**CCE-DES-FM-17**

**DOCUMENTOS TIPO – Interventoría de obra pública de infraestructura de transporte – fundamento normativo**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, con fundamento en el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, expidió la Resolución 256 del 11 de diciembre de 2020, «por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de selección de concursos de méritos, para contratar la interventoría de obras públicas de infraestructura de transporte». En tal sentido, este documento tipo es obligatorio para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que adelanten procesos de concursos de méritos para contratar la interventoría de cualquiera de los proyectos señalados en la «Matriz 1 – Experiencia».

[…]recientemente la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente expidió la Resolución 326 del 2022 «Por la cual se actualizan los documentos tipo para los procesos de contratación de concurso de méritos para contratar la interventoría de obras públicas de infraestructura de transporte y se deroga la Resolución 256 de 2020» con el fin de ajustar su contenido a lo dispuesto en el Decreto 1860 de 2021 y, además, ajustar otros numerales con el fin de dar mayor claridad en su aplicación. Al respecto, es importante precisar que el artículo 5 de la Resolución 326 del 2022 establece que esta resolución aplicará a los procesos de selección de concurso de méritos en los que se pretenda contratar la interventoría de obras públicas de infraestructura de transporte, cuyo aviso de convocatoria se publique desde el 1 de noviembre del 2022.

**DOCUMENTOS TIPO – Interventoría de obra pública de infraestructura de transporte – Experiencia mínima habilitante – numeral 3.8.1 Documento Base**

En el documento tipo de interventoría se estableció un requisito mínimo de experiencia habilitante, consistente en que el proponente debe acreditar que la sumatoria de los contratos aportados como experiencia es mayor o igual al cien por ciento (100%) respecto del valor total del presupuesto oficial expresado en SMMLV. […] los contratos aportados por el proponente para acreditar la experiencia se debe certificar un valor mínimo correspondiente a un porcentaje del presupuesto oficial del proceso de interventoría expresado en SMMLV, cuya verificación se hará con base en la sumatoria de los valores totales ejecutados de los contratos que cumplan con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones. El fundamento para exigir esta experiencia mínima radica en la inconveniencia de adjudicarle el contrato a un proponente que, por ejemplo, no cuenta con ninguna experiencia o no logra acreditar esta idoneidad mínima. En tal sentido, el cumplimiento de la exigencia indicada consistente en demostrar una experiencia mínima constituye un requisito para participar en el procedimiento de selección y solo en relación con quienes cumplan tal exigencia mínima se ponderarán sus ofertas en relación con la asignación de puntaje.

**DOCUMENTOS TIPO – Interventoría de obra pública de infraestructura de transporte – Asignación de puntaje por la experiencia del proponente**

El numeral 4° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 contiene una regulación especial del deber de selección objetiva aplicable a procesos de selección de consultores. Esta disposición indica que en estos procesos la escogencia se hará con base en factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta, permitiéndose valorar la experiencia específica del oferente y su equipo de trabajo, proscribiéndose además el precio como factor de evaluación.

El procedimiento de selección de concurso de méritos, aplicable para la escogencia de consultores, está reglamentado por el artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 399 de 2021. El numeral 1 dispone que «La Entidad Estatal en los pliegos de condiciones debe indicar la forma como calificará, entre otros, los siguientes criterios: a) la experiencia del interesado y del equipo de trabajo y b) la formación académica del equipo de trabajo» (énfasis fuera de texto). Conforme a esto, los factores ponderables en un proceso de selección de concurso de méritos –esto es, los que determinan la escogencia entre los proponentes habilitados–, son los indicados en la norma citada, sin perjuicio de que existan otros establecidos por la ley, de manera que de acuerdo con este marco jurídico en los pliegos de condiciones se definirán los criterios de asignación de puntaje.

De acuerdo con esta normativa, en los documentos tipo de concurso de méritos para la interventoría de obras públicas de infraestructura de transporte adoptados por esta Agencia, se consideran la experiencia del proponente y del equipo de trabajo como factores de evaluación. Esto se aprecia en el Capítulo IV del Documento Base.[…]

Al respecto, el numeral 4.1, en los literales A y B del documento tipo estudiado disponen lo siguiente […]Conforme indican estos literales, la valoración de la experiencia del proponente, de cara a la asignación del puntaje correspondiente por este factor de evaluación, debe hacerse de acuerdo con el promedio de los valores de los contratos válidos aportados para acreditar experiencia, expresados en SMMLV. Para determinar el puntaje que corresponde al proponente por este factor de evaluación, el referido valor promedio de los contratos aportados para acreditar la experiencia, conforme indican los literales C y D del numeral 4.1., debe ser objeto de ponderación de acuerdo con alguno de los métodos señalados en el Documento Base, cuya escogencia debe hacerse de manera aleatoria, a partir de la Tasa Representativa del Mercado–TRM–. Además, se precisa que en el evento el oferente requiera subsanar la exigencia mínima de experiencia, para la asignación de puntaje no se tendrán en cuenta los contratos que hayan sido objeto de subsanación, ni para definir el promedio de los contratos válidos aportados que se refiere el literal B) de este numeral, y sólo obtendrá cero (0) puntos cuando el oferente haya subsanado la totalidad de los contratos aportados.

