad, las entidades podrán, *ex ante,* establecer dentro del pliego de condiciones un período dentro del cual los participantes del proceso de selección podrán realizar tal subsanación, o en su defecto, requerir por separado o conjuntamente a cada proponente para que subsanen los respectivos documentos, fijándoles un término razonable, el cual en todo caso no podrá exceder el momento previo al inicio de la audiencia de subasta, por lo que será anterior a ella.

Debe resaltarse que no debe perderse de vista que para este tipo de procedimientos también serán aplicables los criterios arriba desarrollados para determinar si los documentos faltantes son susceptibles de subsanación, dependiendo de si se trata de un *ítem* que otorga o no puntaje, y si tiene que ver con el cumplimiento de un requisito que constituye una circunstancia ocurrida con anterioridad o con posterioridad al cierre del proceso.

# Subsanabilidad en procesos de mínima cuantía

En cuanto a la modalidad de selección de mínima cuantía, de conformidad con los numerales 1 y 2 del artículo 2.2.1.2.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015, las entidades deben incluir dentro de la invitación la forma en la que se acreditará la capacidad jurídica, pudiendo además exigir una experiencia mínima y capacidad financiera cuando el procedimiento no prevea «el pago contra entrega a satisfacción de los bienes, obras o servicios». El numeral 1 del artículo 2.2.1.2.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015, al

10 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. C.P. Enrique Gil Botero. Exp.

27.986.

establecer que la invitación deberá fijar «la experiencia mínima, si se exige esta última», entiende que no es obligatorio solicitarla como criterio de participación.

Sin embargo, la experiencia y la capacidad jurídica no podrán incluirse en la invitación del procedimiento de mínima cuantía como factor de calificación. Esto en la medida que el literal c) del numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 dispone que el menor precio es el único criterio de evaluación en dicha modalidad, aspecto que ratifica el numeral 6 del artículo 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015.

Por tanto, si en un procedimiento de selección de mínima cuantía la entidad estatal, además de la capacidad jurídica, exige en la invitación a los interesados acreditar determinada experiencia en ciertas actividades económicas o cierta capacidad financiera, tales requisitos son habilitantes y, por lo tanto, *subsanables*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado parcialmente por la Ley 1882 de 2018. Esta misma regla aplica a los demás requisitos habilitantes y aspectos formales de la propuesta, cuyos defectos pueden corregirse por los proponentes.

Conforme a esto, la subsanación en procesos de mínima cuantía está sometida a los presupuestos antes explicados respecto de la regla general de subsanabilidad. Es decir, la posibilidad de subsanar solo podría ejercerse respecto de requisitos no sujetos a puntuación, y en relación con circunstancias ocurridas con anterioridad al vencimiento del plazo para recibir ofertas, no resultando posible subsanar requisitos habilitantes, acreditando circunstancias acontecidas con posterioridad al cierre del procedimiento.

Ahora bien, según lo indicó esta Subdirección en los Conceptos C-082 del 25 de febrero de 2020 y C-013 del 17 de abril de 2020, teniendo en cuenta que el parágrafo 1 del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, dispone que los requisitos a subsanar «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 que no se observa una disposición legal que expresamente establezca un término para aportar tales documentos en esta modalidad de selección, surgen tres posibles interpretaciones: *i)* que en la mínima cuantía no se permite la subsanabilidad –interpretación que no es acorde con el principio de la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal–, *ii)* que el término para presentar los requisitos subsanados es el mismo de publicación del informe de evaluación, es decir, un (1) día hábil, *iii)* que existe un vacío y que este puede llenarse discrecionalmente por la entidad estatal, disponiendo de un término razonable de subsanabilidad.

Esta Subdirección acoge la tercera opción, en concordancia con el numeral 6.1. de la Circular Externa Única de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, que atiende a la discrecionalidad administrativa respetando los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Al respecto, la Circular dispone que: «[…] en los procesos de mínima cuantía la Entidad debe establecer en la invitación un plazo para recibir los documentos subsanables, so pena de verificar la oferta con el siguiente proponente que ofrezca el mejor precio. Si la Entidad Estatal no estableció un plazo para subsanar los requisitos, los proponentes podrán hacerlo hasta antes de la aceptación de la oferta»11.

# Respuestas

1. «¿Cuál es el alcance de la frase del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 que dice “salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta”?».
2. «¿Hasta cuándo se puede subsanar en los procesos de mínima cuantía y subasta?».

Conforme a la explicación precedente, el parágrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 dispone una *regla general* para la subsanabilidad de las ofertas. Según esta, «[…] 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 […]». Sin embargo, no se trata de un criterio absoluto, pues aplica «[…] salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta […]».

Esto significa que la subsanabilidad se rige por *reglas especiales* tanto en los procedimientos mínima cuantía como en los realizados a través del sistema de subasta. Para estos últimos, el parágrafo 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 dispone que

«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».

11 Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Circular Externa Única. Actualizada el 16 de abril de 2019. En: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/cce_circular_unica.pdf>.

Además, conforme a lo dispuesto en el numeral 6.1 de la Circular Externa Única de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, «[…] en los procesos de mínima cuantía la Entidad debe establecer en la invitación un plazo para recibir los documentos subsanables, so pena de verificar la oferta con el siguiente proponente que ofrezca el mejor precio. Si la Entidad Estatal no estableció un plazo para subsanar los requisitos, los proponentes podrán hacerlo hasta antes de la aceptación de la oferta». Lo anterior atendiendo a la discrecionalidad administrativa respetando los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

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

Atentamente,



Elaboró: María Claudia de la Ossa Bobadilla

Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Juan David Montoya Penagos

Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Jorge Augusto Tirado Navarro

 Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE