**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».

**INCENTIVO CONTRACTUAL - Puntaje adicional - Empresas de vigilancia y seguridad privada o cooperativas de vigilancia y seguridad privada – Condiciones para su acreditación**

El parágrafo primero del artículo 2.1.2.4.2.10 que fue adicionado en el Decreto 1082 de 2015 regula las condiciones que deben acreditar los proponentes para acceder al puntaje adicional en los procesos de licitación pública. Al respecto, existen dos (2) elementos que deben ser acreditados por el oferente y verificados por la entidad contratante para asignar el puntaje adicional. *Por un lado*, las condiciones subjetivas de las personas vinculadas a la empresa de vigilancia y seguridad privada –esto es, que se trate de mujeres, personas con discapacidad y/o mayores de 45 años– y, *por otro*, su inclusión en la planta de personal operativo de la empresa. Por ello, las condiciones para otorgar el puntaje son constatadas por la entidad contratante mediante los siguientes documentos aportados por el proponente con su oferta de manera física o digital:

i) Constancia de la relación total del personal operativo publicado en el módulo de Acreditación del Personal Operativo dispuesto en la página web oficial de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, con una fecha no superior a treinta (30) días calendario anteriores a la presentación de la oferta.

ii) Certificado con una fecha no superior a treinta (30) días calendario anteriores a la presentación de la oferta, suscrito por el representante legal de la empresa o cooperativa de vigilancia y seguridad privada, que debe señalar el número de mujeres, de personas mayores de cuarenta y cinco (45) años cumplidos máximo a la fecha de presentación de la oferta y de personas con discapacidad que conforman su personal operativo. Para tal efecto, debe relacionarse junto con la certificación, el nombre completo, el número de documento de identidad, género, fecha de nacimiento y condición de discapacidad del personal operativo.

iii) La certificación del representante legal debe estar acompañada de la copia de los respectivos documentos de identidad y, para acreditar la condición de discapacidad, del certificado de discapacidad de cada uno de los trabajadores, de conformidad con la Resolución No. 113 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social o aquellas normas que la complementen, desarrollen, modifiquen o sustituyan. De este modo, en el evento que sean personas en condiciones de discapacidad, se requiere que el proponente *anexe* los documentos de identidad, así como los certificados que acreditan la condición de discapacidad, según la referida Resolución.

De acuerdo con el parágrafo primero del artículo 2.1.2.4.2.10 del Decreto 1082 de 2015, el otorgamiento del incentivo requiere la concurrencia de los documentos descritos.

Bogotá, D.C., 24 de noviembre de 2022 

Señor

**Oliver Tellez**

Ciudad

**Concepto C – 791 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | SUBSANABILIDAD – Alcance – procedencia / ACLARACIÓN DE OFERTAS – Concepto – Alcance / SUBSANABILIDAD Y ACLARACIÓN DE OFERTAS – Diferencias / INCENTIVO CONTRACTUAL - Puntaje adicional - empresas de vigilancia y seguridad privada o cooperativas de vigilancia y seguridad privada – Condiciones para su acreditación  |
| **Radicado:** | Respuesta a consulta P20220919009410 |
|  |  |

Estimado señor Tellez:

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 19 de septiembre de 2022.

**1. Problema planteado**

En la consulta se hizo alusión a temas tratados en los Conceptos C-418 de 8 de julio de 2022 y C-424 del 5 de julio de 2022, que absolvieron consultas relacionadas con la aplicación del incentivo de puntaje adicional en procesos de licitación pública de entidades estatales para proponentes que acrediten la vinculación de mujeres, personas mayores o en condición de discapacidad en empresas y cooperativas de vigilancia y seguridad privada, reglamentado por el Decreto 1279 de 2021. A juicio del peticionario existe una eventual contradicción en lo dicho por esta Agencia frente a la aplicación de la regla de subsanabilidad en relación con los documentos exigidos por el artículo 2.2.1.2.4.2.10 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 2 del Decreto 1279 de 2021, para la acreditación de los requisitos que permiten otorgar los puntajes adicionales. Por lo anterior, solicitan*: «[…] unificar un solo pronunciamiento en relación al incentivo contractual establecido por la Ley 1920 de 2018, reglamentado por el Decreto 1279 de 2021.»*