**DOCUMENTOS TIPO – Interventoría de obra pública de infraestructura de transporte – Subsanabilidad y aclaración de la oferta**

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

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

Ahora bien, la Agencia debe diferenciar entre la regla sobre subsanación de ofertas en los procedimientos de selección, que acaba de explicarse, por un lado, y por el otro lo referido a la aclaración de las ofertas, cuestiones que resultan ser distintas, sin perjuicio de que ambas puedan ser consideradas 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»

Bogotá D.C., 28 de noviembre de 2022 

Señor

**Andrés Felipe Hernández González**

Ciudad

**Concepto C – 772 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | DOCUMENTOS TIPO – Interventoría de obra pública de infraestructura de transporte – fundamento normativo / DOCUMENTOS TIPO – Interventoría de obra pública de infraestructura de transporte – Experiencia mínima habilitante – numeral 3.8.1 Documento Base / DOCUMENTOS TIPO – Interventoría de obra pública de infraestructura de transporte – Asignación de puntaje por la experiencia del proponente / DOCUMENTOS TIPO – Interventoría de obra pública de infraestructura de transporte – Subsanabilidad y aclaración de la oferta |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta P20221003009912 |

EstimadoSeñor Hernández:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 1° de octubre de 2022.

1. **Problema planteado**

En relación con la subsanabilidad de la oferta a que hace alusión el numeral 1.6 del documento base de los documentos tipo del concurso de méritos para la interventoría de obras públicas de infraestructura de transporte, usted realiza la siguiente pregunta: «¿ está claro que el puntaje del proponente después de habilitado será 0 en el apartado de experiencia, pero solicito aclaración en cuanto a si los valores de los contratos de este oferente para el cálculo del orden de elegibilidad de los proponentes del proceso será igualmente 0 o se tendrán en cuenta los valores reales de los contratos validados después de subsanación aunque el puntaje del proponente sea 0?» (sic).

**2. Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto Ley 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[[1]](#footnote-1). 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 esta Agencia 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. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Así las cosas, la Agencia –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto–, resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Para responder los interrogantes se realizarán algunas consideraciones en torno a los siguientes temas: i) subsanabilidad de la experiencia mínima habilitante del proponente en los documentos tipo para procesos de selección de concurso de méritos, para contratar la interventoría de obras públicas de infraestructura de transporte y ii) ponderación de factores de evaluación.

En relación con la experiencia mínima habilitante del proponente en los documentos tipo para procesos de selección de concurso de méritos, para contratar la interventoría de obras públicas de infraestructura de transporte, esta Agencia, se ha pronunciado, entre otros, en los conceptos C-228 del 4 de mayo de 2021, C-332 del 7 de mayo de 2021 y C-425 del 19 de agosto de 2021. En cuanto a los criterios que deben tenerse en cuenta para la subsanabilidad de las propuestas, esta Agencia unificó su criterio mediante el concepto CU-060 del 16 de enero de 2020, reiterado por los conceptos C-218 del 2 de febrero de 2020, C-267 del 4 de mayo de 2020, C-283 del 4 de mayo de 2020, C-307 del 21 de mayo de 2020, C-365 del 30 de junio de 2020, C-391 del 10 de agosto de 2020, C-675 del 25 de noviembre de 2020, C-683 del 25 de noviembre de 2020, C-730 del 14 de diciembre de 2020 y C-779 de 18 de enero de 2021. Particularmente, en los conceptos C-055 del 10 de marzo de 2021, C-332 del 7 de mayo de 2021 y C-565 de 11 de octubre de 2021, se estudió la aplicación de la regla de subsanabilidad en los procesos de concurso de méritos adelantados con documentos tipo de interventoría de obra pública de infraestructura de transporte. Las tesis expuestas en los anteriores conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente.

**2.1. Fundamento normativo de los documentos tipo, en particular del documento tipo para interventoría de obras de infraestructura de transporte**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, con fundamento en el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, expidió la Resolución 256 del 11 de diciembre de 2020, «por la cual se adoptan los documentos tipo para los procesos de selección de concursos de méritos, para contratar la interventoría de obras públicas de infraestructura de transporte». En tal sentido, este documento tipo es obligatorio para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que adelanten procesos de concursos de méritos para contratar la interventoría de cualquiera de los proyectos señalados en la «Matriz 1 – Experiencia». Lo anterior se deriva de lo dispuesto en el «documento base» del documento tipo de interventoría, al prescribir que:

Este documento tipo aplica a los procesos de interventoría de obras públicas de infraestructuras de transporte celebrados en cualquiera de sus modalidades de selección, que correspondan con las actividades definidas en la Matriz 1 – Experiencia. En consecuencia, las actividades de infraestructura de transporte no contempladas en la Matriz 1 – Experiencia no tienen que aplicarlos; sin perjuicio de lo previsto en el artículo 4 de la resolución que adopta los documentos tipo de interventoría de obra pública de infraestructura de transporte.

