**CCE-DES-FM-17**

**REQUISITOS HABILITANTES – Criterios - Obligatoriedad**

Los *requisitos habilitantes* se definen como exigencias de participación en los procedimientos de selección, establecidas en disposiciones normativas, de carácter legal o reglamentario, o contenidas en el acto administrativo que regula las reglas de la convocatoria, es decir, en el pliego de condiciones o el documento equivalente a este. Se diferencian de los *criterios de evaluación* –también conocidos como *criterios de calificación*– en que estos son los factores definidos por la entidad estatal para la asignación de puntaje en el momento de la comparación de las ofertas, y que, a partir de su ponderación, permiten establecer el orden de elegibilidad y, por ende, la propuesta ganadora. A partir de lo dicho se deduce entonces que los requisitos habilitantes, si bien constituyen obligaciones que los proponentes deben cumplir y acreditar para participar en el procedimiento de selección, no se valoran con un puntaje que determine el orden de escogencia, sino que se analizan como criterios previos a la evaluación en sentido estricto, de manera que quienes no los reúnan no pueden continuar en el procedimiento de selección, o sea, incurren en causal de rechazo. Esto sin perjuicio del derecho que tienen los oferentes de subsanar los defectos que se presenten en la prueba de tales requisitos, de conformidad con el artículo 5, parágrafos 1º al 4º, de la Ley 1150 de 2007.El mencionado artículo dispone que se considera «objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva». En ese contexto, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus documentos equivalentes deberán tener en cuenta, entre otras cuestiones, los criterios establecidos en dicha disposición.

**REQUISITOS HABILITANTES – Autonomía de la voluntad**

Es necesario indagar si los requisitos habilitantes establecidos en el artículo 5, numeral 1, de la Ley 1150 de 2007, tienen la característica de taxativos, esto es, si son los únicos requisitos habilitantes que puede exigirles una entidad a los proponentes. Esta pregunta tiene, al menos, dos respuestas posibles. Por un lado, que sí lo son, pues la norma no hace referencia a otros diferentes. Por el otro, que no lo son, pues esta no contiene una expresión como «únicamente» o «solo», al referirse a los requisitos habilitantes y, además, debido a que la lectura integral de las normas que regulan la contratación estatal permite concluir que existen otras condiciones que deben cumplirse para la contratación con una entidad pública, como pasa, por ejemplo, con la capacidad residual a la que se refiere el artículo 6º, parágrafo 1, de la Ley 1150 de 2007. Esta segunda respuesta contiene la interpretación jurídica que comparte la Agencia Nacional de Contratación Pública. Existen otros argumentos que sustentan dicha elección interpretativa. Como lo han considerado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en virtud del «principio del efecto útil», el texto de una norma debe ser interpretado de manera que todo cuanto ella prescribe produzca consecuencias jurídicas. En ese contexto, surge la inquietud en relación con los efectos del parágrafo 2 del mismo artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, pues si la intención del legislador era que solo fueran requisitos habilitantes los cuatro que contiene el numeral 1 de dicha disposición, ¿cómo se explica que el referido parágrafo aclare que «las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos»? Si se interpreta que solo son cuatro los requisitos habilitantes, el parágrafo 2 carecería de efectos jurídicos y, por ende, no tendría ninguna consecuencia normativa que en el mismo artículo se aclare que una exigencia no puede ser considera como requisito habilitante.

**EXPERIENCIA** **– Concepto**

Dentro de los requisitos habilitantes establecidos por el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 se destaca la experiencia. En el «Manual para determinar y verificar requisitos habilitantes en los procesos de contratación» expedido por Colombia Compra Eficiente se define a la experiencia como «[…] el conocimiento del proponente derivado de su participación previa en actividades iguales o similares a las previstas en el objeto del contrato».