Como contexto se trae a colación que en la consulta se señaló a *grosso modo* que en el Concepto C-424 de 2022[[1]](#footnote-2) esta Agencia concluyó que «*los proponentes deben presentar todos los documentos establecidos en el parágrafo primero del Decreto 1279 de 2021 para acceder al puntaje adicional»,* mientras que en el Concepto C-418 de 2022[[2]](#footnote-3), a juicio del peticionario *«responden que puede asignarse puntaje a propuestas que no presenten todos los documentos anexos exigidos (específicamente los documentos de identidad y/o los certificados de discapacidad)».*

**2. Consideraciones**

En primer lugar, es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes del sistema de compra pública. La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

 Es preciso advertir que los conceptos contienen la posición hermenéutica de la Subdirección de Gestión Contractual, en relación con determinado aspecto del ordenamiento jurídico. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. En otras palabras, los conceptos de esta Agencia tienen como objeto la interpretación de normas de carácter general, esto es, del ordenamiento jurídico en abstracto, no la resolución de controversias o la asesoría para casos concretos, de acuerdo con lo indicado respecto a las normas que otorgan competencia consultiva a esta Subdirección. Además, no son vinculantes o de obligatorio cumplimiento para el destinatario, sino que expresan la posición interpretativa del ente que elabora el concepto.

De otra parte, para resolver la inquietud planteada, se analizarán los siguientes temas: i) Alcance de la regla de subsanabilidad de la oferta y diferencia con la aclaración de ofertas, y ii) análisis de las tesis planteadas en los conceptos C-418 y 424 de 2022 sobre los criterios y condiciones para la acreditación de los incentivos en los términos del artículo 2.2.1.2.4.2.10 del Decreto 1279 de 2021:

**2.1. 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**

En el concepto CU — 060 de 16 de enero de 2020, se 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, C-250 del 2 de junio de 2021 C-568 del 11 de octubre de 2021, C-728 del 25 de enero de 2022, C-140 del 28 de marzo de 2022, C-285 del 20 de mayo de 2022, C-416 del 30 de junio de 2022, C-431 del 7 de julio de 2022, C-470 del 25 de julio de 2022, C-505 de 8 de agosto de 2022 y C-681 de 19 de octubre de 2022.

 La referida postura indica que, por regla general, la falta de entrega y los defectos, en la acreditación de los requisitos habilitantes son aspectos 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. En esta línea, 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 vigor de la Constitución Política de 1991, el régimen jurídico de la subsanabilidad de las ofertas estaba compuesto por el Decreto-ley 150 de 1976 y el Decreto-ley 222 de 1983. Bajo el imperio de estas normas, la posibilidad de subsanar errores era prácticamente inexistente, debido al excesivo formalismo procedimental que irradiaba la actuación administrativa. En este contexto, por ejemplo, no era extraordinario que una oferta fuera rechazada por no aportar una copia de esta.

En un *segundo momento* se expidió la Ley 80 de 1993, bajo el nuevo paradigma que supuso la Constitución de 1991, particularmente en la forma como se relaciona lo formal y lo sustancial en las actuaciones judiciales y administrativas. Este cambio quedó consignado en el artículo 228, que introdujo un principio de supremacía o prevalencia del derecho sustancial sobre lo procedimental. En este nuevo escenario constitucional, el 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 sufre un cambio fundamental, pues ya no era posible rechazar las ofertas por falta de requisitos o documentos que no fueran «*necesarios para la comparación de propuestas».* De esta manera, la ley introdujo un primer criterio jurídico, aunque indeterminado, que servía como punto de partida en la posibilidad de subsanar las ofertas, pues, verificada la ausencia de un requisito o documento, previo al rechazo de la oferta, la Administración debía constatar si este era o no necesario para la comparación de las propuestas y de ese análisis surgiría la decisión sobre su rechazo o la oportunidad de subsanar.