En tal sentido, siempre que se vaya a contratar la interventoría de alguno de los proyectos señalados en la «Matriz 1 – Experiencia» y la modalidad de selección aplicable sea el concurso de méritos, las entidades estatales deben aplicar este documento tipo –conforme al artículo 2 de la Resolución 256 de 2020–, pues «De conformidad con el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, los documentos tipo son obligatorios en la actividad contractual de las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en consecuencia, las entidades estatales al adelantar sus procedimientos de selección solo podrán modificarlos en los aspectos en que los documentos tipo lo permitan». A su vez, es importante precisar que estos documentos tipo son obligatorios a partir del 1 de enero de 2021 o en una fecha posterior.

En todo caso, es importante precisar que recientemente la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente expidió la Resolución 326 del 2022 «Por la cual se actualizan los documentos tipo para los procesos de contratación de concurso de méritos para contratar la interventoría de obras públicas de infraestructura de transporte y se deroga la Resolución 256 de 2020» con el fin de ajustar su contenido a lo dispuesto en el Decreto 1860 de 2021 y, además, ajustar otros numerales con el fin de dar mayor claridad en su aplicación.

Al respecto, es importante precisar que el artículo 5 de la Resolución 326 del 2022 establece que esta resolución aplicará a los procesos de selección de concurso de méritos en los que se pretenda contratar la interventoría de obras públicas de infraestructura de transporte, cuyo aviso de convocatoria se publique desde el 1 de noviembre del 2022[[2]](#footnote-2).

Explicado el fundamento normativo de los documentos tipo de interventoría de obra pública de infraestructura de transporte. A continuación, se explicará la experiencia mínima -habilitante- del proponente en los documentos tipo para procesos de selección de concurso de méritos y como factor de evaluación, para de esta forma determinar si es posible su subsanación.

**2.2. Experiencia mínima –habilitante– del proponente en los documentos tipo para procesos de selección de concurso de méritos, para contratar la interventoría de obras públicas de infraestructura de transporte**

En el documento tipo de interventoría se estableció un requisito mínimo de experiencia habilitante, consistente en que el proponente debe acreditar que la sumatoria de los contratos aportados como experiencia es mayor o igual al cien por ciento (100%) respecto del valor total del presupuesto oficial expresado en SMMLV. En este sentido, dicho numeral señala lo siguiente:

**3.8.1 EXIGENCIA MÍNIMA DE LA EXPERIENCIA DEL PROPONENTE**

Para habilitarse en el procedimiento de selección, el proponente acreditará que la sumatoria de los contratos aportados como experiencia es mayor o igual al 100% respecto del valor total del presupuesto oficial establecido para el presente proceso de selección expresado en SMMLV. Estos contratos serán verificados en el RUP y en el Formato 3 – Experiencia, para los proponentes que no están obligados a estar inscritos en el RUP, cumpliendo con los requisitos de experiencia previstos en el numeral “10.1 Experiencia del proponente”.

En caso que con los contratos aportados no se acredite este porcentaje mínimo, la entidad solicitará al proponente que subsane su oferta en los términos del numeral 1.6. Si el proponente subsana el requisito mínimo de experiencia, se habilitará en el proceso de contratación, pero no será objeto de puntuación en relación con este factor de evaluación, por lo que obtendrá cero (0) puntos por el factor “experiencia del proponente”.

De acuerdo con lo anterior, con los contratos aportados por el proponente para acreditar la experiencia se debe certificar un valor mínimo correspondiente a un porcentaje del presupuesto oficial del proceso de interventoría expresado en SMMLV, cuya verificación se hará con base en la sumatoria de los valores totales ejecutados de los contratos que cumplan con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones. El fundamento para exigir esta experiencia mínima radica en la inconveniencia de adjudicarle el contrato a un proponente que, por ejemplo, no cuenta con ninguna experiencia o no logra acreditar esta idoneidad mínima. En tal sentido, el cumplimiento de la exigencia indicada consistente en demostrar una experiencia mínima constituye un requisito para participar en el procedimiento de selección y solo en relación con quienes cumplan tal exigencia mínima se ponderarán sus ofertas en relación con la asignación de puntaje. De esta manera, las ofertas que no cumplan este requisito o no logren subsanarse, deberán rechazarse.

Ahora bien, resulta necesario mencionar que, en estos documentos tipo de interventoría, a diferencia de lo indicado en los de licitación versión 3, el porcentaje mínimo a acreditar por los proponentes no varía dependiendo de la cantidad de contratos aportados; sino que el porcentaje se mantiene invariable, exigiéndose en los de interventoría que el porcentaje del presupuesto oficial del proceso expresado en SMMLV a certificar por parte de los proponentes sea del cien por ciento (100%) del presupuesto del procedimiento de selección.

Al respecto, es importante precisar que, mediante la Resolución 326 del 2022, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente ajustó los requisitos exigidos en la experiencia mínima habilitante de los documentos tipo de interventoría de obra pública de infraestructura de transporte. En tal sentido, no solo basta que el proponente aporte contratos con experiencia igual o mayor al cien por ciento (100%) del valor del presupuesto oficial, sino, además, el oferente deberá acreditar la experiencia solicitada frente a la actividad principal, al igual que la experiencia en las actividades secundarias en el evento de que se solicite combinación de experiencia de la “Matriz 1 – Experiencia”. De igual manera, deberá demostrarse la experiencia adicional cuando el proyecto a ejecutar incluya servicios adicionales a la interventoría de obra pública de infraestructura de transporte.

