**PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA – Noción – Normativa – Requisitos habilitantes – Requisitos ponderables**

Uno de los principios transversales de los procedimientos de selección es el de selección objetiva. Se trata del postulado que exige que la escogencia de la oferta ganadora se debe fundamentar en factores objetivos, de carácter técnico, jurídico y financiero, y no en criterios subjetivos, como el afecto, la amistad, el ánimo de ayuda, el interés personal, etc. Si bien dentro de la historia de la contratación pública en Colombia, se vislumbran antecedentes normativos que consagraban dicho principio, en la actualidad la disposición legal que lo prevé de manera más clara y contundente es el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011. De acuerdo con esta norma y conforme con lo expresado en el concepto C–166 del 23 de abril de 2021, puede decirse que el deber de selección objetiva supone que las entidades escojan en los procesos de selección el «[…] ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca […]». Tal favorabilidad debe determinarse a partir de criterios que pueden variar, de acuerdo con el objeto contractual o la modalidad de selección aplicable, los cuales, en todo caso, para que la selección sea objetiva, deben estar señalados en el pliego de condiciones o documento equivalente. […] el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 define los parámetros conforme a los cuales deben exigirse y evaluarse los factores que no otorgan puntaje o requisitos habilitantes, como también aquellos que deben tenerse en cuenta para la exigencia y evaluación de los factores de escogencia o calificación, técnicos y económicos, los cuales inciden en la comparación de las ofertas. Por ello, la doctrina define los requisitos o factores ponderables como «[…] aquellas condiciones de la oferta y no de quien la presenta, que sí entrarán a ser evaluadas por la Administración y que en consecuencia, darán lugar a la escogencia objetiva de la mejor propuesta para la entidad». Todas estas categorías designan los «[…] factores a los cuales cabe otorgarles puntajes o que pueden ser ponderados, precisamente, pues estos son los factores que en últimas permiten una comparación de ofertas y una diferenciación entre ellas».

**REQUISITOS PONDERABLES – Asignación de puntaje**

[…] las diferentes categorías a las que hace referencia el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, cuando alude a los factores que, a diferencia de los requisitos habilitantes, determinan la oferta más favorable para la entidad, y que, por lo tanto, hacen que una oferta sea mejor que otra, pese a tener que cumplir todas ellas los requisitos habilitantes. Es frente a aquellos factores, que determinan comparativamente que una oferta sea mejor que otra, que la entidad concibe el otorgamiento de puntajes, como mecanismos para ponderar y comparar los ofrecimientos, con el fin de determinar objetivamente la oferta más favorable, aplicando para ello las reglas establecidas en el pliego o documento equivalente para la ponderación de las ofertas.

En ese sentido, la asignación de puntaje es un mecanismo mediante el cual las entidades ponderan los factores de calificación ꟷ*v.g.* técnicos, de calidad y precio, etc.ꟷ en un determinado proceso de selección, como se desprende del literal a) del numeral 2 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en el que, expresamente, se alude al puntaje. Es necesario destacar que las reglas para establecer la oferta más favorable conforme al artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, se encuentran reglamentadas en el artículo 2.2.1.1.2.2.2 del Decreto 1082 de 2015. Este artículo desarrolla los mecanismos de ponderación previstos en los literales a) y b) del artículo 5.2 de la Ley 1150 de 2007, disponiendo unas pautas para la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio. Conforme a este artículo, la oferta más favorable en estos casos debe determinarse ponderando en las ofertas: i) las condiciones técnicas y económicas mínimas; ii) las condiciones técnicas adicionales que representan ventajas de calidad o de funcionamiento; iii) las condiciones económicas adicionales que representen ventajas en términos de economía, eficiencia y eficacia; y iv) el valor en dinero que la entidad estatal asigna a cada ofrecimiento técnico o económico adicional. Teniendo en cuenta estos elementos, la entidad estatal debe calcular la relación costo-beneficio de cada oferta «[…] restando del precio total ofrecido los valores monetarios asignados a cada una de las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas. La mejor relación costo-beneficio para la Entidad Estatal es la de la oferta que una vez aplicada la metodología anterior tenga el resultado más bajo […]».

**DEBER DE SELECCIÓN OBJETIVA**

[…] el deber de selección objetiva está ligado a la determinación del ofrecimiento más favorable, cuyo contenido debe ser precisado a partir de las diferentes alternativas del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, reglamentado por el artículo 2.2.1.1.2.2.2 del Decreto 1082 de 2015, que, en todo caso, deben reflejarse en el pliego de condiciones o documento equivalente para el respectivo proceso de selección. Estas disposiciones establecen que en los procesos de selección deben evaluarse, fuera de los requisitos habilitantes, los factores de calificación, valoración o evaluación. Estos pueden ponderarse mediante la asignación de puntaje, por lo que la norma se refiere a factores que no otorgan puntaje para diferenciar los requisitos habilitantes de los mencionados factores de calificación. Lo anterior, bajo el entendido que son estos últimos los que determinan la oferta más favorable para la entidad y la que, en consecuencia, debe elegirse.

Además del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, el deber de selección objetiva y su carácter vinculante encuentre fundamento en varios apartados de la Ley 80 de 1993, como: i) el primer inciso del artículo 21, que obliga a las entidades estatales a tener en cuenta la selección objetiva, al garantizar la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, ii) el artículo 24, numeral 5º, literal a), que manda que en los pliegos de condiciones se indiquen «[…] los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección», iii) el artículo 24, numeral 5º, literal b), que establece que en los pliegos de condiciones se deben definir «[…] reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación», iv) el artículo 24, numeral 8º, según el cual «Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto», v) el segundo inciso del parágrafo 3º del artículo 24, que exige tener en cuenta la selección objetiva de la entidad veedora para el procedimiento de venta de bienes de las entidades estatales por el sistema de martillo; vi) el numeral 18 del artículo 25, el cual señala que «La declaratoria de desierta de la licitación únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva», vii) el numeral 2 del artículo 30, que dispone que «La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones, […], en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas», viii) el inciso final del artículo 38, que obliga a las entidades estatales que tengan como objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones a respetar el principio de selección objetiva, y ix) el segundo inciso del artículo 76, que ordena cumplir también con dicho principio a las entidades que tengan por objeto la exploración, explotación y comercialización de recursos naturales renovables y no renovables.

**SUBSANABILIDAD – Alcance – procedencia**

Por regla general, i) la falta de entrega o ii) los defectos, de los requisitos habilitantes, son subsanables. La excepción se encuentra en los casos, previstos en la ley, que limitan la subsanabilidad, es decir, en la prohibición de permitir la entrega de la garantía de seriedad de la oferta que no fue aportada con la propuesta y de valer la acreditación de circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso. De modo que, el límite para el ejercicio del derecho a subsanar los requisitos habilitantes y para el deber de las entidades públicas de permitir su ejercicio está definido en la ley, lo que indica que las situaciones en las cuales está restringido fueron previstas por el legislador de forma expresa. […] la subsanabilidad procede sobre todos aquellos requisitos que no otorguen puntaje, siempre que no se trate de entregar la garantía de seriedad de la oferta no aportada antes del cierre del procedimiento de selección, y bajo la condición de que no se acrediten hechos ocurridos con posterioridad a dicho momento.

**ACLARACIÓN DE OFERTAS – Concepto – Alcance**

La solicitud de aclaraciones permite que las entidades requieran a los proponentes esclarecer aspectos de sus propuestas que, en principio, resultan confusos para efectos de la evaluación, diferenciándose de la subsanabilidad, pues no parte del supuesto de la ausencia de requisitos de la oferta sino de la existencia de dudas en la misma, cuya explicación se requiere para la evaluar la propuesta. Esta diferencia es importante, pues *es posible aclarar los requisitos que asignan puntaj. […]* aclarar una oferta no puede implicar su alteración sustancial o mejoría de sus componentes, sino limitarse a disipar lo que resulta borroso u otorgar claridad a lo que resulta oscuro o ininteligible.

**SUBSANABILIDAD Y ACLARACIÓN DE OFERTAS – Diferencias**

[…] es distinto aclarar y subsanar una oferta, siendo este último un instituto que procura porque el oferente presente, dentro del plazo y bajo las condiciones dadas por la norma aplicable, los documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos como habilitantes para participar en el respectivo procedimiento de selección, mientras que la aclaración permite mejor el entendimiento de los elementos de la oferta, sean o no subsanables, para la correcta verificación y evaluación de los mismos por parte de la entidad pública. Finalmente, como dispone el artículo 30.7 de la Ley 80 de 1993, la aclaración de las propuestas se realiza durante la evaluación de estas, pues es necesario esclarecer los aspectos dudosos de las ofertas antes de la adjudicación. Por ello, la jurisprudencia también explica que «[…] 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 […]». De esta manera, «lo ideal en un proceso de selección es que las *aclaraciones* y *explicaciones* se anticipen y soliciten durante la etapa de *evaluación*, lo más pronto posible, es decir, antes de que la entidad elabore el informe respectivo, de tal manera que las tenga en cuenta para producir ese acto administrativo».