Esta norma debía leerse en conjunto con otras de la Ley 80 de 1993, particularmente con el artículo 30.7[[3]](#footnote-4), que ordena a la entidad señalar un plazo razonable para evaluar las propuestas y para pedir a los proponentes, de ser necesario, que aclaren o expliquen aspectos que ofrezcan dudas y resulten indispensables para llevar a cabo la evaluación; y con el artículo 30.8[[4]](#footnote-5), que consagró el término de 5 días hábiles para que los oferentes presenten observaciones al informe de evaluación de las propuestas, sin que sea posible completar, adicionar, modificar o mejorar su oferta.

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

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

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

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

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

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, además de consagrar un criterio más claro, y, de paso, reducir la discrecionalidad de la Administración, fijó un ámbito temporal para que las entidades requirieran 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[[5]](#footnote-6).*»*

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 puede ser subsanada.

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

«Artículo 5°. De la selección objetiva.

[... ]

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

Como puede observarse, la Ley 1882 de 2018: i) mantiene el criterio de la Ley 80 de 1993, relativo a que todo lo que no sea necesario para la comparación de propuestas no es título suficiente para su rechazo; ii) mantiene el criterio aclaratorio de la Ley 1150 de 2007, según el cual todo lo que no afecte la asignación de puntaje puede subsanarse; y, iii) introduce modificaciones en relación con algunos aspectos que se analizarán a continuación.

*El primero* es el ámbito temporal para ejercer la facultad de subsanar la oferta, pues la Ley 1882 de 2018 fijó una regla general y una excepción. La regla general es que el límite para que la entidad solicite y para que el proponente corrija lo que haga falta es hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección. La excepción es que el límite anterior no aplica para los procesos de mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta[[6]](#footnote-7); en el último los documentos o requisitos subsanables pueden y deben solicitarse hasta el momento previo a la celebración de la audiencia. En cuanto al proceso de mínima cuantía, el Decreto 1860 de 2021 que modifica el Decreto 1082 de 2015, en su artículo 2.2.1.2.1.5.2., numeral 5° dispone que sin perjuicio de la oportunidad que deben otorgar las Entidades para subsanar las ofertas, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, para lo cual se establecerá un término preclusivo para recibir los documentos subsanables. En el evento que no se regule este término los proponentes podrán subsanar sus ofertas hasta antes que finalice el traslado del informe de evaluación[[7]](#footnote-8).

Frente a la regla general aplicable a los demás procesos de selección, 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, darse dos interpretaciones que dan lugar a dos formas de proceder en los procesos de selección, en lo que a la subsanabilidad de las ofertas se refiere. Primera, que la posibilidad para subsanar de los oferentes es el término del traslado del informe de evaluación, ya que es en este documento donde la Administración consigna 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 la primera interpretación, el informe de evaluación se convierte en la oportunidad que adopta la Administración para decirles 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, el proceso de subsanación se podría realizar 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.

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. Lo anterior, se aclara, sin desconocer el límite que establece la norma para que los oferentes, sin perjuicio de que lo hagan antes, cuenten hasta el término de traslado del informe de evaluación con la posibilidad de presentar la información solicitada.

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, 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[[8]](#footnote-9).

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, ello 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»* implica 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 materialmente cumplidos al momento de presentación de la oferta, o en palabras de la ley, que se acrediten hechos que ocurrieron después del cierre del proceso[[9]](#footnote-10).

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, estando está en firme para dicho momento; ii) si un oferente presentó la propuesta sin allegar 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[[10]](#footnote-11); 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 existía antes del cierre del proceso[[11]](#footnote-12); 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 allegó 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 con ello 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 determinado 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 esto 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»[[12]](#footnote-13).*

Visto lo anterior, una vez verificada la ausencia de requisitos y/o documentos de la oferta, para efectos de saber si se pueden subsanar, la Administración se debe preguntar, en primer lugar, si lo que hace falta es un documento que afecte la asignación de 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 afecte la asignación de 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.