Precisamente, de la experiencia se deriva el conocimiento del proponente, el cual en el marco de la contratación pública se reviste de particular importancia, en la medida en que garantiza en cierto grado que no habrá improvisación ni mayores costos por errores o dificultades originadas en realizar una actividad por primera vez. […]

**REGLAS DE SUBSANABILIDAD – Subsanabilidad de las ofertas en los procesos de selección**

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. 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.

**REGLAS DE SUBSANABILIDAD – Requisitos subsanables de la oferta**

[…]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.

**REGLAS DE SUBSANABILIDAD - Solicitud de aclaraciones indispensables de la oferta**

[…] 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). 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.

Texto

Descripción generada automáticamente

Bogotá, D.C., 04 de noviembre de 2022

Señora

**Alejandra** **Londoño Parra**

Palmira, Valle del Cauca

**Concepto C ‒ 737 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | REGLAS DE SUBSANABILIDAD – Subsanabilidad de las ofertas en los procesos de selección / REGLAS DE SUBSANABILIDAD – requisitos subsanables de la oferta / REGLAS DE SUBSANABILIDAD - Solicitud de aclaraciones indispensables de la oferta REQUISITOS HABILITANTES – Criterios – Obligatoriedad / REQUISITOS HABILITANTES – Autonomía de la voluntad |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta P20220922009530 |

Estimada señora Londoño Parra:

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 su consulta del 22 de septiembre de 2022.

1. **Problema planteado**

En relación con la subsanabilidad de los procesos de selección, usted realiza la siguiente consulta:

«[...] ¿puede un proponente subsanar la experiencia general habilitante o la experiencia del personal mínimo requerido habilitante, teniendo en cuenta que no otorgan puntaje, con nuevas certificaciones, siempre que con ellas no se pruebe experiencia que no se tenía antes del cierre(sic)?»

1. **Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. 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 la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

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[[1]](#footnote-2). 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 atención a lo anterior, la Subdirección de Gestión Contractual, dentro de los límites de sus atribuciones, resolverá la consulta conforme a las normas generales que rigen en materia de contratación estatal. Con este objeto se analizarán el siguiente tema: i) la selección objetiva y los requisitos habilitantes: criterios obligatorios para participar en los procedimientos de selección contractual; ii) experiencia en los procedimientos de selección de contratistas; iii) subsanabilidad de las ofertas en los procesos de selección; iv) solicitud de aclaraciones que se estimen indispensables de la oferta.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en los conceptos del 15 de noviembre, del 28 de noviembre, 16 de diciembre de 2019 –radicados No. 2201913000008520, 4201912000007329 y 2201913000009295–, así como en los conceptos C-120 del 3 de marzo de 2020, C-204 del 31 de marzo de 2020, C-099 del 6 de abril de 2020, C-195 del 13 de abril de 2020, C-013 del 17 de abril de 2020, C-330 del 27 de mayo de 2020, C-396 de 2020, C-669 del 3 de diciembre de 2021, C-573 del 13 de septiembre de 2022 analizó la naturaleza de los requisitos habilitantes y su carácter *enunciativo*. Así mismo, esta entidad se ha pronunciado sobre el fundamento normativo de las reglas de subsanabilidad en la contratación estatal, entre otros[[2]](#footnote-3), en los siguientes conceptos: C-140 del 28 de marzo de 2022, C-416del 30 de junio de 2022, C-431 del 7 de julio de 2022, C-434 del 8 de julio de 2022, C-470 del 25 de julio de 2022, C-505 del 22 de junio de 2022, C-542 del 26 de agosto de 2022, C-565 del 9 de septiembre de 2022, C-681 del 19 de octubre de 2022 entre otros. Las tesis propuestas en tales conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente.

**2.1.** **La selección objetiva y los requisitos habilitantes: criterios obligatorios para participar en los procedimientos de selección contractual**

Los *requisitos habilitantes* se definen como exigencias de participación en los procedimientos de selección, establecidas en disposiciones normativas, de carácter legal o reglamentario, o contenidas en el acto administrativo que regula las reglas de la convocatoria, es decir, en el pliego de condiciones o el documento equivalente a este. Se diferencian de los *criterios de evaluación* –también conocidos como *criterios de calificación*– en que estos son los factores definidos por la entidad estatal para la asignación de puntaje en el momento de la comparación de las ofertas, y que, a partir de su ponderación, permiten establecer el orden de elegibilidad y, por ende, la propuesta ganadora.