Bogotá D.C



Señor

**Miguel Cruz Ramírez**

Bogotá D.C.

**Concepto C – 470 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| Temas: | PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA – Noción – Normativa – Requisitos habilitantes – Requisitos ponderables / REQUISITOS PONDERABLES – Asignación de puntaje / DEBER DE SELECCIÓN OBJETIVA / SUBSANABILIDAD – Alcance – procedencia / ACLARACIÓN DE OFERTAS – Concepto – Alcance / SUBSANABILIDAD Y ACLARACIÓN DE OFERTAS – Diferencias  |
|  | Respuesta a consulta P20220607005613 |
|  |  |

Estimado señor Cruz:

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, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde la consulta realizada el 7 de junio de 2022.

**1. Problema planteado**

En la consulta identificada de forma previa usted solicita a la Agencia resolver el siguiente interrogante, referido a la posibilidad de subsanar ofertas en los procesos de selección y su alcance, a la luz de los conceptos emitidos por esta Subdirección y de la jurisprudencia del Consejo de Estado: «¿un requisito que tiene doble connotación de habilitante y puntuable puede subsanarse?»

Para contextualizar el problema jurídico planteado, en su consulta se señaló que en el Concepto C-281 del 12 de mayo del 2022 esta Agencia concluyó que «si un documento sirve para acreditar un requisito habilitante y también para demostrar algunos de los supuestos que permiten a aplicación de los factores de desempate, debe permitirse su subsanación frente al requisito habilitante, más no frente a los factores de desempate» y afirmó que a esta misma conclusión se ha llegado respecto de la subsanación de requisitos previstos en los documentos tipo como el referido al puntaje por servicios nacionales.

Asimismo manifestó que, de manera contraria, el Consejo de Estado, en la sentencia del 28 de febrero del 2022, proferida en el expediente 65134 señaló que: «la entidad pública demandada no podía solicitar que fueran subsanados requisitos habilitantes que, según las reglas contenidas en el pliego, incidieran en la asignación de puntaje, como en efecto ocurrió con la adición de tarjetas de operación, pues en estricto sentido esta situación suponía la adición de nuevos vehículos para cubrir las rutas, lo que indudablemente modificaba los criterios para evaluar el factor calidad».

**2. Consideraciones**

Para resolver la inquietud planteada, se analizarán los siguientes temas: i) el principio de selección objetiva, como fundamento de la subsanabilidad en los procedimientos de selección, y ii) la forma como opera esta regla, incluyendo la reiteración de los conceptos de esta Subdirección sobre las circunstancias, los requisitos que admiten subsanación y el análisis de las tesis planteadas por el Consejo de Estado a las que se refiere la consulta.

La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente, en respuesta a las consultas con radicado No. 4201913000006471 del 28 de octubre de 2019, 4201912000006711 del 12 de noviembre de 2019 y 4201912000006496 del 15 de noviembre de 2019, y en los conceptos C-573 del 27 de agosto del 2020, C-640 del 21 de octubre del 2020, C-140 del 25 de marzo del 2021, C-166 del 2021, C-568 del 11 de octubre del 2021 y C-144 del 22 de marzo del 2022, analizó el régimen de subsanabilidad de las ofertas en los procedimientos de selección contractual. Adicionalmente, en los Conceptos C-787 del 19 de enero del 2021 y C-716 del 23 de enero del 2022, se analizó la figura de la subsanación de las ofertas y sus diferencias con la aclaración de las mismas. En lo pertinente, las tesis desarrolladas en estos conceptos se reiteran a continuación y se complementa con algunas ideas relativas a la consulta realizada:

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

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

Si bien dentro de la historia de la contratación pública en Colombia, se vislumbran antecedentes normativos que consagraban dicho principio[[1]](#footnote-1), en la actualidad la disposición legal que lo prevé de manera más clara y contundente es el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011. De acuerdo con esta norma y conforme con lo expresado en el concepto C–166 del 23 de abril de 2021, puede decirse que el deber de selección objetiva supone que las entidades escojan en los procesos de selección el «[…] ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca […]». Tal favorabilidad debe determinarse a partir de criterios que pueden variar, de acuerdo con el objeto contractual o la modalidad de selección aplicable, los cuales, en todo caso, para que la selección sea objetiva, deben estar señalados en el pliego de condiciones o documento equivalente.

Al respecto, el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 se refiere a algunos requisitos exigibles en la generalidad de los procesos de selección adelantados conforme al EGCAP, tales como la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, la capacidad financiera y de organización, denominados requisitos habilitantes, los cuales –en principio, salvo expresa disposición legal– no otorgan puntaje. Lo anterior comoquiera que estos no se refieren a la oferta misma sino a la idoneidad del oferente para asumir adecuadamente la ejecución del contrato[[2]](#footnote-2). Los oferentes que cumplan estos requisitos habilitantes son considerados idóneos para ejecutar el objeto contractual, de manera que sus ofertas pueden ser consideradas en la evaluación dirigida a determinar cuál es la más favorable para la entidad y a los fines de la contratación. En este sentido, los requisitos *habilitantes* son aquellos que deben cumplir en igualdad de condiciones los proponentes, haciendo que estos se habiliten en el procedimiento de selección y sean susceptibles de ser seleccionados como futuros contratistas.

En contraposición a los requisitos habilitantes, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 regula los factores dirigidos a determinar cuál es la propuesta, comparativamente, más favorable. En ese sentido, el inciso primero dispone los factores de escogencia y calificación que deben indicarse en los pliegos de condiciones o documentos equivalentes. El numeral 2 de esta norma establece que la oferta más favorable es aquella que resulte ser la más ventajosa para la entidad, una vez se realice la ponderación precisa y detallada de los factores técnicos y económicos de escogencia, de acuerdo con los parámetros establecidos en los pliegos de condiciones o equivalentes, que permiten la comparación de ofertas. Este numeral 2 se divide en dos literales, cada uno de los cuales hace referencia a los mecanismos por los que pueden optar las entidades para ponderar los elementos de calidad y precio de las ofertas. El literal a) alude a la ponderación de los referidos elementos mediante puntajes o fórmulas, mientras que el literal b) se refiere la elección de la oferta que represente la mejor relación costo-beneficio para la entidad.

Por su parte, el numeral 3 establece que en los procesos de selección de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización el único factor de evaluación consiste en el menor precio. Por último, el numeral 4, referente a los procedimientos para la selección de consultores, señala que deben usarse factores de calificación, para valorar los aspectos técnicos de la oferta, permitiendo que entre ellos se pondere la experiencia.

De acuerdo con lo expresado, se concluye que el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 define los parámetros conforme a los cuales deben exigirse y evaluarse los factores que no otorgan puntaje o requisitos habilitantes, como también aquellos que deben tenerse en cuenta para la exigencia y evaluación de los factores de escogencia o calificación, técnicos y económicos, los cuales inciden en la comparación de las ofertas. Por ello, la doctrina define los requisitos o factores ponderables como «[…] aquellas condiciones de la oferta y no de quien la presenta, que sí entrarán a ser evaluadas por la Administración y que en consecuencia, darán lugar a la escogencia objetiva de la mejor propuesta para la entidad»[[3]](#footnote-3). Todas estas categorías designan los «[…] factores a los cuales cabe otorgarles puntajes o que pueden ser ponderados, precisamente, pues estos son los factores que en últimas permiten una comparación de ofertas y una diferenciación entre ellas»[[4]](#footnote-4).

Sobre la escogencia de la oferta más favorable a los intereses de la entidad y la evaluación de los factores exigidos en un caso concreto para el efecto, la doctrina explica que:

De acuerdo con ese entendimiento, el numeral 2 del artículo 5.° de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011, comienza por señalar que "la oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos". Es decir que los factores de ponderación o de evaluación son los que en realidad determinan la propuesta que mejor satisface las necesidades de la Administración y no simplemente cuál de los proponentes es el más idóneo en la ejecución del contrato, pues, se insiste, todo oferente que supere los requisitos mínimos habilitantes se entiende que es suficientemente idóneo para la ejecución del objeto contractual.

De nuevo, aquí es preciso señalar que es el pliego de condiciones el que debe determinar cuáles son esos factores que en cada caso concreto permiten hacer una comparación entre las ofertas presentadas y, con base en ello, determinar cuál es la más favorable para la Administración Pública.

[…]Una siguiente conclusión que se deriva de la norma parcialmente transcrita consiste en que los pliegos de condiciones deben determinar dos situaciones por separado: 1. cuáles serán los factores o requisitos que serán evaluados por la Administración y 2. cuáles son los criterios para asignar puntaje a cada uno de los factores de evaluación y, con base en ello, poder hacer la comparación entre las ofertas y concluir cuál de ellas es la más ventajosa para la entidad estatal[[5]](#footnote-5).