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».*

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.[[13]](#footnote-14)»

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[[14]](#footnote-15). 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 […]**»[[15]](#footnote-16).* 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».[[16]](#footnote-17)*

**2.2. Análisis de las tesis planteadas en los conceptos C-418 y 424 de 2022 sobre los criterios y condiciones para la acreditación de los incentivos en los términos del artículo 2.2.1.2.4.2.10 del Decreto 1279 de 2021**

En ambos conceptos se analizó lo siguiente sobre los criterios y condiciones para la acreditación de los incentivos dispuestos en el Decreto 1279 de 2021[[17]](#footnote-18):

*«*El Decreto 1279 de 2021, «Por el cual se reglamenta el artículo 6° de la Ley 1920 de 2018 y se adicionan unos artículos a la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional», establece la regulación de un puntaje adicional para los procesos de licitación pública para las empresas y las cooperativas de vigilancia y seguridad privada, que en su personal operativo tengan contratados con todas las exigencias y garantías legalmente establecidas a mujeres, personas con discapacidad y personas mayores de 45 años. En este sentido, el artículo 2.2.1.2.4.2.10 que fue adicionado en el Decreto 1082 de 2015 dispone que se otorga hasta el tres por ciento (3%) del total de los puntos establecidos en el pliego de condiciones, de acuerdo con los siguientes criterios:

i) Se otorga hasta un uno por ciento (1%) al proponente o los proponentes que acrediten tener dentro de su personal operativo mujeres vinculadas, de la siguiente forma: a) El cero punto cinco por ciento (0,5%) se le brinda al proponente o proponentes que acrediten el mayor porcentaje de mujeres vinculadas dentro de su personal operativo. A los demás proponentes se les otorgará un puntaje proporcional de acuerdo con la siguiente fórmula:



b) El cero punto cinco por ciento (0,5%) se le otorga al proponente o los proponentes que acrediten el mayor *número de mujeres vinculadas* dentro de su personal operativo. A los demás proponentes se les brinda un puntaje proporcional de acuerdo con la siguiente fórmula:



 Como se nota, el Decreto 1279 de 2021 determina dos supuestos de hecho que deben ser valorados por la entidad contratante para determinar a cuál o cuáles de los proponentes debe beneficiar con el otorgamiento de los puntajes adicionales. Así, por una parte, determinará cuál o cuáles de las empresas proponentes cuenta con el mayor porcentaje de mujeres vinculadas a su personal operativo. En este caso, lo que se analiza es la proporción porcentual entre el total de trabajadores operativos y la cantidad de mujeres, lo cual permita deducir un determinado porcentaje que luego será comparado con el porcentaje de cada uno de los demás proponentes. De esta manera, el beneficio del otorgamiento del puntaje máximo adicional será otorgado a la empresa que cuente con el mayor porcentaje. Pero no solo accede a dicho beneficio la empresa que cuente con el mayor porcentaje de mujeres vinculadas al personal operativo, sino que, además, les será otorgado al proponente que cuente con el mayor número de mujeres vinculadas al personal operativo.

Nótese como los criterios para asignar el puntaje adicional son distintos en uno y otro caso, ya que mientras en el primero, lo determinante a efectos de otorgar el beneficio será el porcentaje, en el segundo evento no importa el valor porcentual o la proporción sino el total de mujeres vinculadas. De tal manera que el análisis que la entidad contratante debe realizar es doble, ya que por un lado deberá revisar el porcentaje que en cada empresa está conformado por mujeres en el personal operativo y, por otro, el número total de mujeres vinculadas a dicho personal.

En ese sentido, podría suceder que la misma empresa proponente cumpla con los dos requisitos y, por ende, acceda al 1% total de puntos adicionales, por cuanto, por un lado, cuenta con el mayor porcentaje de mujeres en su planta operativa y, además, la cantidad de mujeres vinculadas al personal operativo es mayor que las cantidades acreditadas por los demás proponentes. Pero también podría pasar que los beneficios por la proporción o porcentaje, por un lado, y por el número total de mujeres vinculadas, por el otro, sean otorgados a distintos proponentes, porque, por ejemplo, pese a que cierta empresa cuenta con mayor número total de mujeres vinculadas al personal operativo, la comparación con el número total de sus trabajadores arroje un porcentaje menor al que sea acreditado por una empresa con un número total de mujeres menor, pero con una proporción mayor. Lo anterior, sin perjuicio de que a los demás proponentes que no obtengan el máximo puntaje se les asignen los puntos respectivos, de acuerdo con las fórmulas establecidas en el artículo 2.2.1.2.4.2.10. del Decreto 1082 de 2015.