En todo caso, con el ajuste realizado a los documentos tipo de interventoría de obra pública de infraestructura de transporte – versión 2 se mantiene la posibilidad de que la Entidad solicite la subsanación de la oferta cuando no se acrediten los requisitos de experiencia mínima habilitante. En todo caso, se aclara que si el proponente subsana el requisito mínimo de experiencia se habilitará en el proceso de contratación, pero no se tendrán en cuenta estos contratos para la asignación del puntaje. En otras palabras, el otorgamiento de puntaje se realizará con los contratos válidos allegados en su oferta y que no fueron objeto de subsanación por parte del Proponente.

**2.3. Asignación de puntaje por la experiencia del proponente en el documento tipo de interventoría de obra de infraestructura de transporte**

El numeral 4° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 contiene una regulación especial del deber de selección objetiva aplicable a procesos de selección de consultores. Esta disposición indica que en estos procesos la escogencia se hará con base en factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta, permitiéndose valorar la experiencia específica del oferente y su equipo de trabajo, proscribiéndose además el precio como factor de evaluación.

El procedimiento de selección de concurso de méritos, aplicable para la escogencia de consultores, está reglamentado por el artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 399 de 2021. El numeral 1 dispone que «La Entidad Estatal en los pliegos de condiciones debe indicar la forma como calificará, entre otros, los siguientes criterios: *a) la experiencia del interesado y del equipo de trabajo y b) la formación académica del equipo de trabajo»* (énfasis fuera de texto). Conforme a esto, los factores ponderables en un proceso de selección de concurso de méritos –esto es, los que determinan la escogencia entre los proponentes habilitados–, son los indicados en la norma citada, sin perjuicio de que existan otros establecidos por la ley, de manera que de acuerdo con este marco jurídico en los pliegos de condiciones se definirán los criterios de asignación de puntaje.

De acuerdo con esta normativa, en los documentos tipo de concurso de méritos para la interventoría de obras públicas de infraestructura de transporte adoptados por esta Agencia, se consideran la experiencia del proponente y del equipo de trabajo como factores de evaluación. Esto se aprecia en el Capítulo IV del Documento Base, en el que se señala que la entidad calificará las ofertas que hayan cumplido los requisitos habilitantes con los siguientes criterios de evaluación y puntajes: i) Experiencia del proponente ii) Equipo de trabajo (personal clave evaluable) iii) Apoyo a la industria nacional y iv) Vinculación de personas con discapacidad, así:

|  |  |
| --- | --- |
| **Concepto** | **Puntaje máximo** |
| Experiencia del proponente | 69 |
| Equipo de trabajo (personal clave evaluable) | 10 |
| Apoyo a la industria nacional | 20 |
| Vinculación de personas con discapacidad | 1 |

En todo caso, con la reciente modificación adoptada mediante la Resolución 326 del 2022, en los documentos tipo de interventoría de obra pública de infraestructura de transporte – versión 2, se incluyó un nuevo factor de evaluación en favor de los emprendimientos y empresas de mujeres, en los siguientes términos:

| **Concepto** | **Puntaje máximo** |
| --- | --- |
| Experiencia del Proponente | 67,75 |
| Equipo de trabajo (Personal Clave Evaluable) | 10 |
| Factor de sostenibilidad | 1 |
| Apoyo a la industria nacional | 20 |
| Vinculación de personas con discapacidad | 1 |
| Emprendimientos y empresas de mujeres | 0,25 |
| Total | 100 |

En atención a la modalidad de selección y, particularmente, de acuerdo con la naturaleza del contrato a celebrar, esto es, por tratarse de una consultoría, género del que hace parte la interventoría[[3]](#footnote-3), no se tiene en cuenta el precio como factor de evaluación, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en una licitación pública, una selección abreviada o un proceso de mínima cuantía. Por tanto, de conformidad con el inciso final del numeral 4° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, la oferta económica no será factor de escogencia para la selección de consultores, por lo que no será un criterio de asignación de puntaje[[4]](#footnote-4).

Aclarado el punto anterior, cabe señalar que el Documento Base de los documentos tipo de concurso de méritos para contratar la interventoría de obras de infraestructura de transporte – versión 1, en lo relativo a la evaluación de la experiencia del proponente, establece un método de ponderación de los requisitos de este factor de asignación de puntaje. Al respecto, el numeral 4.1, en los literales A y B del documento tipo estudiado disponen lo siguiente:

A. El proponente cumplirá con la exigencia mínima de experiencia prevista en el numeral 3.8.1, de acuerdo con lo anterior, si el proponente debió subsanar el cumplimiento de la experiencia mínima no será susceptible de puntuación, por lo que obtendrá cero (0) puntos por este criterio de evaluación.

B. Para la asignación de puntaje, se tomará el promedio de los contratos válidos aportados expresados en SMMLV registrados en el RUP o en alguno de los documentos válidos señalados en el numeral 10.1.5, que acredite su experiencia relacionada en el RUP, y que en total hayan cumplido con lo mencionado en el literal A de esta sección. Dicho promedio será el valor que lo hará participar para la asignación del puntaje, según se detalla en esta sección.