De acuerdo con lo anterior, es posible asimilar las diferentes categorías a las que hace referencia el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, cuando alude a los factores que, a diferencia de los requisitos habilitantes, determinan la oferta más favorable para la entidad, y que, por lo tanto, hacen que una oferta sea mejor que otra, pese a tener que cumplir todas ellas los requisitos habilitantes. Es frente a aquellos factores, que determinan comparativamente que una oferta sea mejor que otra, que la entidad concibe el otorgamiento de puntajes, como mecanismos para ponderar y comparar los ofrecimientos, con el fin de determinar objetivamente la oferta más favorable, aplicando para ello las reglas establecidas en el pliego o documento equivalente para la ponderación de las ofertas.

 En ese sentido, la asignación de puntaje es un mecanismo mediante el cual las entidades ponderan los factores de calificación ꟷ*v.g.* técnicos, de calidad y precio, etc.ꟷ en un determinado proceso de selección, como se desprende del literal a) del numeral 2 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en el que, expresamente, se alude al puntaje. Es necesario destacar que las reglas para establecer la oferta más favorable conforme al artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, se encuentran reglamentadas en el artículo 2.2.1.1.2.2.2 del Decreto 1082 de 2015. Este artículo desarrolla los mecanismos de ponderación previstos en los literales a) y b) del artículo 5.2 de la Ley 1150 de 2007, disponiendo unas pautas para la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio. Conforme a este artículo, la oferta más favorable en estos casos debe determinarse ponderando en las ofertas: i) las condiciones técnicas y económicas mínimas; ii) las condiciones técnicas adicionales que representan ventajas de calidad o de funcionamiento; iii) las condiciones económicas adicionales que representen ventajas en términos de economía, eficiencia y eficacia; y iv) el valor en dinero que la entidad estatal asigna a cada ofrecimiento técnico o económico adicional. Teniendo en cuenta estos elementos, la entidad estatal debe calcular la relación costo-beneficio de cada oferta «[…] restando del precio total ofrecido los valores monetarios asignados a cada una de las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas. La mejor relación costo-beneficio para la Entidad Estatal es la de la oferta que una vez aplicada la metodología anterior tenga el resultado más bajo […]»[[6]](#footnote-6).

En este orden de ideas, el deber de selección objetiva está ligado a la determinación del ofrecimiento más favorable, cuyo contenido debe ser precisado a partir de las diferentes alternativas del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, reglamentado por el artículo 2.2.1.1.2.2.2 del Decreto 1082 de 2015, que, en todo caso, deben reflejarse en el pliego de condiciones o documento equivalente para el respectivo proceso de selección. Estas disposiciones establecen que en los procesos de selección deben evaluarse, fuera de los requisitos habilitantes, los factores de calificación, valoración o evaluación. Estos pueden ponderarse mediante la asignación de puntaje, por lo que la norma se refiere a factores que no otorgan puntaje para diferenciar los requisitos habilitantes de los mencionados factores de calificación. Lo anterior, bajo el entendido que son estos últimos los que determinan la oferta más favorable para la entidad y la que, en consecuencia, debe elegirse.

Además del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, el deber de selección objetiva y su carácter vinculante encuentre fundamento en varios apartados de la Ley 80 de 1993, como: i) el primer inciso del artículo 21, que obliga a las entidades estatales a tener en cuenta la selección objetiva, al garantizar la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, ii) el artículo 24, numeral 5º, literal a), que manda que en los pliegos de condiciones se indiquen «[…] los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección», iii) el artículo 24, numeral 5º, literal b), que establece que en los pliegos de condiciones se deben definir «[…] reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación», iv) el artículo 24, numeral 8º, según el cual «Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto», v) el segundo inciso del parágrafo 3º del artículo 24, que exige tener en cuenta la selección objetiva de la entidad veedora para el procedimiento de venta de bienes de las entidades estatales por el sistema de martillo; vi) el numeral 18 del artículo 25, el cual señala que «La declaratoria de desierta de la licitación únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva», vii) el numeral 2 del artículo 30, que dispone que «La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones, […], en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas», viii) el inciso final del artículo 38, que obliga a las entidades estatales que tengan como objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones a respetar el principio de selección objetiva, y ix) el segundo inciso del artículo 76, que ordena cumplir también con dicho principio a las entidades que tengan por objeto la exploración, explotación y comercialización de recursos naturales renovables y no renovables.

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

A su turno, la jurisprudencia también ha reconocido la preponderancia de este deber en la etapa precontractual, indicando que su garantía es imprescindible para satisfacer adecuadamente las necesidades de la sociedad a través del contrato. A este respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha dicho:

[…]la selección de contratistas, para cumplir con el requisito de objetividad, debe caracterizarse por: 1. Ausencia total de subjetividad; 2. Estar determinada por la comparación de distintos factores, establecidos con anterioridad por la Administración en el pliego de condiciones; 3. Estar determinada la forma como los factores de selección serán evaluados y el valor que corresponde a cada uno de ellos en el pliego de condiciones y 4. Estar determinada la adjudicación y celebración del negocio jurídico por un análisis, comparación y evaluación objetiva de las propuestas presentadas[[7]](#footnote-7).

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

Ahora bien, para garantizar el principio de selección objetiva, también es necesario que las entidades estatales se abstengan de rechazar las ofertas por el incumplimiento de requisitos meramente formales, sacrificando la favorabilidad que podría representar la oferta que adolezca de estos defectos, si se permitiese su corrección. En otras palabras, es consustancial a la selección objetiva la obligación que tienen las entidades estatales de permitir la subsanación de los requisitos de participación, bajo las condiciones indicadas en la ley, antes de tomar la decisión de rechazar las propuestas que hayan omitido la observancia de los requisitos habilitantes. Esta decisión, por regla general –salvo en los casos específicos previstos en la ley, como el de la imposibilidad de subsanar la no entrega de la garantía de seriedad de la oferta o de acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del procedimiento de selección (art. 5, par. 1º y 3º, Ley 1150 de 2007)– solo puede tomarse si, previamente, se ha permitido que los proponentes completen o corrijan la información relacionada con los requisitos que no asignan puntaje, como mecanismo para hacer prevalecer el derecho sustancial sobre las formalidades. Esta regla se explica a continuación.

**2.2. Alcance de la regla de la subsanabilidad de las ofertas en los procedimientos de selección y su diferencia con la figura de la aclaración de ofertas**

Tal y como se admite en la consulta formulada en este caso, esta Subdirección se ha pronunciado en diversas oportunidades acerca delalcance de la regla de la subsanabilidad, contenida actualmente en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Al respecto, la postura que se reitera en el presente concepto es la siguiente: por regla general, i) la falta de entrega o ii) los defectos, de los requisitos habilitantes, son subsanables. La excepción se encuentra en los casos, previstos en la ley, que limitan la subsanabilidad, es decir, en la prohibición de permitir la entrega de la garantía de seriedad de la oferta que no fue aportada con la propuesta y de valer la acreditación de circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso. De modo que el límite para el ejercicio del derecho a subsanar los requisitos habilitantes y para el deber de las entidades públicas de permitir su ejercicio está definido en la ley, lo que indica que las situaciones en las cuales está restringido fueron previstas por el legislador de forma expresa.

En efecto, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en el concepto CU — 060 de 16 de enero de 2020, unificó el concepto de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en torno al alcance de la regla de la subsanabilidad, contenida actualmente en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. En dicho concepto se unificó la tesis expuesta en los conceptos con radicado No. 4201913000006471 del 28 de octubre de 2019, 4201912000006711 del 12 de noviembre de 2019 y 4201912000006496 del 15 de noviembre de 2019, la cual fue reiterada en los conceptos C-082 de 27 de enero de 2020 y 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-077 de 14 de enero de 2021, C-010 de 16 de febrero de 2021 y C-250 del 2 de junio de 2021. La tesis propuesta en estos conceptos es la que se expone a continuación:

La posibilidad de enmendar, corregir o subsanar los errores en los que se incurre en los documentos contentivos de la oferta es un tema que ha tenido diferentes momentos o etapas en el ordenamiento jurídico colombiano.

En un *primer momento*, antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, el régimen jurídico de la subsanabilidad de las ofertas estaba compuesto por el Decreto-ley 150 de 1976 y el Decreto-ley 222 de 1983. Bajo 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 paradigma que supuso la Constitución de 1991, particularmente en la forma como se relaciona lo formal y lo sustancial en las actuaciones judiciales y administrativas. Este cambio ideológico quedó consignado en el artículo 228, que introdujo el principio de supremacía o prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental. En este nuevo escenario constitucional, el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 dispuso lo siguiente: «*15. Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos».*

Bajo el amparo de esta norma, el régimen jurídico de subsanabilidad de las ofertas sufrió 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[[9]](#footnote-9), que ordena a la entidad señalar un plazo razonable para evaluar las propuestas y pedir a los proponentes, de ser necesario, que aclaren o expliquen aspectos que ofrezcan dudas y resulten indispensables para hacer la evaluación; y con el artículo 30.8[[10]](#footnote-10), 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 la oferta.

