**CONCURSO DE MÉRITOS – Concepto – Modalidades**

El *concurso de méritos* es un procedimiento de selección que deben realizar las entidades estatales para escoger “consultores y proyectos”, es decir, para celebrar contratos de consultoría, entendidos estos últimos como aquellos “[…] 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”, según lo dispuesto en el artículo 32, numeral 2, de la Ley 80 de 1993.

El Libro 2, Parte 2, Título 1, Capítulo 2, Sección 1, Subsección 3 del Decreto 1082 de 2015, regula las distintas modalidades del concurso de méritos: i) concurso de méritos abierto o sin precalificación, ii) concurso de méritos cerrado o con precalificación y iii) concurso de méritos “para la selección de consultores de diseño, planos, anteproyectos y proyectos arquitectónicos”. El primero está regulado en los artículos 2.2.1.2.1.3.1. y 2.2.1.2.1.3.2. *ibídem*. El segundo, además de los dos artículos anteriores, lo regulan los artículos 2.2.1.2.1.3.3. a 2.2.1.2.1.3.7. *ejusdem*. El tercero lo regulan los artículos 2.2.1.2.1.3.8. a 2.2.1.2.1.3.25. del mencionado Decreto.

**CONCURSO DE MÉRITOS – Decreto 1082 de 2015 – Artículo 2.2.1.2.1.3.2 – Suspensión provisional**

El Consejo de Estado consideró que los numerales 3, 4 y 5 violarían el artículo 5, numeral 4, último inciso, de la Ley 1150 de 2007, pues señaló que: “en ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores”, así como el artículo 25, numeral 2, de la Ley 80 de 1993 que dispone lo siguiente: “[…] las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos […]”. En este sentido, el alto tribunal explicó que la verificación de la coherencia del precio con la disponibilidad presupuestal y la necesidad de que se logre un acuerdo en relación con el mismo desconocía el principio de selección objetiva, convirtiendo el precio en un factor de selección. En lo que respecta al artículo 6, este violaría especialmente el artículo 25.18 del Estatuto General y el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, pues la declaratoria de desierta solo procede cuando no es posible la selección objetiva del contratista.

En consecuencia, con los autos de suspensión provisional, el concurso de méritos abierto debía desarrollarse aplicando únicamente los numerales 1 y 2 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 original del Decreto 1082 de 2015, esto es, antes de la modificación realizada por el Decreto 399 de 2021, al que se hará referencia en el numeral siguiente. Por lo tanto, *siempre que estuviera dentro del presupuesto oficial*, la entidad estatal debía adjudicar el contrato al proponente que ocupara el primer puesto en el orden de elegibilidad, independientemente del valor ofrecido.

**CONCURSO DE MÉRITOS – Modificación – Decreto 399 de 2021 – Artículo 2**

[…], el artículo 2 del Decreto 399 de 2021 reformó la reglamentación del concurso de méritos, para adecuarla a los pronunciamientos del Consejo de Estado que habían suspendido provisionalmente algunos numerales del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015. A diferencia de lo que establecía este artículo en su redacción inicial, con la entrada en vigencia del artículo 2 del Decreto 399 de 2021 se observan los siguientes cambios:

i) El informe de evaluación, que la entidad debe publicar durante tres [3] días hábiles, debe contener ya no solamente la calificación técnica y el orden de elegibilidad, sino “[…] la evaluación de las ofertas frente a todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, incluyendo los requisitos habilitantes y los de asignación de puntaje”. En tal sentido, el informe de evaluación debe dar cuenta de la evaluación completa de las ofertas, lo que incluiría las ofertas económicas. De esta manera, esta disposición permite que los interesados ejerzan su derecho a conocer el informe de evaluación y a formular las observaciones que consideren pertinentes, frente a todos los aspectos de la evaluación de las propuestas.

ii) En armonía con lo anterior, a diferencia de la reglamentación anterior prevista en la redacción original del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015, que establecía que luego de la publicación del informe de evaluación la entidad estatal debía revisar la oferta económica, para constatar su correspondencia con el presupuesto oficial, y que posteriormente debía tratar de llegar a un acuerdo con el oferente calificado en el primer lugar o, en subsidio, con el calificado en segundo orden, el artículo 2 del Decreto 399 de 2021 introduce una modificación trascendental, pues elimina estas etapas y señala, en su lugar, que “Una vez resueltas las observaciones al informe de evaluación, la entidad adjudicará el contrato mediante acto administrativo al oferente que haya cumplido todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y haya obtenido el mayor puntaje”. Esto implica que después de la respuesta a las observaciones del informe de evaluación ya la entidad estatal no debe revisar que la oferta económica sea acorde al presupuesto oficial –pues esto lo debió hacer para elaborar el informe de evaluación– y tampoco debe proceder con una fase de “negociación” con el oferente calificado en primer lugar sobre el valor y alcance del contrato, sino que debe proceder a la adjudicación a quien haya presentado objetivamente la mejor oferta, teniendo en cuenta todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones.

iii) Como el nuevo artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 2 del Decreto 399 de 2021, ya no establece una fase de negociación entre la entidad estatal y el oferente calificado en el primer lugar de elegibilidad, por sustracción de materia, la entidad estatal tampoco debe intentar un acuerdo con el oferente calificado en el segundo orden de elegibilidad, ni puede ampararse en el carácter fallido de dicho acuerdo para declarar desierto el proceso de selección, en armonía con lo decidido en los Autos del Consejo de Estado antes señalados.