En tal sentido, para la asignación de puntaje en la experiencia del proponente es necesario contar con el promedio de los contratos válidos aportados expresados en SMMLV que estén registrados en el RUP o en alguno de los documentos válidos señalados en el numeral 10.1.5. A su vez, se estableció como consecuencia que si el proponente debió subsanar el cumplimiento mínimo de la experiencia obtendrá cero (0) puntos por este criterio de evaluación.

Por su parte, en los documentos tipo de interventoría de obra pública de infraestructura de transporte – versión 2, en lo relativo a la evaluación de la experiencia del proponente se estableció una consecuencia distinta en caso de que el proponente requiriera subsanar el requisito mínimo habilitante. Así se estableció en los siguientes términos:

A. El Proponente cumplirá con la exigencia mínima de experiencia prevista en el numeral 3.8.1. del Pliego de Condiciones. De acuerdo con lo anterior, si el Proponente debió subsanar el cumplimiento de la experiencia mínima, para la asignación de puntaje no se tendrán en cuenta los contratos que hayan sido objeto de subsanación. ni para definir el promedio de los contratos válidos aportados que se refiere el literal B) de este numeral.

Cuando un Proponente haya subsanado la totalidad de los contratos aportados, su oferta no será tenida en cuenta para aplicar las fórmulas para la ponderación de la experiencia del Proponente, por lo que, además, por este criterio de asignación de puntaje obtendrá cero (0) puntos.

B. Para la asignación de puntaje, se tomará el promedio de los contratos válidos aportados expresados en SMMLV registrados en el RUP o en alguno de los documentos válidos señalados en el numeral 10.1.5, que acredite su experiencia relacionada en el RUP, y que en total hayan cumplido con lo mencionado en el literal A de esta sección. Dicho promedio será el valor que lo hará participar para la asignación del puntaje, según se detalla en esta sección.

Conforme indican estos literales, la valoración de la experiencia del proponente, de cara a la asignación del puntaje correspondiente por este factor de evaluación, debe hacerse de acuerdo con el promedio de los valores de los contratos válidos aportados para acreditar experiencia, expresados en SMMLV. Para determinar el puntaje que corresponde al proponente por este factor de evaluación, el referido valor promedio de los contratos aportados para acreditar la experiencia, conforme indican los literales C y D del numeral 4.1., debe ser objeto de ponderación de acuerdo con alguno de los métodos señalados en el Documento Base, cuya escogencia debe hacerse de manera aleatoria, a partir de la Tasa Representativa del Mercado–TRM–. Además, se precisa que en el evento el oferente requiera subsanar la exigencia mínima de experiencia, para la asignación de puntaje no se tendrán en cuenta los contratos que hayan sido objeto de subsanación, ni para definir el promedio de los contratos válidos aportados que se refiere el literal B) de este numeral, y sólo obtendrá cero (0) puntos cuando el oferente haya subsanado la totalidad de los contratos aportados.

En relación con la inquietud planteada en la consulta, se precisa que, de acuerdo con las consideraciones antes expuestas, la información del RUP o de alguno de los documentos válidos señalados en el numeral 10.1.5. del Documento base que soporte la experiencia del RUP, es la que se tiene en cuenta para la asignación de puntaje de la experiencia del proponente. En ese sentido, se observa que ese mismo Documento Base dispone, en el acápite 3.1 de Generalidades, literal D, que «Los Proponentes obligados a estar inscritos en el Registro Único de Proponentes (RUP), deberán aportar el certificado con fecha de expedición no mayor a treinta (30) días calendario anteriores a la fecha de cierre del Proceso de Contratación [...]».

Por tanto, para el caso de los documentos tipo de concurso de méritos para contratar la interventoría de obras de infraestructura de transporte, el RUP cumple una doble función: i) acreditar que el proponente cumple con la exigencia mínima de la experiencia del proponente, como requisito habilitante de estos procesos de contratación y ii) certificar los contratos válidos aportados de cada propuesta hábil expresados en SMMLV registrados allí, con el fin de que se pueda realizar la asignación de puntaje de la experiencia del proponente, obteniendo el promedio del valor de dichos contratos.

Adicionalmente, para resolver su consulta es necesario destacar lo reglado por el literal A del numeral 4.1 del documento tipo estudiado, previamente citado, respecto de la subsanación del cumplimiento de la experiencia mínima, ya que cuando esto ocurre el pliego tipo dispone que no se tendrá en cuenta lo subsanado para la asignación de puntaje de la experiencia del proponente ni para definir el promedio de contratos válidos aportados, que como se mencionó en el párrafo anterior, se requiere para definir el puntaje que se le otorgará al proponente por el criterio de evaluación y puntaje denominado «Experiencia del Proponente».

De igual manera, el numeral 1.6 del Documento base también se refiere a «REGLAS DE SUBSANABILIDAD, EXPLICACIONES Y ACLARACIONES» así:

[...] En caso de ser necesario, la Entidad debe solicitar a los Proponentes durante el proceso de evaluación, y a más tardar en el informe de evaluación, las aclaraciones, precisiones o solicitudes de documentos que puedan ser subsanables. No obstante, los Proponentes no podrán completar, adicionar o mejorar sus propuestas en los aspectos que otorgan puntaje, ni tampoco en los factores de desempate, los cuales podrán ser objeto de aclaraciones y explicaciones. Los Proponentes deberán allegar las aclaraciones o documentos requeridos en el momento en el que fueron solicitados y a más tardar hasta el término de traslado del informe de evaluación, es decir, dentro de los tres (3) días hábiles posteriores contados a partir del día hábil siguiente a la publicación del informe de evaluación. [...]