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

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

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

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 o no de los aspectos que otorgan puntaje. Si, al verificar, la Administración encuentra que lo omitido por el proponente es un aspecto que otorga puntaje, no es posible subsanarlo; pero, si no otorga puntaje, la Administración debe requerir al proponente para que lo subsane.

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

Esto significa que en adelante las entidades y los oferentes aplican directamente la regla que contempla el art. 5, parágrafo, de la Ley 1150, de manera que lo subsanable o insubsanable se define a partir de una pregunta, que se le formula a cada requisito omitido o cumplido imperfectamente: ¿el defecto asigna puntaje al oferente? Si lo hace no es subsanable, si no lo hace es subsanable; en el último evento la entidad le solicitará al oferente que satisfaga la deficiencia, para poner su oferta en condiciones de ser evaluada, y no importa si se refiere a no a problemas de capacidad o a requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfaga suficientemente[[11]](#footnote-11).

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 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 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, cuyo texto reformado es el siguiente:

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*.*

Como puede observarse, esta norma: i) mantiene el criterio de la Ley 80 de 1993, relativo a que todo lo que no sea necesario para la comparación de propuestas no es título suficiente para su rechazo; ii) conserva 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 cuatro aspectos que se analizarán a continuación:

El primero es el ámbito temporal para ejercer la facultad de subsanar la oferta, pues la Ley 1882 de 2018 fijó una regla general y una excepción. La regla general es que el límite para que la entidad solicite y para que el proponente corrija lo que haga falta es hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección. La excepción es que el anterior límite no aplica para los procesos de mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta[[12]](#footnote-12); en el último los documentos o requisitos subsanables deben solicitarse hasta el momento previo a su realización.

Frente a la regla general, la norma fijó un límite final para que la Administración y los oferentes subsanen los requisitos o documentos que puedan y deban ser subsanados, pero nada impide, y la norma no lo hace, que la Administración requiera al proponente antes de publicar el informe de evaluación. En efecto, la redacción de la norma permite que la Administración solicite a los oferentes subsanar y que estos lo hagan hasta antes del término del traslado del informe de evaluación: «deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección».

No obstante, de la lectura de este aparte podrían, en la práctica, presentarse dos interpretaciones que dan lugar a dos formas de proceder en los procesos de selección, en lo que se refiere a la subsanabilidad de las ofertas. *Primera*, que la posibilidad de los oferentes para subsanar es el término del traslado del informe de evaluación, ya que en este documento es donde la Administración establece los requisitos o documentos omitidos que los oferentes deben subsanar, so pena de rechazo; *segunda*, que el término del traslado del informe de evaluación es el límite para la subsanación de ofertas, pero no el único momento para hacerlo. De acuerdo con esta primera interpretación, el informe de evaluación se convierte en la oportunidad que aprovecha la Administración para comunicarles a los oferentes qué documentos o requisitos omitieron y deben subsanar y, consecuentemente, el término del traslado es la oportunidad del proponente para cumplir con lo solicitado. La segunda interpretación permitiría que la Administración requiera al oferente durante el proceso de evaluación de las propuestas, tan pronto advierta que hace falta un documento o requisito que se puede subsanar. En este caso la subsanación se lleva a cabo con anterioridad a la publicación del informe de evaluación, de manera que una vez se publique el informe ya se encuentren subsanadas las propuestas, sin perjuicio del término límite que concedió la ley.

En criterio de esta Subdirección, la segunda interpretación es la que más se ajusta a la norma, pero, además, es la más conveniente para el desarrollo del proceso de selección, porque garantiza que el informe de evaluación presente una comparación de propuestas más depurada y el término de traslado para observaciones al mismo sea una oportunidad en la que se planteen aspectos sustanciales o de fondo a la evaluación, teniendo en cuenta que ya las propuestas estarán consolidadas en lo formal. Subsanar antes del informe de evaluación ofrece mayor seguridad y certeza al proceso de selección, a la Administración y a los oferentes. La modificación introducida por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, si bien pudo significar, en la práctica de los procesos de selección, que el informe de evaluación fuera la oportunidad de la Administración para requerir al proponente para que subsane la oferta, y el término del traslado la oportunidad para hacerlo, lo cierto es que no impide que esto se realice con anterioridad a la publicación del informe; inclusive, es más adecuado y conveniente que la subsanación de las ofertas se intente con anterioridad, de forma que una vez la Administración advierta el defecto le solicite directamente al oferente que subsane. Esta interpretación es más consistente con los principios de economía, transparencia y selección objetiva.

El segundo cambio importante de la Ley 1882 de 2018 fue la introducción de un criterio material, directamente relacionado con los aspectos subsanables: «los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso»*.* Lo anterior ofrece dos aspectos que merecen clarificación: *primero*, qué debe entenderse por circunstancias ocurridas con posterioridad; y *segundo*, qué es el cierre del proceso. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ya había tenido la oportunidad de precisar estas expresiones, a propósito de un concepto en el que se refirió al artículo 10 del derogado Decreto 2474 de 2008[[13]](#footnote-13), que había determinado que en ningún caso la entidad podía permitir que se acreditaran circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso. El Consejo de Estado precisó que por cierre del proceso debe entenderse el vencimiento del plazo para la presentación de las ofertas y que lo subsanable son las circunstancias que ocurrieron con anterioridad a esa fecha, en los siguientes términos:

De esta manera, quien se presenta al proceso de selección debe cumplir para la fecha en que ‘se cierra el proceso con los requisitos que se requieren para presentar la oferta, de manera que es sobre ellos y no sobre otros que se cumplan con posterioridad, sobre los que recae la posibilidad de saneamiento. Así, por ejemplo, si se requiere una experiencia x, la misma se debe tener al presentar la oferta y la Administración puede requerir al oferente para que especifique aspectos relacionados con ella (complementar certificaciones, aclarar fechas, acreditación de la misma, etc.); pero no podría, por vía de las normas en cita, extender el tiempo para avalar experiencia que sólo se llega a cumplir después del cierre del proceso contractual. O si, igualmente a manera de ejemplo, fuera necesario ser persona jurídica pero el oferente no entrega el certificado de existencia y representación legal que lo acredita o éste es demasiado antiguo, la entidad contratante podría requerir al interesado para que haga entrega del mismo o lo actualice, pero no para que se constituya la sociedad con posterioridad al cierre del proceso, pues si ello no se había hecho, significa simplemente que el oferente no tenía la condición para participar[[14]](#footnote-14).

De conformidad con el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, lo subsanable es la prueba de todas las circunstancias ocurridas antes del vencimiento del término para presentar las ofertas; eso es lo que implica la prohibición de acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al «cierre del proceso». Lo anterior evita, por ejemplo, que se presenten oferentes que no cumplían con los requisitos para participar al momento de presentar las ofertas, y pretendan cumplirlos durante el proceso de selección o, inclusive, que se puedan variar condiciones de la oferta una vez presentada.

Un mejor entendimiento del significado de la expresión «circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso» lleva necesariamente a distinguir entre la prueba de un hecho y el hecho mismo. En el caso de la subsanabilidad de las ofertas, una cosa es el requisito habilitante o el elemento de la propuesta y otra su prueba. Lo que prohíbe la norma es que se subsanen requisitos que no estaban cumplidos al momento de presentar la oferta, o en palabras de la ley, que se acrediten hechos que ocurrieron después del cierre del proceso.

Por ejemplo: i) si un oferente olvidó adjuntar con su propuesta el certificado que da cuenta de su inscripción en el RUP, el requisito será subsanable siempre que la prueba allegada demuestre que el hecho, esto es, la inscripción en el registro, ocurrió con anterioridad al cierre del proceso; ii) si un oferente presentó la propuesta sin aportar la autorización al representante legal, por parte de la junta directiva de la sociedad, el certificado, aunque sea posterior, debe dar cuenta de que el hecho que pretende acreditar –la autorización de la junta– ocurrió antes del vencimiento del término para ofertar[[15]](#footnote-15); iii) si un oferente no anexó el certificado de existencia y representación legal, el documento aportado con posterioridad debe dar cuenta de que la sociedad existe desde antes del cierre del proceso[[16]](#footnote-16); iv) si un oferente olvidó adjuntar un certificado que demuestra un título universitario, el documento, aunque tenga fecha posterior al cierre del proceso, debe acreditar que el título académico se obtuvo con anterioridad al cierre del proceso; v) si un oferente no aportó un certificado de experiencia, el documento que subsana –sin importar que tenga fecha posterior– debe demostrar que la experiencia que se pretende hacer valer se obtuvo antes de vencerse el término para presentar ofertas, y vi) si el oferente olvidó firmar la propuesta o presentar una copia de ella, puede subsanar sin que se entienda que acreditó una circunstancia ocurrida con posterioridad al cierre del proceso.