ii) Se otorga hasta un uno por ciento (1%) al proponente o proponentes que acrediten tener dentro de su personal operativo personas con discapacidad vinculadas, de la siguiente manera: a) El cero punto cinco por ciento (0,5%) se le brinda al proponente o proponentes que acrediten el mayor porcentaje de personas con discapacidad vinculadas dentro de su personal operativo. A los demás proponentes se les otorga un puntaje proporcional de acuerdo con la siguiente fórmula:



B) El cero punto cinco por ciento (0,5%) se brinda al proponente o proponentes que acrediten mayor número de personas con discapacidad vinculadas dentro de su personal operativo. A los demás proponentes se les otorga un puntaje proporcional de acuerdo con la siguiente fórmula:



iii) Se otorga hasta un uno por ciento (1%) al proponente o los proponentes que acrediten tener dentro de su personal operativo personas que al momento de presentar oferta sean mayores de 45 años vinculadas, de la siguiente manera: a) El cero punto cinco por ciento (0,5%) se le brinda al proponente o los proponentes que acrediten el mayor porcentaje de personas mayores de 45 años vinculadas dentro de su personal operativo. A los demás proponentes se les otorga un puntaje proporcional de acuerdo con la siguiente fórmula:



B) El cero punto cinco por ciento (0,5%) se otorga al proponente o proponentes que acrediten mayor número de personas mayores de 45 años vinculadas dentro de su personal operativo. A los demás proponentes se les brinda un puntaje proporcional de acuerdo con la siguiente fórmula:



Ahora bien, el parágrafo segundo del artículo 2.2.1.2.4.2.10. regula específicamente lo relacionado frente a ofertas presentadas por un consorcio o unión temporal, estableciendo que se tendrá en cuenta la sumatoria ponderada del personal operativo del proponente plural para cada uno de los criterios, de acuerdo con el porcentaje de participación de sus integrantes.

 De otro lado, el parágrafo primero del artículo 2.2.1.2.4.2.10 que fue adicionado en el Decreto 1082 de 2015 regula las condiciones para acreditar el puntaje adicional para estos procesos de licitación pública. Al respecto, existen dos (2) elementos que deben ser acreditados por el oferente y verificados por la entidad contratante para asignar el puntaje adicional. Por un lado, las condiciones subjetivas de las personas vinculadas a la empresa de vigilancia y seguridad privada –esto es, que se trate de mujeres, personas con discapacidad y/o mayores de 45 años– y, por otro, su inclusión en la planta de personal operativo de la empresa. Por ello, las condiciones para otorgar el puntaje son constatadas por la entidad contratante mediante los siguientes documentos aportados por el proponente con su oferta de manera física o digital:

i) Constancia de la relación total del personal operativo publicado en el módulo de Acreditación del Personal Operativo dispuesto en la página web oficial de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, con una fecha no superior a treinta (30) días calendario anteriores a la presentación de la oferta[[18]](#footnote-19).

ii) Certificado con una fecha no superior a treinta (30) días calendario anteriores a la presentación de la oferta, suscrito por el representante legal de la empresa o cooperativa de vigilancia y seguridad privada, que debe señalar el número de mujeres, de personas mayores de cuarenta y cinco (45) años cumplidos máximo a la fecha de presentación de la oferta y de personas con discapacidad que conforman su personal operativo. Para tal efecto, debe relacionarse junto con la certificación, el nombre completo, el número de documento de identidad, género, fecha de nacimiento y condición de discapacidad del personal operativo.

iii) La certificación del representante legal debe estar acompañada de la copia de los respectivos documentos de identidad y, para acreditar la condición de discapacidad, del certificado de discapacidad de cada uno de los trabajadores, de conformidad con la Resolución No. 113 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social o aquellas normas que la complementen, desarrollen, modifiquen o sustituyan. De este modo, en el evento que sean personas en condición de discapacidad, se requiere que el proponente anexe los documentos de identidad, así como los certificados que acreditan la condición de discapacidad, según la Resolución No. 113 del Ministerio de Salud y Protección Social.