A partir de lo dicho se deduce entonces que, los requisitos habilitantes, si bien constituyen obligaciones que los proponentes deben cumplir y acreditar para participar en el procedimiento de selección, no se valoran con un puntaje que determine el orden de escogencia, sino que se analizan como criterios previos a la evaluación en sentido estricto, de manera que quienes no los reúnan no pueden continuar en el procedimiento de selección, o sea, incurren en causal de rechazo. Esto sin perjuicio del derecho que tienen los oferentes de subsanar los defectos que se presenten en la prueba de tales requisitos, de conformidad con los parágrafos 1º al 4º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

El mencionado artículo 5 *ibidem* dispone que se considera «objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva». En ese contexto, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus documentos equivalentes deberán tener en cuenta, entre otras cuestiones, los criterios establecidos en dicha disposición.

Específicamente, el numeral 1º del artículo referido establece que en los procesos de selección de contratistas serán objeto de verificación, como requisitos habilitantes, *entre otros*, los siguientes: i) la capacidad jurídica; ii) la experiencia; iii) la capacidad financiera y iv) la capacidad de organización. En efecto, la normativa citada dispone:

Artículo 5. De la Selección Objetiva.

[…]

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

Una vez fijados los requisitos habilitantes por la entidad estatal, quienes presenten ofertas deben *acreditar* que cumplen con los mismos, pues, en el evento contrario, las propuestas deberán ser rechazadas.

De acuerdo con el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, el ente encargado de verificar el cumplimiento por parte de los proponentes sobre los requisitos que haya considerado la entidad como habilitantes será la Cámara de Comercio, esto en la medida en que, mediante el Registro Único de Proponentes –en adelante RUP–, se pondrá de presente toda la información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, capacidad financiera y organizacional, así como la clasificación del proponente[[3]](#footnote-4). De la misma manera, es pertinente mencionar que existen determinados procesos en donde se excepciona el uso del mencionado registro y de la clasificación del proponente, siendo estos los siguientes: contratación directa, contratos para la prestación de servicios de salud, contratos de mínima cuantía, entre otros puestos de presente por el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007[[4]](#footnote-5).

Ahora bien, en el «Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación»[[5]](#footnote-6) expedido por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se determinaron los parámetros para *establecer*, *acreditar* y *subsanar* los requisitos habilitantes estudiados en los párrafos precedentes. Allí se precisó que los requisitos habilitantes tienen como fin primordial medir «la aptitud del proponente para participar en un Proceso de Contratación como oferente y están referidos a su capacidad jurídica, financiera, organizacional y su experiencia». De acuerdo con el Manual, su propósito consiste en «establecer unas condiciones mínimas para los proponentes de tal manera que la Entidad Estatal sólo evalúe las ofertas de aquellos que están en condiciones de cumplir con el objeto del Proceso de Contratación». En otras palabras, al tratarse de condiciones mínimas, significa que las entidades podrían establecer otras, según su autonomía de la voluntad, y teniendo en cuenta el objeto del contrato, los riesgos detectados en los estudios previos, el presupuesto oficial, entre otros factores.