Lo anterior quiere decir que no es la prueba –usualmente un documento– lo que debe ser anterior al cierre del proceso, sino el hecho que ella acredita, es decir, ante la solicitud de la Administración de subsanar un requisito, el documento podría estar fechado con posterioridad al vencimiento del término para recibir propuestas, siempre y cuando el hecho que acredite haya ocurrido antes, esto es, que no sea una circunstancia ocurrida con posterioridad al cierre del proceso. Es por ello que el Consejo de Estado sostiene que «lo que se subsana es la prueba y no la condición habilitante o un elemento de la propuesta (...) lo que se puede remediar es la prueba y no el requisito: La posibilidad debe recaer exclusivamente sobre circunstancias acaecidas antes del cierre del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar ofertas»[[17]](#footnote-17).

La anterior tesis fue reiterada por esta Subdirección en los conceptos 4201912000007418 del 30 de octubre de 2019 y 4201912000008198, en el que indicó que las certificaciones de experiencia que no otorgaran puntaje podían aportarse corregidos o incluso, en reemplazo de las que no cumplieran el requisito habilitante, siempre que en los documentos aportados en la etapa de subsanabilidad no se acreditara experiencia adquirida con posterioridad al cierre del procedimiento de selección. Por tanto, señaló que «[…] el oferente podrá acreditar su experiencia con certificaciones de contratos diferentes a los inicialmente aportados, siempre que acrediten la experiencia adquirida antes del cierre del proceso», pero que «Si las certificaciones prueban que la experiencia del proponente se adquirió con posterioridad al cierre del proceso no se podrá aportar, porque esto implicaría una mejora, adición o complemento de la oferta».

De igual manera, la postura de esta Subdirección, según la cual la subsanabilidad procede sobre todos aquellos requisitos que no otorguen puntaje, siempre que no se trate de entregar la garantía de seriedad de la oferta no aportada antes del cierre del procedimiento de selección, y bajo la condición de que no se acrediten hechos ocurridos con posterioridad a dicho momento, fue reiterada en 2201913000008048 del 28 de octubre de 2019 –que indicó que no era posible, so pretexto de subsanar, modificar el porcentaje de participación en un consorcio o unión temporal, porque esto comportaba cambiar la oferta, acreditando circunstancias posteriores al cierre–; 2201913000008850 del 29 de noviembre de 2019 –en el que sostuvo que un proponente podría subsanar la experiencia, en tanto requisito habilitante, o sea, que no otorgara puntaje, aportando nuevas certificaciones, siempre que con ellas no se probara una experiencia que no se tenía antes del cierre–; 2201913000009373 del 17 de diciembre de 2019 –en el cual se expresó que la carta de conformación de un consorcio es un documento subsanable, bajo la condición de que el documento aportado permita constatar que el consorcio se conformó antes del vencimiento del término para la presentación de las propuestas–; 2201913000008049 del 28 de octubre de 2019 –en el que se reiteró que no es posible variar el porcentaje de participación en una unión temporal, porque implicaría una modificación de la oferta y la acreditación de un aspecto que es posterior al cierre del procedimiento de selección–.

Visto lo anterior, una vez verificada la ausencia de requisitos y/o documentos de la oferta, para saber si se puede subsanar, la Administración se debe preguntar, en primer lugar, si lo que hace falta es un documento o información que otorga puntaje o no y, en segundo lugar, si el cumplimiento del requisito constituye una circunstancia ocurrida con anterioridad o con posterioridad al cierre del proceso. Para arribar a la conclusión de que lo omitido puede subsanarse, la respuesta al primer interrogante debe ser negativa, es decir, que lo omitido no sea un factor que otorgue puntaje, y la respuesta al segundo interrogante debe dar cuenta de que lo omitido sea la prueba de una circunstancia o hecho que ocurrió con anterioridad al cierre del proceso.

Finalmente, el parágrafo 3 del artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 determinó, de manera expresa, que «la no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma», dejando claro que se trata de un documento de obligatoria presentación junto con la propuesta y que materializa los principios de seriedad e irrevocabilidad de la oferta.

Ahora bien, la Agencia debe diferenciar entre la regla sobre subsanación de ofertas en los procedimientos de selección, que acaba de explicarse, por un lado, y por el otro lo referido a la *aclaración de las ofertas*, cuestiones que resultan ser distintas, sin perjuicio de que ambas puedan ser considerados como elementos propios del principio de selección objetiva. Así, en aras de que la entidad, al momento de evaluar las ofertas recibidas, pueda realizar tal evaluación de manera adecuada y contando con los elementos de juicio suficientes y necesarios para la comprensión integral de cada documento contenido en la oferta, puede acudir a la facultad que le otorga expresamente el numeral 7 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. Dicha norma señala que entre los componentes que deberá contener el pliego de condiciones incluye al «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» (Cursiva fuera de texto).

La misma facultad en cabeza de la Administración se establece, entre otras, en el artículo 2.2.1.1.2.2.4. del Decreto 1082 de 2015, referido a las explicaciones que la entidad estatal deberá pedir al oferente, cuando advierta que su oferta contiene un precio artificialmente bajo. En similar sentido, el numeral 3 del artículo 2.2.1.2.1.3.12 incluye el deber de aclaración, en cabeza del organismo asesor dentro del concurso de arquitectura o la posibilidad con la que cuenta la entidad estatal para solicitar aclaraciones al originador del proyecto al tratarse de asociaciones público privadas de iniciativa privada. Todas estas normas contienen ejemplos de aplicación del mismo principio de selección objetiva, porque pretenden que la entidad u organismo que evaluará la respectiva oferta o iniciativa, según el caso, cuente con el conocimiento e información veraz y suficiente para tomar una decisión acertada.

En ese sentido, la facultad de solicitar aclaraciones en cabeza de la entidad directora del proceso selección establecida, principal y genéricamente, en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, debe comprenderse bajo el entendido que el oferente cuya oferta requiera ser aclarada, no podrá, so pena de proceder de conformidad con el requerimiento de la entidad, realizar modificaciones que impliquen una mejora o alteración sustancial de la oferta, tal y como ha sido expresado por el Consejo de Estado.

Ahora bien, lo anterior no impide que se puedan hacer aclaraciones a las propuestas bien porque la entidad estatal las solicite en la etapa de evaluación de las mismas, ora porque las realicen los oferentes en la etapa dispuesta para las observaciones a los informes de evaluación, pero siempre y cuando verse sobre aspectos meramente formales o adjetivos o que en todo caso no comporten una variación o corrección del fondo de la propuesta a favor de quien las presenta y en detrimento de la posición de los demás proponentes en la evaluación, esto es, sujetas a condición de que con las mismas no se altere de manera sustancial la información inicialmente suministrada y la situación de los oferentes en el proceso de licitación. Por eso, como es posible que por vía aclaratoria los proponentes intenten modificar o mejorar sus ofertas, hay que distinguir entre las simples aclaraciones de las propuestas y las modificaciones a estas; las primeras son los medios para que se pueda hacer perceptible, manifiesto, explícito o inteligible algún aspecto confuso de la propuesta, sin implicar una complementación, adición, modificación o mejora de dicho aspecto, que es, precisamente, en lo que consisten las segundas.

La solicitud de aclaraciones permite que las entidades requieran a los proponentes esclarecer aspectos de sus propuestas que, en principio, resultan confusos para efectos de la evaluación, diferenciándose de la subsanabilidad, pues no parte del supuesto de la ausencia de requisitos de la oferta sino de la existencia de dudas en la misma, cuya explicación se requiere para la evaluar la propuesta. Esta diferencia es importante, pues *es posible aclarar los requisitos que asignan puntaje*, tal como lo ha señalado la jurisprudencia en los siguientes términos:

Conforme al art. 30.7 las entidades deben garantizar el derecho que tienen los oferentes de aclarar los aspectos confusos de sus propuestas, facultad que le permitirá a la entidad definir su adecuación o no al pliego. Esta figura constituye una oportunidad propia del proceso de evaluación de las ofertas -que se diferencia de la subsanabilidad -, pues no parte del supuesto de la ausencia de requisitos de la oferta –los que hay que subsanar-, sino de la presencia de inconsistencias o falta de claridad en la oferta, […]. La importancia de diferenciarlos radica en que la aclaración o explicación se admite, incluso, sobre requisitos que afectan la comparación de las ofertas y/o inciden en la asignación del puntaje; se repite, siempre y cuando se trate de inconsistencias o falta de claridad, porque allí no se modifica el ofrecimiento, simplemente se aclara, es decir, se trata de hacer manifiesto lo que ya existe –sólo que es contradictorio o confuso-, se busca sacar a la luz lo que parece oscuro, no de subsanar algo, pues el requisito que admite ser aclarado tiene que estar incluido en la oferta, solo que la entidad tiene dudas sobre su alcance, contenido o acreditación, porque de la oferta se pueden inferir entendimientos diferentes.[[18]](#footnote-18)

De tal forma que, tal y como lo expresó la alta Corporación, aclarar una oferta no puede implicar su alteración sustancial o mejoría de sus componentes, sino limitarse a disipar lo que resulta borroso u otorgar claridad a lo que resulta oscuro o ininteligible. En este punto, se concluye, es distinto aclarar y subsanar una oferta, siendo este último un instituto que procura porque el oferente presente, dentro del plazo y bajo las condiciones dadas por la norma aplicable, los documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos como habilitantes para participar en el respectivo procedimiento de selección, mientras que la aclaración permite mejor el entendimiento de los elementos de la oferta, sean o no subsanables, para la correcta verificación y evaluación de los mismos por parte de la entidad pública.