De acuerdo con el parágrafo primero del artículo 2.1.2.4.2.10 del Decreto 1082 de 2015, el otorgamiento del incentivo requiere la concurrencia de los documentos descritos. Es decir, conforme al tenor literal de la norma, no podrá asignarse puntaje en relación con personas respecto de las cuales no se pruebe el cumplimiento de todos los requisitos exigidos la disposición. De esta manera, el representante legal de la empresa o cooperativa de vigilancia y seguridad privada indicará el número de mujeres, de personas mayores de cuarenta y cinco (45) años cumplidos máximo a la fecha de presentación de la oferta y de personas con discapacidad que conform1an su personal operativo. Junto con la certificación, también relacionará el nombre completo, el número de documento de identidad, género, fecha de nacimiento y condición de discapacidad del personal operativo.

Ahora bien, respecto a los documentos anexos, si no están los soportes que acreditan la calidad de algunas de las personas relacionadas en la certificación, la asignación del puntaje se realizará únicamente con aquellos que cumplan las condiciones explicadas anteriormente. Por ejemplo, si el proponente certifica que tiene diez (10) personas en condición de discapacidad, pero solo aporta la cédula y el certificado de discapacidad de seis (6) de ellas, la asignación del puntaje se realizará excluyendo el número de personas cuya calidad no se acreditó a través de los anexos correspondientes. Lo anterior considerando que la norma analizada no dispone expresamente que el derecho a obtener puntaje adicional por la vinculación de estos grupos poblacionales se pierda totalmente cuando los documentos referidos a una o varias de las personas, cuya vinculación quiere demostrarse, no se anexen a la certificación del representante legal.

Conforme al parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, los requisitos de la oferta que afecten la asignación de puntaje son insubsanables, por lo que la documentación faltante no podría entregarse posteriormente[[19]](#footnote-20). Por ello, teniendo en cuenta que los incentivos contractuales a los que se ha hecho referencia se expresan en puntos en el procedimiento de selección, la ausencia de los documentos que los soportan es insubsanable. No obstante, es necesario distinguir entre la ausencia del anexo correspondiente y los defectos del documento que, en función de las particularidades de cada caso concreto, impidan comprender el alcance de su contenido. Así las cosas, es necesario distinguir entre el régimen de subsanación y aclaración de las ofertas.

[…]

En este contexto, procederá la asignación de puntaje respecto al personal cuya calidad se acredite efectivamente en la oferta o como resultado de la aclaración que la entidad estime satisfactoria en cada caso particular. Por el contrario, cuando alguno de los anexos ofrezca dudas sobre la acreditación de la calidad exigida y la entidad no considere válida la aclaración ofrecida sobre la documentación aportada, dicho personal tampoco podrá tenerse en cuenta para el incentivo. En este caso, la norma analizada no dispone expresamente que el derecho a obtener el puntaje adicional por la vinculación de estos grupos poblacionales se pierda totalmente cuando los documentos referidos a una o varias de las personas, cuya vinculación quiere demostrarse, se anexen a la certificación del representante legal con defectos que impidan comprender el alcance de su contenido.»

Como puede observarse, tanto las consideraciones del Concepto C-418 de 2022 como las consideraciones del Concepto C-424 de 2022 coinciden, textualmente, en el análisis realizado respecto de la aplicación del parágrafo primero del artículo 2.1.2.4.2.10 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 2 del Decreto 1279 de 2021, respecto de los criterios y condiciones para acreditar los supuestos de hecho que permiten acceder al incentivo previsto en la Ley 1920 de 2018 que permite a las entidades contratantes otorgar puntajes adicionales en procesos de licitación pública en los que participen empresas y cooperativas de vigilancia y seguridad privada, que en su personal operativo tengan contratados, con todas las exigencias y garantías legalmente establecidas, a mujeres, personas con discapacidad y personas mayores de 45 años.