En consecuencia, corresponde a las entidades estatales, durante la etapa de planeación del contrato estatal, estudiar y determinar los requisitos habilitantes que establecerán en los pliegos de condiciones, los cuales deben fijarse de forma adecuada y proporcional. Esto último, según se deriva de la lectura del artículo 2.2.1.1.1.6.2 del Decreto 1082 de 2015, debe hacerse de acuerdo con la naturaleza, el valor del contrato, la forma de pago, los *riesgos* *asociados al contrato*, el plazo y la complejidad de ejecución del objeto**[[6]](#footnote-7)**. Todo porque la facultad de establecer los requisitos habilitantes no puede ejercerse de forma arbitraria, caprichosa y, mucho menos, con el ánimo de direccionar el proceso de contratación o favorecer a alguno de los proponentes, así como tampoco puede ejercerse desconociendo límites legales, como, por ejemplo, el que estable el parágrafo 2 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, relacionado con la prohibición de exigir certificaciones de sistemas de gestión de calidad como requisito habilitante.

Al respecto, en la Sentencia C-004 de 2017, la Corte Constitucional señaló que «[l]a determinación de dichas condiciones habilitantes para participar, es competencia de la entidad que planee la celebración del contrato, a través de la valoración en concreto de las características mínimas de idoneidad, experiencia, capacidad jurídica y financiera para que la realización del objeto contractual resulte eficiente y eficaz frente a la necesidad identificada».

El *principio de autonomía de la voluntad*, reconocido en los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993 para las entidades sometidas a esta y en el artículo 1602 del Código Civil, para las exceptuadas de aquella, actúa entonces como el fundamento normativo que otorga a las entidades estatales competencia para que puedan solicitar requisitos habilitantes adicionales o diferentes a los establecidos en el numeral 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. En realidad, lo que este numeral establece es una limitación a la discrecionalidad administrativa para la estipulación de los requisitos de participación, bajo la óptica de que, si se incluyen los que aquel prevé, por regla general, no otorgan puntaje; pero tal enunciado no ha de interpretarse en el sentido de que las entidades solo pueden exigir, única y exclusivamente, dichos requisitos habilitantes. Esto en la medida que, esa lectura negaría la autonomía reconocida en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública a los órganos del Estado para confeccionar el pliego de condiciones o los documentos equivalentes y, específicamente, para definir los requisitos que deben reunir los oferentes, según los factores advertidos durante los estudios previos, en armonía con los principios de legalidad y proporcionalidad.

Como conclusión de lo anterior, puede decirse que, aunque la Ley 1150 de 2007 estableció unos requisitos habilitantes para los proponentes: la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, la capacidad financiera y la capacidad de organización, lo cierto es que los mismos no son taxativos; que los requisitos habilitantes deben ser establecidos por la entidad en cada proceso contractual de acuerdo con los parámetros fijados en el Decreto 1082 de 2015; y que una vez establecidos los requisitos habilitantes, quienes presenten ofertas deben acreditar que cumplen con ellos, so pena de que sus propuestas sean rechazadas. Esto sin perjuicio de la posibilidad de subsanarlas, cuando a ello haya lugar, conforme las reglas que se explicaran más adelante.

**2.2.** **Experiencia en los procedimientos de selección de contratistas: Requisito habilitante**

Como se mencionó en el numeral anterior, la Ley 1150 de 2007, en el artículo 5, establece los requisitos habilitantes para participar en un procedimiento contractual, dentro de los cuales se destaca la experiencia. En el mencionado «Manual para determinar y verificar requisitos habilitantes en los procesos de contratación» se define a la experiencia como «[…] el conocimiento del proponente derivado de su participación previa en actividades iguales o similares a las previstas en el objeto del contrato».

Precisamente, de la experiencia se deriva el conocimiento del proponente, el cual en el marco de la contratación pública se reviste de particular importancia, en la medida en que garantiza en cierto grado que no habrá improvisación ni mayores costos por errores o dificultades originadas en realizar una actividad por primera vez. Adicionalmente, el Manual explica que la experiencia puede obtenerse directamente o por participar asociado con otra persona, como es el caso de los proponentes plurales, en cuyo evento la experiencia no deja de ser personal, sino que es proporcional a la participación como miembro de un consorcio o unión temporal, evento en el cual, por tratarse de esquemas asociativos, la experiencia es compartida.