Finalmente, como dispone el artículo 30.7 de la Ley 80 de 1993, la aclaración de las propuestas se realiza durante la evaluación de estas, pues es necesario esclarecer los aspectos dudosos de las ofertas antes de la adjudicación[[19]](#footnote-19). Por ello, la jurisprudencia también explica que «[…] 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 […]»[[20]](#footnote-20). De esta manera, «lo ideal en un proceso de selección es que las *aclaraciones* y *explicaciones* se anticipen y soliciten durante la etapa de *evaluación*, lo más pronto posible, es decir, antes de que la entidad elabore el informe respectivo, de tal manera que las tenga en cuenta para producir ese acto administrativo».[[21]](#footnote-21)

**2.3. Análisis de las tesis planteadas en el concepto C-281 del 2022, en relación con la subsanabilidad, y de la Sentencia de Sección Tercera, Subsección C, del Consejo de Estado, proferida en el expediente 65134**

En cuanto la consulta formulada en este caso plantea que esta Agencia, en el concepto C-281 del 2022, admitió que es procedente subsanar las ofertas en relación con documentos a través de los cuales se acrediten, al mismo tiempo, requisitos habilitantes y factores de ponderación, siempre que el documento subsanado no sea tenido en cuenta para la asignación de puntaje, resultan pertinentes las siguientes consideraciones:

En el concepto C-281 del 2022, esta Agencia analizó, de forma extensa y detallada, el alcance, contenido y finalidad de la Ley 2069 del 2020, conocida como Ley de emprendimiento, así como los casos en los cuales sus disposiciones tienen aplicación directa y aquellos en los que se hizo necesaria su reglamentación, contenida en el Decreto 1860 del 2021. En dicho concepto, además, se precisaron los parámetros definidos en la referida Ley y en su reglamento, en relación con los criterios diferenciales en favor de las Mipyme y los emprendimientos de mujeres, como los referidos a los factores de desempate y su subsanabilidad. En cuanto tienen que ver con la posibilidad de subsanar ofertas, en el referido concepto se expuso lo siguiente:

Por último, en lo que tiene que ver con la posibilidad o no de corregir los errores documentales o *de aportar documentos faltantes para demostrar los factores de desempate*, conviene hacer algunas consideraciones, pues sobre este tema también se formulan algunas preguntas en la consulta. Como lo ha indicado esta Agencia en los documentos tipo[[22]](#footnote-22) , «Todos aquellos requisitos de la oferta que afecten la asignación de puntaje, incluyendo los necesarios para acreditar requisitos de desempate, no son subsanables, por lo que los mismos deben ser aportados por los proponentes desde la presentación de la oferta. *No obstante, pueden ser aclarados o ser objeto de explicación»* (énfasis fuera de texto). Esta interpretación guarda consonancia con el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, que indica que «[…], 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» (énfasis fuera de texto). De allí se desprende que los documentos que deba presentar el oferente para acreditar las circunstancias que otorgan puntaje no son subsanables. Esto ocurre, precisamente, con los documentos que han de aportarse para demostrar que el proponente se encuentra en los supuestos regulados en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, reglamentado por el artículo 2.2.1.2.4.2.17. del Decreto 1082 de 2015 –adicionado por el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021–, para ser beneficiario de los factores de desempate, pues estos inciden sobre la calificación. A partir de lo anterior, puede decirse que, si un documento sirve para acreditar un requisito habilitante y también para demostrar alguna de los supuestos que permiten la aplicación de los factores de desempate, debe permitirse su subsanación frente al requisito habilitante, más no frente a los factores de desempate. Así también lo ha interpretado esta Agencia en los documentos tipo. Por ejemplo, en lo que respecta a la acreditación del puntaje por servicios nacionales o con trato nacional, ha indicado: «El Proponente nacional podrá subsanar la falta de presentación de la cédula de ciudadanía o del certificado de existencia y representación legal para acreditar el requisito habilitante de capacidad jurídica. No obstante, no podrá subsanar esta circunstancia para la asignación del puntaje por Promoción de Servicios Nacionales o con Trato Nacional.

Como consta en el citado concepto, esta Agencia ha acogido los límites definidos en la Ley para el ejercicio del derecho a subsanar ofertas y para el cumplimiento del correlativo deber, a cargo de las entidades públicas. Es decir, ha conceptuado de manera acorde con el precepto según el cual todos los requisitos que no afecten la asignación de puntaje pueden ser subsanados, siempre que se refieran a hechos ocurridos con anterioridad al cierre del proceso. Así mismo, partiendo de la distinción consagrada en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, ente requisitos habilitantes y factores de ponderación, esta Agencia le ha asignado a cada uno de estos el alcance permitido por el legislador, en los eventos en que el contenido de un documento pueda usarse para acreditar requisitos habilitantes y factores de ponderación. Por ello, ha sido precisa en señalar que en tales circunstancias existe la posibilidad de subsanar los primeros, pero la información objeto de subsanación no puede ser tenida en cuenta para la asignación de puntaje.

Estas conclusiones guardan armonía con el principio de selección objetiva, del cual forma parte integral la subsanabilidad de las ofertas, con el alcance del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y con los planteamientos recogidos en los distintos conceptos emitidos por esta Agencia. En dichos pronunciamientos, luego de analizar la evolución cronológica y normativa de la figura, se ha reiterado que, conforme a la normativa vigente, todos los requisitos que no afecten la asignación de puntaje, excepto la presentación de la garantía de seriedad de la oferta, pueden ser subsanados, siempre que se refieran a hechos ocurridos con anterioridad cierre del proceso.

Ahora bien, como quiera que en el consulta presentada en este caso se pone de presente la existencia de una supuesta contradicción entre los planteamientos de esta Agencia y los contenidos en la sentencia del 28 de febrero del 2022, proferida por la Sección Tercera, Subsección C, del Consejo de Estado –en el expediente 65134–, esta Subdirección resalta que no existe tal discordancia como se pasa a explicar.

En efecto, en la sentencia citada, se dirimió un debate jurídico que existió entre Transespeciales El Samán S.A.S. –demandante– y el municipio de Pereira –demandado–, cuyas pretensiones fueron, entre otras, declarar la nulidad de la resolución de adjudicación de un proceso de selección adelantado por la el demandando en el cual el demandante tuvo la condición de oferente y el consecuente restablecimiento del derecho. El sustento fáctico de la pretensión referida fue que la entidad demandada solicitó al oferente Transportes Especiales del Otún S.A.S. subsanar un requisito habilitante que incidía en la comparación de las ofertas, de tal suerte que permitió que el oferente la mejorara, en lugar de proceder a su rechazo. La descripción del fundamento fáctico que se tuvo en cuenta para adoptar la decisión respectiva, se cita a continuación, con el fin de identificar el alcance y contexto de la decisión:

[…] el recurrente afirmó que dentro del proceso de licitación resultaba procedente que el comité evaluador solicitara al oferente Transportes Especiales del Otún S.A.S que subsanara su propuesta en el sentido de adicionar las tarjetas de operación, toda vez que dicho aspecto no incidió en la comparación de las ofertas, pues no se le asignó puntaje alguno.

[…]. Por tanto, de cara a los argumentos del recurso de alzada, la Sala analizará si el requisito habilitante correspondiente a las tarjetas de operación de los vehículos que cubrirían las rutas afectaba la asignación de puntaje no podía subsanarse y si, en consecuencia, la licitación pública debió adjudicársele a la empresa Trans Especiales el Samán S.A.S. y si esta tiene derecho a la utilidad dejada de percibir.