Como en efecto lo explica textualmente el pliego, no son subsanables los aspectos que otorgan puntaje ni los factores de desempate, pero respecto de estos si procede la aclaración o explicación que solicite la entidad y que aporte el proponente. Esto se encuentra en armonía con el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, que dispone la subsanabilidad de los requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, los cuales deben ser solicitados por la entidad estatal contratante y aportados por los proponentes, lo que implica que los requisitos ponderables o que otorguen puntaje no pueden ser subsanados[[5]](#footnote-5).

**2.4 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**

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». (cursivas fuera del texto)*

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[[6]](#footnote-6), 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[[7]](#footnote-7), que consagró el término de 5 días hábiles para que los oferentes presenten observaciones al informe de evaluación de las propuestas, sin que sea posible completar, adicionar, modificar o mejorar la oferta.

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

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

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

Nótese que esta norma reitera lo que dispuso la Ley 80 de 1993, en el sentido de que los requisitos o documentos que no sean necesarios para la comparación de las ofertas pueden subsanarse, pero además la Ley 1150 de 2007 introdujo otro criterio que le dio mayor claridad al tema: la asignación de puntaje. A partir de la Ley 1150 de 2007, la Administración contó con un criterio más claro y determinado para saber si la ausencia de documentos o requisitos de la oferta conlleva a su rechazo o al requerimiento del proponente para que lo subsane, pues bastará con un simple ejercicio de verificación que consiste en corroborar si lo omitido hace parte o no de los aspectos que otorgan puntaje. Si, al verificar, la Administración encuentra que lo omitido por el proponente es un aspecto que otorga puntaje, no es posible subsanarlo; pero, si no otorga puntaje, la Administración debe requerir al proponente para que lo subsane.

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

Esto significa que en adelante las entidades y los oferentes aplican directamente la regla que contempla el art. 5, parágrafo, de la Ley 1150, de manera que lo subsanable o insubsanable se define a partir de una pregunta, que se le formula a cada requisito omitido o cumplido imperfectamente: ¿el defecto asigna puntaje al oferente? Si lo hace no es subsanable, si no lo hace es subsanable; en el último evento la entidad le solicitará al oferente que satisfaga la deficiencia, para poner su oferta en condiciones de ser evaluada, y no importa si se refiere a no a problemas de capacidad o a requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfaga suficientemente[[8]](#footnote-8).

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

En un *cuarto momento*, el legislador expidió la Ley 1882 de 2018, con la finalidad de introducir cambios y ajustes para fortalecer la contratación pública. El artículo 5 modificó el parágrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, cuyo texto reformado es el siguiente:

Artículo 5°. De la selección objetiva.

(... )

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

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

El primero es el ámbito temporal para ejercer la facultad de subsanar la oferta, pues la Ley 1882 de 2018 fijó una regla general y una excepción. La regla general es que el límite para que la entidad solicite y para que el proponente corrija lo que haga falta es hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección. La excepción es que el anterior límite no aplica para los procesos de mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta[[9]](#footnote-9); en el último los documentos o requisitos subsanables deben solicitarse hasta el momento previo a su realización.

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

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

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

El segundo cambio importante de la Ley 1882 de 2018 fue la introducción de un criterio material, directamente relacionado con los aspectos subsanables: «los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso»*.* Lo anterior ofrece dos aspectos que merecen clarificación: *primero*, qué debe entenderse por circunstancias ocurridas con posterioridad; y *segundo*, qué es el cierre del proceso. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ya había tenido la oportunidad de precisar estas expresiones, a propósito de un concepto en el que se refirió al artículo 10 del derogado Decreto 2474 de 2008[[10]](#footnote-10), 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[[11]](#footnote-11).

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

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

Por ejemplo: i) si un oferente olvidó adjuntar con su propuesta el certificado que da cuenta de su inscripción en el RUP, el requisito será subsanable siempre que la prueba allegada demuestre que el hecho, esto es, la inscripción en el registro, ocurrió con anterioridad al cierre del proceso; ii) si un oferente presentó la propuesta sin aportar la autorización al representante legal, por parte de la junta directiva de la sociedad, el certificado, aunque sea posterior, debe dar cuenta de que el hecho que pretende acreditar –la autorización de la junta– ocurrió antes del vencimiento del término para ofertar[[12]](#footnote-12); iii) si un oferente no anexó el certificado de existencia y representación legal, el documento aportado con posterioridad debe dar cuenta de que la sociedad existe desde antes del cierre del proceso[[13]](#footnote-13); iv) si un oferente olvidó adjuntar un certificado que demuestra un título universitario, el documento, aunque tenga fecha posterior al cierre del proceso, debe acreditar que el título académico se obtuvo con anterioridad al cierre del proceso; v) si un oferente no aportó un certificado de experiencia, el documento que subsana –sin importar que tenga fecha posterior– debe demostrar que la experiencia que se pretende hacer valer se obtuvo antes de vencerse el término para presentar ofertas, y vi) si el oferente olvidó firmar la propuesta o presentar una copia de ella, puede subsanar sin que se entienda que acreditó una circunstancia ocurrida con posterioridad al cierre del proceso.