Conforme se viene explicando, las entidades contratantes, como responsables de la estructuración de los procedimientos de selección, son autónomas para establecer los requisitos habilitantes cuya exigencia estiman necesaria para garantizar la aptitud de los participantes, entre estos, se encuentran el de experiencia. En este sentido, el artículo 2.2.1.1.1.6.2. del Decreto 1082 de 2015 resulta aplicable para establecer los requisitos de experiencia, que deben tener en cuenta aspectos como el estudio del sector y sus componentes, la identificación de riesgos, así como el mercado y precio del bien, obra o servicio a contratar, dentro de los límites que le impone el principio de proporcionalidad.

Por otra parte, la Agencia recomienda que la experiencia que se solicite sea adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato y su valor. La experiencia es adecuada cuando es afín al tipo de actividades previstas en el objeto del contrato a celebrar y es proporcional cuando tiene relación con el alcance, la cuantía y complejidad del contrato a celebrar. Así mismo, resulta importarte que la experiencia requerida sea proporcional y no igual al objeto que se va a contratar, ya que esto podría limitar la participación de los proponentes, por no haber ejecutado un objeto igual pero sí similar, que puede funcionar para las exigencias de la entidad, procurando que exista pluralidad de oferentes. De no ser así, se limitaría excesivamente la participación de los oferentes que han ejecutado contratos no iguales, pero sí similares, y que pueden aportar trayectoria para satisfacer las exigencias de la entidad.

En lo que a la noción de experiencia respecta, se puede partir de algunas fuentes normativas y doctrinarias que esbozan su definición, teniendo en cuenta incluso que en algunos procesos es posible incluir requisitos de experiencia como criterios de asignación de puntaje, concretamente, en los procesos para la selección de consultores. Al respecto, el numeral 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 –sobre el principio de selección objetiva[[7]](#footnote-8)– refiere, respecto a la experiencia, que «En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate». La anterior referencia normativa pone de presente la autonomía con la que cuentan las entidades estatales para prever o solicitar al proponente la acreditación de cierta experiencia específica, relacionada con el objeto a contratar, con un grado de concreción y técnica mayor, factor que podría diferenciar la experiencia específica de la general. La norma se refiere, en concreto, a los criterios de calificación de la experiencia en los procesos de selección de consultores.

De igual forma, el artículo 2.2.1.1.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015 se refiere a la experiencia como parte de los requisitos habilitantes contenidos en el RUP. Al respecto establece que «Las cámaras de comercio, con base en la información a la que hace referencia el artículo anterior, deben verificar y certificar los siguientes requisitos habilitantes: […] Experiencia – Los contratos celebrados por el interesado para cada uno de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, identificados con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel y su valor expresado en SMMLV».

La doctrina también ha aportado en la delimitación de la noción de experiencia:

A su vez, el artículo 2.2.1.1.1.5.3. del Decreto 1082 de 2015, que regula los requisitos habilitantes contenidos en el registro único de proponentes –RUP–, prescribe, en relación con la «experiencia», que se acreditará ante las cámaras de comercio aportando los contratos celebrados por el interesado para cada uno de los bienes y servicios que ofrece, identificados con el «Clasificador de Bienes y Servicios» e informando el valor en salarios mínimos. Lo anterior confirma que, por un lado, la «experiencia», a diferencia de la normativa anterior, es un factor que la entidad tiene en cuenta, pero que no otorgan puntaje; y, por otro, que *los fundamentos de este requisito residen en el área técnica y financiera, más que en el razonamiento jurídico*

[…] acudiendo al sentido natural de las palabras, el Diccionario de la Lengua Española la define, entre otras acepciones, así: «1. f. Hecho de haber sentido, conocido o presenciado alguien algo» y «2. f. Práctica prolongada que proporciona conocimiento o habilidad para hacer algo». En la materia, entonces, se trata de la capacidad práctica de ejecutar alguna actividad o de proveer un servicio, atendiendo el hecho de haberlo hecho en una circunstancia anterior. Esta posición, claramente, es tan solo un intento de construir la definición del concepto, ante una ausencia conceptual en la materia[[8]](#footnote-9). (Cursiva fuera del original).