[…] De conformidad con lo consignado en el pliego, […] (numerales 2.1. y 2.1.1.), se determinó que el transporte especial escolar rural debería prestarse a 3169 estudiantes de la zona rural en las rutas especificadas. En lo que corresponde a la evaluación de las propuestas, en el numeral 4.3.10. del pliego se establecieron los documentos esenciales y los requisitos mínimos de participación, dentro de los cuales se incluyó la presentación de la fotocopia de la tarjeta de operación de los vehículos relacionados para cubrir las rutas. Por demás, expresamente se consignó que los requisitos habilitantes podían subsanarse siempre y cuando no fueran esenciales para la evaluación. A este efecto se plasmó lo siguiente:

4.3.10 CIERRE DEL PROCESO Y APERTURA DE PROPUESTAS […] ➢ REVISIÓN DE DOCUMENTOS ESENCIALES: […] El Comité Evaluador podrá solicitar a los proponentes las aclaraciones que considere convenientes, actuación que no contraviene a las demás disposiciones señaladas en este pliego de condiciones generales, de acuerdo al siguiente procedimiento:

[…]REVISIÓN DE DOCUMENTOS HABILITANTES […] el municipio de Pereira, requiere que los proponentes presenten al momento del cierre los documentos que sirvan para verificar la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización, los cuales serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el presente proceso de selección y no otorgarán puntaje, así:

[…]m) Fotocopia de la Tarjeta de Operación de cada uno de los vehículos relacionados para cubrir las rutas.

NOTAS: […] Nota 2: La propuesta que incumpla con alguno o algunos de estos documentos y que no se consideren esenciales para la evaluación, podrán ser solicitados por el MUNICIPIO DE PEREIRA, en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación”.

En lo que corresponde a la evaluación de las propuestas […] se dispuso que aquellas se evaluarían de la siguiente manera: “4.3.11 EVALUACIÓN DE LAS PROPUESTAS:

[…] REVISIÓN DE LOS REQUISITOS MÍNIMOS DE PARTICIPACIÓN: Se revisará a cada una de las propuestas todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones

• REVISIÓN DE LA PROPUESTA TÉCNICA Y ECONÓMICA: Se realizará la revisión de la propuesta técnica y económica, con el fin de verificar el cumplimiento de los requerimientos de la Entidad.

• APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE EVALUACIÓN: A las propuestas hábiles, es decir, aquellas que cumplan con los requisitos esenciales de participación se les aplicarán los criterios de evaluación previstos en el presente pliego de condiciones, para obtener el orden de elegibilidad correspondiente.

[…]En cuanto a la evaluación de las ofertas, en el numeral 4.5. del pliego se establecieron como criterios para proceder en tal sentido: la calidad, el precio y el incentivo a la industria nacional, a saber: “[…] 4.5.1.1 CALIDAD DEL SERVICIO: CINCUENTA PUNTOS Este ítem se calificará en razón a los siguientes factores: […]PROPONENTE QUE PRESENTE PORCENTAJE DE PARQUE AUTOMOTOR QUE PRESTE EL SERVICIO ASIGNADO A LAS RUTAS CON MODELOS DEL AÑO 2008 EN ADELANTE, ASÍ

[…]7.1.3. El 13 de diciembre de 2016, el comité evaluador dio a conocer el informe de evaluación en el que solicitó al oferente Transportes Especiales del Otún S.A.S. subsanar su propuesta, en el sentido de allegar tarjetas de operación adicionales a las presentadas al cierre del proceso, con el fin de cubrir la totalidad de los cupos requeridos -3169- de cara a la necesidad a contratar, pues, según indicó, con aquellas que fueron aportadas con la oferta tan solo reunía 2920 cupos, a propósito de lo cual recalcó que la subsanación del requisito se tendría en cuenta únicamente para la habilitación del oferente y no se tendrían en cuenta para la asignación de puntaje.

[…]El oferente Trans Especiales el Samán S.A.S. presentó observaciones al informe de evaluación, manifestando que la adición de las tarjetas de operación afectaba la comparación de las propuestas, razón por la cual dicho requisito no era subsanable.

[…]7.1.5. Sin fecha determinada, el municipio de Pereira respondió las observaciones presentadas por el oferente Trans Especiales el Samán S.A.S., precisando que las tarjetas de operación solamente se tendrían en cuenta para la habilitación del oferente Transportes Especiales del Otún S.A.S. y no para la asignación de puntaje, razón por la cual era procedente subsanar este requisito.

Con base en el contexto fáctico citado con anterioridad y luego de realizar un recuento sobre la evolución normativa de la figura de la subsanabilidad, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado resaltó que, conforme a la normativa vigente, los requisitos subsanables son todos aquellos que no afecten la asignación de puntaje y advirtió que, en cualquier caso, no se pueden subsanar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso. Hecha esta precisión y con fundamento en lo previsto en el pliego de condiciones, concluyó que:

[…] la Sala estima que en el asunto sometido a juicio no resultaba procedente que la entidad pública demandada solicitara al oferente Transportes Especiales del Otún S.A.S. que subsanara su propuesta adicionando las tarjetas de operación de los vehículos con los que cubriría las rutas previamente determinadas en el pliego de condiciones, puesto que dicho requisito, en los términos estrictamente establecidos en el pliego de condiciones, afectaba la asignación de puntaje, razón por la cual su propuesta debió rechazarse

[…]En suma, el pliego de condiciones, la propuesta y el contrato suscrito deben ser interpretados armónica e integralmente, con prevalencia obligatoria del pliego, que constituye la fuente principal de los derechos y obligaciones de las partes y la base para interpretación e integración del contrato, a propósito de lo cual en el asunto que ocupa la atención de la Sala resulta forzoso concluir que la entidad pública demandada no podía solicitar que fueran subsanados requisitos habilitantes que, según las reglas contenidas en el pliego, incidieran en la asignación de puntaje, como en efecto ocurrió con la adición de tarjetas de operación.

[…] De hecho, en el pliego de condiciones de la licitación pública quedó establecido que la propuesta que incumpliera con alguno de los requisitos habilitantes, como en efecto lo eran las fotocopias de las tarjetas de operación de los vehículos, podría ser subsanada, siempre y cuando dichos requisitos no fueran esenciales para la evaluación (nota 2, numeral 4.3.10 del pliego).

Ahora, la Sala no pasa por alto que en el caso concreto el comité de evaluación de la entidad demandada expresamente manifestó que el requisito a subsanar, es decir, la adición de las tarjetas de operación, únicamente lo tendría en cuenta como criterio para la habilitación del proponente y no para su evaluación. A este efecto, se considera que el comité evaluador del municipio de Pereira modificó las reglas del proceso de selección y creó en el curso del proceso contractual un nuevo criterio para calificar las propuestas, consistente en permitir que un requisito esencial para la evaluación del factor calidad fuese subsanado al entender que este era de aquellos meramente habilitantes como es el número mínimo de cupos garantizados para atender el servicio de transporte a contratar, cuando lo cierto es que de cara al pliego, se trata de aquellos requisitos que incidían en la calificación por cuanto el número de vehículos con que se debía completar el número de cupos mínimo para surtir el objeto contractual tenía incidencia directa en la calificación del factor de calidad, pues esta calificación estaba determinada por el número de vehículos de modelo posterior al año 2008 que porcentualmente participaran en el total de vehículos ofertados. Luego es claro que este factor es de aquellos que no podía ser subsanado, pues tenía incidencia en el puntaje y por ende al haberse permitido al oferente subsanarlo se vulneraron con ello las reglas contenidas en el pliego de condiciones.

De lo expuesto, se evidencia que la razón para haber declarado la nulidad del acto de adjudicación obedeció a que el comité evaluador cambió las reglas consagradas en el pliego de condiciones las cuales no permitian la subsanación de requisitos habilitantes, cuando los documentos respectivos también pudieran incidir en la asignación de puntaje. Aunado a lo anterior, en la misma sentencia se advierte que “al régimen de subsanabilidad de las ofertas, corresponderá al juez del contrato, en cada caso, determinar la normativa aplicable, con el fin de establecer el alcance y las condiciones en las que procede la subsanación de las ofertas”

Por las anteriores razones, no existe una contradicción entre los planteamientos de la sentencia y las consideraciones expresadas por esta Agencia, en otros pronunciamientos, en el concepto C-281 del 2022.

En cualquier caso, esta Subdirección considera pertinente resaltar que, con base en la normativa vigente, todos los requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje deberán ser solicitados por las entidades estatales para permitir la subsanación de las ofertas, pues ese es el tenor literal del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 del 2018. De esto se sigue que esa fue la voluntad expresa de legislador y que, ante la claridad de la expresión «todos aquellos», incluida en dicha norma, le está vedado al operador jurídico hacer distinciones para excluir la aplicación de la subsanabilidad en casos distintos a los que la ley prevé.

Además de lo anterior, resulta importante destacar que la línea interpretativa que ha mantenido el Consejo de Estado[[23]](#footnote-23) se dirige a comprender la figura de la subsanabilidad de las ofertas –con el alcance que se haya definido en las normas vigentes en un momento determinado–, como parte del principio de selección objetiva y como una manifestación de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, de obligada aplicación, en virtud de lo previsto en el artículo 228 de la Constitución Política y en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993. De modo que también esa Corporación ha entendido, de forma general, que debe permitirse subsanar en todos los casos en que la normativa vigente lo permita, por lo cual una interpretación en la que se restrinja su ejercicio en circunstancias distintas a las fijada en la ley sería contraria a tales postulados[[24]](#footnote-24).