Lo anterior quiere decir que no es la prueba –usualmente un documento– lo que debe ser anterior al cierre del proceso, sino el hecho que ella acredita, es decir, ante la solicitud de la Administración de subsanar un requisito, el documento podría estar fechado con posterioridad al vencimiento del término para recibir propuestas, siempre y cuando el hecho que acredite haya ocurrido antes, esto es, que no sea una circunstancia ocurrida con posterioridad al cierre del proceso. Es por ello que el Consejo de Estado sostiene que «lo que se subsana es la prueba y no la condición habilitante o un elemento de la propuesta (...) lo que se puede remediar es la prueba y no el requisito: La posibilidad debe recaer exclusivamente sobre circunstancias acaecidas antes del cierre del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar ofertas»[[14]](#footnote-14).

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

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

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

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

Ahora bien, la Agencia debe diferenciar entre la regla sobre subsanación de ofertas en los procedimientos de selección, que acaba de explicarse, por un lado, y por el otro lo referido a la *aclaración de las ofertas*, cuestiones que resultan ser distintas, sin perjuicio de que ambas puedan ser consideradas 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» (Cursivas fuera de texto).

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

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

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

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

Conforme al art. 30.7 las entidades deben garantizar el derecho que tienen los oferentes de aclarar los aspectos confusos de sus propuestas, facultad que le permitirá a la entidad definir su adecuación o no al pliego. Esta figura constituye una oportunidad propia del proceso de evaluación de las ofertas -que se diferencia de la subsanabilidad -, pues no parte del supuesto de la ausencia de requisitos de la oferta –los que hay que subsanar-, sino de la presencia de inconsistencias o falta de claridad en la oferta, […]. La importancia de diferenciarlos radica en que la aclaración o explicación se admite, incluso, sobre requisitos que afectan la comparación de las ofertas y/o inciden en la asignación del puntaje; se repite, siempre y cuando se trate de inconsistencias o falta de claridad, porque allí no se modifica el ofrecimiento, simplemente se aclara, es decir, se trata de hacer manifiesto lo que ya existe –sólo que es contradictorio o confuso-, se busca sacar a la luz lo que parece oscuro, no de subsanar algo, pues el requisito que admite ser aclarado tiene que estar incluido en la oferta, solo que la entidad tiene dudas sobre su alcance, contenido o acreditación, porque de la oferta se pueden inferir entendimientos diferentes.[[15]](#footnote-15)

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.

En ese sentido, debe mencionarse que, 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[[16]](#footnote-16). 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 […]»[[17]](#footnote-17). 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».[[18]](#footnote-18)

De acuerdo con esto es importante precisar que, tal y cómo se mencionó en acápites anteriores, el literal D, numeral «3.1 Generalidades del documento base establece como requisito para evaluar los requisitos habilitantes que los Proponentes obligados a estar inscritos en el Registro Único de Proponentes aporten el certificado con fecha de expedición no mayor a treinta (30) días calendario anteriores a la fecha del cierre del proceso de contratación. Por su parte, en el numeral «3.8.1 Exigencia mínima de la experiencia del proponente» establece que para habilitarse en el Proceso de Contratación serán verificados los contratos registrados en el Registro Único de Proponentes y en el Formato 3 – Experiencia.

Así las cosas, es un requisito indispensable para evaluar la experiencia mínima habilitante del proponente que se presente el Registro Único de Proponentes con fecha de expedición no mayor a treinta (30) días calendario anteriores a la fecha del cierre del Proceso de Contratación. En tal sentido, en el evento que el oferente no lo aporte, la Entidad tendrá el deber de solicitar su subsanación dentro de los tres (3) días hábiles posteriores contados a partir del día hábil siguiente a la publicación del informe de evaluación, so pena de rechazo en caso de que no subsane dentro del término legal previsto.

Ahora bien, si el proponente subsana la entrega del Registro Único de Proponentes con una fecha de expedición no mayor a treinta (30) días calendario se habilitará en el respectivo proceso de contratación, sin embargo, el puntaje asignado para para el factor de evaluación de experiencia del proponente será de cero (0) puntos. Esta sanción aplicaría a ambos documentos tipo de interventoría de obra pública de infraestructura de transporte – versión 1 y versión 2 – hasta la fecha adoptados.

En el primer caso, esto es, los documentos tipo de interventoría – versión 1- en el numeral 4.1 se establece que: «si el proponente debió subsanar el cumplimiento de la experiencia mínima no será susceptible de puntuación, por lo que obtendrá cero (0) puntos por este criterio de evaluación». En tal sentido, cualquier subsanación realizada al requisito habilitante de experiencia tendrá como consecuencia que se obtenga cero (0) puntos en la asignación de puntaje en el criterio de evaluación de experiencia del proponente. Por su parte, en el documento base de los documentos tipo de interventoría de obra pública de infraestructura de transporte – versión 2- sí se aclara que, si el proponente subsana la totalidad de los contratos aportados, su oferta no será tenida en cuenta para aplicar las fórmulas para la ponderación de la experiencia del Proponente, por lo que, además, por este criterio de asignación de puntaje obtendrá cero (0) puntos. En este caso, como se subsana la entrega del RUP y en éste están consignados todos los contratos para acreditar la experiencia, se entiende que se subsanan la totalidad de los contratos aportados, y, por tanto, tendría cero (0) puntos.