De las normas y la doctrina citada, se puede precisar que la experiencia tiene una doble funcionalidad en la contratación estatal, por un lado, como «requisito habilitante» y, por otro lado, como «criterio de asignación de puntaje», en los procesos de selección de consultores. En todo caso, partiendo de un análisis funcional, se concluye que la noción de experiencia, tanto general como específica, atienden a un razonamiento eminentemente técnico, más que a uno jurídico, pese a las referencias realizadas a algunas normas que acuden al concepto de experiencia.

**2.3.** **Subsanabilidad de las ofertas en los procesos de selección**

Una vez explicada la noción de experiencia como requisito habilitante, en aras de dar respuesta a la consulta planteada, es necesario realizar el análisis de las reglas de subsanabilidad.

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.

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-10), 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-11), que consagró el término de cinco (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 (3) normas se debía 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, deberá 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 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-12).»

Esa interpretación fue compartida por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, pues en la Circular Externa Única[[12]](#footnote-13) 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 estas, 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 de la referida Ley 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, la norma citada: 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[[13]](#footnote-14); en el último los documentos o requisitos subsanables deben solicitarse hasta el momento previo a su realización. En cuanto al proceso de mínima cuantía, el Decreto 1860 de 2021, en su artículo 2.2.1.2.1.5.2., numeral 5° dispone que los proponentes podrán subsanar sus ofertas hasta antes que finalice el traslado del informe de evaluación[[14]](#footnote-15).

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, 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 más ajustada 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 las propuestas ya 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.

Así, 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. 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[[15]](#footnote-16), 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[[16]](#footnote-17).»

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 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[[17]](#footnote-18); 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[[18]](#footnote-19); 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 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»[[19]](#footnote-20).*

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.

De acuerdo con lo expuesto en torno a la subsanabilidad de las ofertas y teniendo en cuenta las reglas dispuestas en la Ley 1882 de 2018, se establece que 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 argumento suficiente para su rechazo; y se mantiene el criterio aclaratorio de la Ley 1150 de 2007, según el cual todo lo que no afecte la asignación de puntaje puede subsanarse. Por ello, si los requisitos no otorgan puntaje y tienen el carácter de habilitantes para la participación en el proceso de contratación, se entiende que, en principio, pueden subsanarse. De este modo, en el caso de la subasta y la mínima cuantía no debe perderse de vista que para este tipo de procedimientos también serán aplicables los criterios desarrollados en este concepto, para determinar si los documentos faltantes son susceptibles o no de subsanación, analizando si inciden o no en la asignación de puntaje y si se relacionan con el cumplimiento de un requisito que constituye una circunstancia ocurrida con anterioridad o con posterioridad al cierre del proceso.

**2.4.** **Solicitud de aclaraciones que se estimen indispensables 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 en el considerando anterior, 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).

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, o 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.

1. **Respuesta**

«[...] ¿puede un proponente subsanar la experiencia general habilitante o la experiencia del personal mínimo requerido habilitante, teniendo en cuenta que no otorgan puntaje, con nuevas certificaciones, siempre que con ellas no se pruebe experiencia que no se tenía antes del cierre(sic)?»

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que, tal y como se indicó al inicio del presente escrito, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente no tiene la competencia para resolver casos concretos, por lo cual este pronuniamiento se limitará a responder su consulta haciendo abstracción del caso particular para así plantear un análisis conforme a las normas generales en materia de contratación estatal.

Así las cosas, conforme lo expuesto, la subsanabilidad de los requisitos habilitantes dentro de un proceso de selección se encuentra permitido cuando se trate única y exclusivamente de requisitos que no afectan la asignación de puntaje o la comparación de ofertas, es decir, los requisitos habilitantes, para tal efecto, la Entidad Estatal deberá indicarlo en el informe de evaluación y advertir que la correspondiente oferta no será evaluada hasta que se subsane dichos requisitos.