Por todo lo anterior, la interpretación según la cual cuando el contenido de un documento pueda usarse para acreditar requisitos habilitantes y a la vez para acreditar factores de ponderación, se debe excluir la posibilidad de subsanar los primeros, no resulta ajustada a la reglas fijada en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 del 2018, pues, restringe el derecho de los proponente y con ello su posibilidad de pasar a la etapa de calificación, en la cual, se insiste, no podrían tenerse en cuenta los documentos subsanados, para la asignación de puntaje.

En conclusión, para esta Subdirección resulta claro que la interpretación que más respeta el espíritu del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificada por el artículo 5 de la Ley 1882 del 2018, es aquella en la que se entiende que es procedente subsanar las ofertas en relación con documentos a través de los cuales se acrediten al mismo tiempo requisitos habilitantes y factores de ponderación, siempre que el documento subsanado no sea tenido en cuenta para la asignación de puntaje.

**3. Respuesta**

¿un requisito que tiene doble connotación de habilitante y puntuable puede subsanarse?

Teniendo en cuenta que el texto del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, prevé expresamente que todos aquellos requisitos que no afecten la asignación de puntajes tienen la condición de subsanables, excepción hecha de la garantía de seriedad de la oferta, al operador jurídico le está vedado incluir excepciones adicionales. En esas condiciones, si un mismo documento sirve para acreditar requisitos habilitantes y para demostrar factores de ponderación, se debe entender que es posible la subsanación, únicamente, en relación con los primeros, es decir, que es procedente subsanar las ofertas en relación con documentos a través de los cuales se acrediten al mismo tiempo requisitos habilitantes y factores de ponderación, siempre que el documento subsanado no sea tenido en cuenta para la asignación de puntaje.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Álvaro Namén Vargas Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz Díez Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín LópezSubdirector de Gestión Contractual (E) |

1. Al respecto, conviene recordar el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, que establecía: «La selección de contratistas será objetiva.

» Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

»Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no será objeto de evaluación».

» El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

» En caso de comparación de propuestas nacionales y extranjeras, se incluirán los costos necesarios para la entrega del producto terminado en el lugar de su utilización». [↑](#footnote-ref-1)
2. DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Tercera edición, Bogotá: Legis, 2016. p. 355. [↑](#footnote-ref-2)
3. RODRÍGUEZ TAMAYO, Mauricio F. Evaluación y rechazo de ofertas en la Ley 80 de 1993. Primera edición. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2016. pp. 110-111. [↑](#footnote-ref-3)
4. EXPÓSITO VELEZ, Juan C., El deber de selección objetiva, en: Del contrato estatal a los sistemas de compras públicas, por COVILLA MARTINEZ Juan C. y LOZANO VILLEGAS Germán (Eds.). Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019. págs. 118-184. [↑](#footnote-ref-4)
5. *Ibídem.* [↑](#footnote-ref-5)
6. Decreto 1082 de 2015 «Artículo 2.2.1.1.2.2.2. Ofrecimiento más favorable. La Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta las normas aplicables a cada modalidad de selección del contratista.

  » En la licitación y la selección abreviada de menor cuantía, la Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta: (a) la ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas; o (b) la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio. Si la Entidad Estatal decide determinar la oferta de acuerdo con el literal (b) anterior debe señalar en los pliegos de condiciones:

  »1. Las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta.

  »2. Las condiciones técnicas adicionales que representan ventajas de calidad o de funcionamiento, tales como el uso de tecnología o materiales que generen mayor eficiencia, rendimiento o duración del bien, obra o servicio.

  »3. Las condiciones económicas adicionales que representen ventajas en términos de economía, eficiencia y eficacia, que puedan ser valoradas en dinero, como por ejemplo la forma de pago, descuentos por adjudicación de varios lotes, descuentos por variaciones en programas de entregas, mayor garantía del bien o servicio respecto de la mínima requerida, impacto económico sobre las condiciones existentes de la Entidad Estatal relacionadas con el objeto a contratar, mayor asunción de los Riesgos, servicios o bienes adicionales y que representen un mayor grado de satisfacción para la entidad, entre otras.

  »4. El valor en dinero que la Entidad Estatal asigna a cada ofrecimiento técnico o económico adicional, para permitir la ponderación de las ofertas presentadas.

  » La Entidad Estatal debe calcular la relación costo-beneficio de cada oferta restando del precio total ofrecido los valores monetarios asignados a cada una de las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas. La mejor relación costo-beneficio para la Entidad Estatal es la de la oferta que una vez aplicada la metodología anterior tenga el resultado más bajo.

  » La Entidad Estatal debe adjudicar al oferente que presentó la oferta con la mejor relación costo-beneficio y suscribir el contrato por el precio total ofrecido».  [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 25 de octubre de 2019. Exp. 39.945. Consejera Ponente: María Adriana Marín. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 5 de julio de 2018. Exp. 37.834. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-8)
9. 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». [↑](#footnote-ref-9)
10. Ley 80 de 1993, art. 30.8: «Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas». [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2014. C.P. Enrique Gil Botero, Rad. 1999-00113-01 (25.804). [↑](#footnote-ref-11)
12. 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-12)
13. Decreto 2474 de 2008 (DEROGADO): «art. 10. Reglas de subsanabilidad. En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2º, 3º y 4º del artículo 5º de la [Ley 1150 de 2007](http://www.lexbase.biz/lexbase/normas/leyes/2007/L1150de2007.htm) y en el presente decreto.

»Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones, sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior.

»Será rechazada la oferta del proponente que dentro del término previsto en el pliego o en la solicitud, no responda al requerimiento que le haga la entidad para subsanarla.

»Cuando se utilice el mecanismo de subasta esta posibilidad deberá ejercerse hasta el momento previo a su realización, de conformidad con el artículo 22 del presente decreto.

»En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, *ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso*». (Cursivas fuera de texto). [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 6 de noviembre de 2008. C.P. William Zambrano Cetina. Rad. 2008-00079-00(1927).

 [↑](#footnote-ref-14)
15. Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2011. C.P. Jaime Orlando Santofimio. Rad. 36.408. [↑](#footnote-ref-15)
16. Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2014. C.P. Enrique Gil Botero. Rad. 25.804. [↑](#footnote-ref-16)
17. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 20 de mayo de 2010. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. Rad. 2010-00034-00(1992). [↑](#footnote-ref-17)
18. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. Exp. 27.986. C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-18)
19. En todo caso, conforme al parágrafo 3 del artículo 30 del Estatuto General de Contratación de la Administración pública, es necesario tener en cuenta que para los procesos de licitación para los contratistas de obra pública la oferta debe entregarse en dos sobres. El sobre numero 2 contiene la propuesta económica, y la norma dispone «[…] se mantendrá cerrado hasta la audiencia efectiva de adjudicación, momento en el cual se podrán hacer observaciones al informe de evaluación, las cuales se decidirán en la misma. Durante esta audiencia se dará apertura al sobre, se evaluará la oferta económica a través del mecanismo escogido mediante el método aleatorio que se establezca en los pliegos de condiciones, corriendo traslado a los proponentes habilitados en la misma diligencia solo para la revisión del aspecto económico y se establecerá el orden de elegibilidad». [↑](#footnote-ref-19)
20. Ibídem*.* [↑](#footnote-ref-20)
21. Ibídem [↑](#footnote-ref-21)
22. Numeral 1.6. de los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte, versión 3, vigentes. [↑](#footnote-ref-22)
23. En ese sentido, además, de las sentencia citadas con anterioridad en el texto del presente concepto, pueden verse las siguientes sentencias, en las que se aprecia la comprensión sustancial de la figura de la subsanabilidad de las ofertas: Sentencia del 18 de octubre de 2000, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, expediente 12.663; Sentencia del 3 de diciembre de 2007, radicado 24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447, acumulados; Sentencia del 26 de febrero de 2014, proferida por la Sección Tercera Subsección C, en el expediente radicado 25.804; sentencia del 12 de junio del 2014, proferida por la Sección Tercera, Subsección C. en el expediente 2324, C.P Enrique Gil Botero; y sentencia del 10 de diciembre del 2018, proferida por la Sección Tercera, Subsección A. en el expediente 390664, C.P Carlos Alberto Zambrano. [↑](#footnote-ref-23)
24. Sobre esta conclusión resultan particularmente ilustrativas las consideraciones del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, contenidas en la Sentencia del 24 de octubre de 2016, expediente 21.324., en la cual se señaló que la finalidad de los procesos contractuales es “asegurar el derecho a participar en el acceso a los contratos del Estado”. [↑](#footnote-ref-24)