En este caso, no es posible de hablar de aclaración de la oferta porque no se está aclarando ningún aspecto que sea oscuro o ilegible de los contratos aportados para acreditar la experiencia del proponente. Por el contrario, se está subsanando un requisito fundamental para evaluar la experiencia de los requisitos mínimos habilitantes en el proceso de contratación, en este caso, aportar el Registro Único de Proponentes con fecha no mayor de treinta (30) días calendario.

**3. Respuesta**

i) «[…]¿ está claro que el puntaje del proponente después de habilitado será 0 en el apartado de experiencia, pero solicito aclaración en cuanto a si los valores de los contratos de este oferente para el cálculo del orden de elegibilidad de los proponentes del proceso será igualmente 0 o se tendrán en cuenta los valores reales de los contratos validados después de subsanación aunque el puntaje del proponente sea 0?».

De conformidad con los argumentos desarrollados en las consideraciones, en los documentos tipo de concurso de méritos para contratar la interventoría de obras de infraestructura de transporte, en el literal d), numeral «3.1 Generalidades» del documento base se establece como requisito para evaluar los requisitos habilitantes que los Proponentes obligados a estar inscritos en el Registro Único de Proponentes aporten el certificado con fecha de expedición no mayor a treinta (30) días calendario anteriores a la fecha del cierre del proceso de contratación. Por su parte, en el numeral «3.8.1 Exigencia mínima de la experiencia del proponente» establece que para habilitarse en el Proceso de Contratación serán verificados los contratos registrados en el Registro Único de Proponentes y en el Formato 3 – Experiencia.

Así las cosas, es un requisito indispensable para evaluar la experiencia mínima habilitante del proponente que se presente el Registro Único de Proponentes con fecha de expedición no mayor a treinta (30) días calendario anteriores a la fecha del cierre del Proceso de Contratación. En tal sentido, en el evento que el oferente no lo aporte, la Entidad tendrá el deber de solicitar su subsanación dentro de los tres (3) días hábiles posteriores contados a partir del día hábil siguiente a la publicación del informe de evaluación, so pena de rechazo en caso de que no subsane dentro del término legal previsto.

Ahora bien, si el proponente subsana la entrega del Registro Único de Proponentes con una fecha de expedición no mayor a treinta (30) días calendario se habilitará en el respectivo proceso de contratación, sin embargo, el puntaje asignado para para el factor de evaluación de experiencia del proponente será de cero (0) puntos. Esta sanción aplicaría a ambos documentos tipo de interventoría de obra pública de infraestructura de transporte – versión 1 y versión 2 – hasta la fecha adoptados. En el marco de la última versión, los valores de los contratos objeto de subsanación para definir el promedio de los contratos válidos aportados que se refiere el literal B del numeral 4.1, en consideración al cual se asigna el puntaje en estos procesos.

En este caso, no es posible de hablar de aclaración de la oferta porque no se está aclarando ningún aspecto que sea oscuro o ilegible de los contratos aportados para acreditar la experiencia del proponente. Por el contrario, se está subsanando un requisito fundamental para evaluar la experiencia de los requisitos mínimos habilitantes en el proceso de contratación, en este caso, aportar el Registro Único de Proponentes con fecha no mayor de treinta (30) días calendario.

Este 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: | Felipe Bastidas Paredes  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento Cantillo  Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Nohelia del Carmen Zawady Palacio  Subdirectora de Gestión Contractual 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 *ibídem* 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». Esta 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. [↑](#footnote-ref-1)
2. Resolución 326 del 2022 «Por la cual se actualizan los documentos tipo para los procesos de selección de concurso de méritos para contratar la interventoría de obras públicas de infraestructura de transporte y se deroga la Resolución 256 del 2020». Artículo 5. Vigencia y derogatorias. La presente resolución rige a partir de su publicación, deroga la Resolución 256 del 2020 y sus modificaciones posteriores, y aplica a los procesos de selección de concurso de méritos en los que se pretenda contratar la interventoría de obras públicas de infraestructura de transporte, cuyo aviso de convocatoria se publique desde el 1 de noviembre del 2022». [↑](#footnote-ref-2)
3. «Artículo 32. de los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

   […]

   »2o. Contrato de Consultoría.

   Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

   *Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría*, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

   Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato (Cursiva fuera del original). [↑](#footnote-ref-3)
4. Ley 1150 de 2007. «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:

   […]

   »4. 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

   »En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores». [↑](#footnote-ref-4)
5. Ley 1150 de 2007. «Artículo 5o. De la selección objetiva.

   [...]

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

   Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso».

   [...] [↑](#footnote-ref-5)
6. 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-6)
7. 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-7)
8. 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-8)
9. 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-9)
10. 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-10)
11. 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-11)
12. 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-12)
13. 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-13)
14. 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-14)
15. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. Exp. 27.986. C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-15)
16. 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-16)
17. Ibídem*.* [↑](#footnote-ref-17)
18. Ibídem [↑](#footnote-ref-18)