Por una parte, el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 fijó un límite final para que la Administración solicite a los oferentes subsanar y que estos lo hagan hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección.

Por otro lado, es importante precisar que lo subsanable es la prueba de todas las circunstancias ocurridas antes del vencimiento del término para presentar las ofertas, por lo que está prohibido 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 para mejorarla. Así las cosas, 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.

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 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».

En ese orden de ideas, se da por respondida su solicitud, indicándole que el presente concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Edwin Johan Chocontá Quintero  Analista T2 – 02 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Diana Lucia Saavedra Castañeda  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Nohelia del Carmen Zawady Palacio  Subdirectora de Gestión Contratual ANCP – CCE |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-2)
2. La Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre el principio de selección objetiva y en específico el tema de la subsanabilidad de las ofertas en los conceptos con radicado No: 4201913000006471 del 28 de octubre de 2019, 4201912000006711 del 12 de noviembre de 2019 y 4201912000006496 del 15 de noviembre de 2019, las cuales se unificaron en el Concepto CU–060 del 24 de febrero de 2020, que se reitera en forma pacífica, entre otros, en los conceptos: C-121 del 3 de marzo de 2020, C-160 del 3 de abril de 2020,  C-013 del 17 de abril de 2020,  C-465 del 27 de julio de 2020,  C-557 del 21 de agosto de 2020, C-573 del 27 de agosto de 2020, C-595 del 21 de septiembre de 2020, C-634 de 21 de noviembre de 2020, C–779 del 18 de enero de 2021, C–802 del 1 de febrero de 2021, C–010 del 16 de febrero de 2021, C–217 del 14 de mayo de 2021, C–250 del 2 de junio de 2021 y C-282 del 22 de junio de 2021. Estos conceptos pueden ser consultados a través en el siguiente enlace: https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos [↑](#footnote-ref-3)
3. Artículo 6 Ley 1150 de 2007 “Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

   No se requerirá de este registro, ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes.

   En dicho registro constará la información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente y su clasificación”. [↑](#footnote-ref-4)
4. “No se requerirá de este registro, ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes”. [↑](#footnote-ref-5)
5. El «Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación» puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_manual_requisitos_habilitantes.pdf> [↑](#footnote-ref-6)
6. «Artículo 2.2.1.1.1.6.2. Determinación de los Requisitos Habilitantes. La Entidad Estatal debe establecer los requisitos habilitantes en los pliegos de condiciones o en la invitación, teniendo en cuenta: (a) el Riesgo del Proceso de Contratación; (b) el valor del contrato objeto del Proceso de Contratación; (c) el análisis del sector económico respectivo; y (d) el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial. La Entidad Estatal no debe limitarse a la aplicación mecánica de fórmulas financieras para verificar los requisitos habilitantes». [↑](#footnote-ref-7)
7. «Artículo 5o. De la Selección Objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:[…]» [↑](#footnote-ref-8)
8. PALACIO GÓMEZ, Aura Sofía. Requisitos habilitantes en el «pliego de condiciones»: a propósito de la «experiencia». Centro de Estudios de Derecho Administrativo – CEDA. Disponible en: <https://www.ceda.com.co/tema-requisitos-habilitantes>. [↑](#footnote-ref-9)
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-10)
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-11)
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-12)
12. El numeral 12.1. de la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente señala: «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 argumento suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos, de acuerdo con el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018.

    En consecuencia, por regla general, las Entidades Estatales deben solicitar a los proponentes subsanar los requisitos de la oferta que no afecten la asignación de puntaje, y estos pueden subsanar tales requisitos hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección». [↑](#footnote-ref-13)
13. 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-14)
14. «**2.2.1.2.1.5.2**5. **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-15)
15. 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-16)
16. 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-17)
17. 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-18)
18. 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-19)
19. 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-20)