Igualmente, en ambos pronunciamientos se concluyó que «*sobre la base del criterio hermenéutico de acuerdo con el cual «el sentido en que una norma produce algún efecto se prefiere sobre aquel en que no produzca efecto alguno»,* el Decreto reglamentario exige una simetría entre el número de personas certificadas y la relación del personal operativo, por un lado, y los anexos que acreditan las condiciones dispuestas en la norma, por otro.

De acuerdo con el parágrafo primero del artículo 2.1.2.4.2.10 del Decreto 1082 de 2015, el otorgamiento del incentivo requiere la concurrencia de los documentos descritos, por lo que ambos conceptos son coincidentes en afirmar que no podrá asignarse puntaje en relación con personas respecto de las cuales no se pruebe el cumplimiento de todos los requisitos exigidos en el referido parágrafo, es decir, que solo es posible validar los anexos en la cantidad y respecto de las personas que se relacionaron en la certificación del representante legal, para efectos de que haya coincidencia entre este último documento y los documentos anexos que le sirven de complemento, tal y como lo dispone el menado parágrafo.

Por lo anterior, esta Subdirección no encuentra justificada la alegada contraposición deducida por el peticionario de la consulta, en vista de que las tesis expuestas en los referidos conceptos sobre el mismo tema son totalmente coincidentes

**3. Respuesta**

«*[...] Pero para que al menos haya unidad de criterio en relación con sus pronunciamientos de manera respetuosa se solicita unificar un solo pronunciamiento en relación al incentivo contractual establecido por la Ley 1920 de 2018, reglamentado por el Decreto 1279 de 2021.»*

Una vez revisado el contenido de los conceptos referidos en la consulta, se concluye que tanto las consideraciones del Concepto C-418 de 2022 como del Concepto C-424 de 2022 coinciden, textualmente, en el análisis realizado respecto de la aplicación del parágrafo primero del artículo 2.1.2.4.2.10 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 2 del Decreto 1279 de 2021, respecto de los criterios y condiciones para acreditar los supuestos de hecho que permiten acceder al incentivo previsto en la Ley 1920 de 2018 que permite a las entidades contratantes otorgar puntajes adicionales en procesos de licitación pública en los que participen empresas y cooperativas de vigilancia y seguridad privada, que en su personal operativo tengan contratados, con todas las exigencias y garantías legalmente establecidas, a mujeres, personas con discapacidad y personas mayores de 45 años.

Igualmente, en ambos pronunciamientos se concluyó sobre la base del criterio hermenéutico de acuerdo con el cual «el sentido en que una norma produce algún efecto se prefiere sobre aquel en que no produzca efecto alguno, por lo tanto, si el Decreto reglamentario exige una simetría entre el número de personas certificadas y la relación del personal operativo, por un lado, y los anexos que acreditan las condiciones dispuestas en la norma, por otro, estos se deben acreditar al momento de la presentación de la oferta.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el parágrafo primero del artículo 2.1.2.4.2.10 del Decreto 1082 de 2015, indicó que el otorgamiento del incentivo requiere la concurrencia de los documentos descritos, por lo que ambos conceptos son coincidentes en afirmar que no podrá asignarse puntaje en relación con personas respecto de las cuales no se pruebe el cumplimiento de todos los requisitos exigidos en el referido parágrafo, es decir, que solo es posible validar los anexos en la cantidad y respecto de las personas que se relacionaron en la certificación del representante legal, para efectos de que haya coincidencia entre este último documento y los documentos anexos que le sirven de complemento, tal y como lo dispone el menado parágrafo.

Por lo anterior, esta Subdirección no encuentra justificada la alegada contraposición deducida por el peticionario de la consulta, en vista de que las tesis expuestas en los referidos conceptos sobre el mismo tema son totalmente coincidentes.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Felipe Bastidas ParedesContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Any Alejandra Tovar Castillo Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual Martha Alicia Romero Vargas Gestor T1-15 Subdirección de Gestión Contractual.  |
| Aprobó: | Nohelia del Carmen Zawady PalacioSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Que absolvió la consulta rad. P20220518004945 de 18/05/2022 presentada por el mismo peticionario, señor Oliver Téllez. [↑](#footnote-ref-2)
2. Que absolvió la consulta rad. P20220516004831 de 31/03/2022 presentada por un tercero. [↑](#footnote-ref-3)
3. 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-4)
4. 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-5)
5. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2014. Expediente: 25.804. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-6)
6. 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-7)
7. «2.2.1.2.1.5.25. Procedimiento para la contratación de mínima cuantía. Las siguientes reglas son aplicables a la contratación cuyo valor no excede del diez por ciento (10%) de la menor cuantía de la Entidad Estatal, independientemente de su objeto:

[…]

»5. La Entidad Estatal debe revisar las ofertas económicas y verificar que la de menor precio cumple con las condiciones de la invitación. Si esta no cumple, la Entidad Estatal debe verificar el cumplimento de los requisitos de la invitación de la oferta con el segundo mejor precio, y así sucesivamente. Lo anterior sin perjuicio de la oportunidad que deberán otorgar las Entidades Estatales para subsanar las ofertas, en los términos del artículo [5](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=25678#5)de la Ley 1150 de 2007, para lo cual establecerán un término preclusivo en la invitación para recibir los documentos subsanables, frente a cada uno de los requerimientos. En caso de que no se establezca este término, los proponentes podrán subsanar sus ofertas hasta antes de que finalice el traslado del informe de evaluación». [↑](#footnote-ref-8)
8. «Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la última norma en cita -Decreto 2474 de 2008, aparte subrayado-, establece un límite a la subsanabilidad, puesto que en cualquier caso debe referirse o recaer sobre circunstancias ocurridas antes del cierre del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar ofertas.

» 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» (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 6 de noviembre de 2008. Expediente: 1927. Consejero Ponente: William Zambrano Cetina). [↑](#footnote-ref-9)
9. En armonía con lo anterior, actualmente la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente señala lo siguiente: «De otro lado, cabe destacar que, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, durante el término otorgado para subsanar, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas luego del cierre del proceso. De esta manera, es subsanable la prueba de todas las circunstancias ocurridas antes del vencimiento del término para presentar las ofertas, por lo que no se podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad a dicho momento.

» Lo anterior quiere decir que no es la prueba lo que debe ser anterior al cierre del proceso, sino el hecho que esta acredita. En ese sentido, ante la solicitud de la Administración de subsanar un requisito, el documento podría estar fechado con posterioridad al vencimiento del término para recibir propuestas, con la condición de que el hecho que acredite haya ocurrido antes, esto es, que no sea una circunstancia ocurrida con posterioridad al cierre del proceso. Un mejor entendimiento del significado de la expresión «circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso» implica 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 que permite cumplir determinada exigencia del pliego de condiciones –o documento equivalente– y otra su prueba. Lo que prohíbe la norma es que se subsanen requisitos que no estaban materialmente cumplidos al momento del cierre del proceso». Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/content/circular-unica-externa>. [↑](#footnote-ref-10)
10. 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-11)
11. 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-12)
12. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de mayo de 2010. Expediente: 1992. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-13)
13. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. Exp. 27.986. C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-14)
14. 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-15)
15. Ibídem*.* [↑](#footnote-ref-16)
16. Ibídem [↑](#footnote-ref-17)
17. Numeral 2.3. de los considerandos de ambos conceptos que coinciden textualmente. [↑](#footnote-ref-18)
18. Este documento debe comprenderse en concordancia con el parágrafo 1 del artículo 87 de la Ley 356 de 1994, modificado por el artículo 103 del Decreto 019 de 2012, en el sentido que las empresas de seguridad y vigilancia privada «[…] estarán en la obligación de hacer el registro de todo su personal, para lo cual se utilizarán las herramientas tecnológicas que permitan la verificación de dicha información en cualquier tiempo que incluya el registro fotográfico y reseña dactiloscópica, el cual estará a disposición de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada. Con el objeto de hacer dicha verificación, con base en la información suministrada por parte de las empresas, la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada mantendrá un registro actualizado del personal operativo de los servicios de vigilancia y seguridad privada». [↑](#footnote-ref-19)
19. En lo pertinente, la norma citada dispone que «La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos 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» (Énfasis fuera de texto). [↑](#footnote-ref-20)