**SUBSANABILIDAD DE LAS OFERTAS – Principio de selección objetiva – Ley 1882 de 2018 – Ámbito temporal**

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

De lo anterior se colige que, a la luz de la Ley 1882 de 2018 se introdujo una modificación frente al criterio material, directamente relacionado con los aspectos subsanables según el cual: “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.

[…]

Ahora bien, en lo relacionado con el aspecto temporal de la subsanabilidad, es menester analizar el ámbito temporal para ejercer la facultad de subsanar la oferta, frente a lo cual se puede afirmar que la Ley 1882 de 2018 fijó una regla general y una excepción. La regla general es que el límite para que la entidad solicite y para que el proponente corrija lo que haga falta es hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección. La excepción es que el límite anterior no aplica para los procesos de mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta; en el último, los documentos o requisitos subsanables pueden y deben solicitarse hasta el momento previo a la celebración de la audiencia. En cuanto al proceso de mínima cuantía, el Decreto 1082 de 2015, en su artículo 2.2.1.2.1.5.2., numeral 5 –modificado por el Decreto 1860 de 2021–, prescribe que las entidades estatales establecerán en la invitación el término preclusivo para recibir los documentos subsanables, frente a cada uno de los requerimientos que formulen. Sin embargo, agrega que en los casos en que no se establezca dicho término, subsidiariamente, los proponentes podrán subsanar sus ofertas hasta antes que finalice el traslado del informe de evaluación.

**SUBSANABILIDAD – Aspectos subsanables – No otorga puntaje**

Se reitera que si la Administración, al verificar, encuentra que lo omitido por el proponente es un aspecto que otorga puntaje, entonces no es posible subsanarlo; pero si lo omitido no otorga puntaje la Administración debe requerir al proponente para que lo subsane. Así las cosas, si un oferente no cumple con el requisito de experiencia, puede subsanarla, siempre y cuando lo acreditado no constituyan circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, en los términos ya explicados.

**GARANTÍA DE SERIEDAD – Alcance de la Subsanabilidad**

El artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, que adicionó el parágrafo 3 al artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, proscribe la subsanabilidad de la garantía de seriedad cuando esta no fue entregada junto con la propuesta y que esto será causal de rechazo.

De acuerdo con la Gaceta No. 605 del 2016, era necesario eliminar la posibilidad de subsanar la garantía de seriedad hasta antes de la adjudicación del contrato, porque si no se presentaba de manera concomitante con la oferta, en el evento que el proponente retirara su propuesta si la entidad no contaba con la póliza, no podía reclamarle por los perjuicios a ella generados y, por lo tanto, se vería afectado el proceso de selección del proceso de contratación

**PRESENTACIÓN DE OFERTAS EN SECOP II – Correcciones**

[…] los oferentes al momento de crear y presentar sus ofertas en un proceso de contratación en el SECOP II, deberán tener en cuenta que este comprende desde la edición del formulario electrónico de la oferta, hasta la aceptación de los términos y condiciones. De igual forma, esta plataforma controla que la presentación de las ofertas se realice hasta la fecha límite establecida para ello por la Entidad Estatal. Por ende, el SECOP II le permitirá al proveedor realizar los ajustes que requiera de su oferta, así como el enviar una nueva versión o retirarla definitivamente, siempre y cuando realice el proceso de edición, “retiro de la oferta anterior y confirmación de la nueva versión o retiro definitivo”, antes del vencimiento del plazo para la presentación de la misma.



Señora

**Jacqueliene Henao Naranjo**

[Jacquehenao@gmail.com](mailto:Jacquehenao@gmail.com)

Ciudad

**Concepto C – 082 de 2023**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | CONCURSO DE MÉRITOS – Concepto – Modalidades / CONCURSO DE MÉRITOS – Decreto 1082 de 2015 – Artículo 2.2.1.2.1.3.2 – Suspensión provisional / CONCURSO DE MÉRITOS – Modificación – Decreto 399 de 2021 – Artículo 2 / SUBSANIBILIDAD DE LAS OFERTAS – Principio de selección objetiva – Ley 1882 de 2018 – Ámbito temporal / GARANTÍA DE SERIEDAD – Alcance de la Subsanabilidad / PRESENTACIÓN DE OFERTAS EN SECOP II – Correcciones |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta P20230303002014 |

Estimada señora Jacqueline Henao:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, responde su consulta del 19 de diciembre de 2022.

1. **Problemas planteados**

Usted realiza los siguientes interrogantes:

“En desarrollo de un concurso de méritos en el SECOP II, quedó registrado con la presentación de la propuesta todos los datos concernientes a la poliza de garantia registrando asi el (sic) numero de la garantía y el valor de la misma, sin embargo al momento de cargar el documento por error humano quedó cargado otro documento.

En el entendido que se le otorgó a la entidad el número de póliza lo que da fe que si existía dicha póliza al momento de presentar la propuesta, puede este ser subsanado?”

**2. Consideraciones**

La Subdirección de Gestión Contractual responderá la consulta, luego de analizar los siguientes temas: i) el procedimiento del concurso de méritos después de los autos de suspensión provisional del Consejo de Estado, ii) la reglamentación de esta modalidad de selección en el Decreto 399 de 2021, iii) la subsanabilidad de las ofertas en los procesos de selección del Estatuto General de la Contratación Pública, iv) alcance de la subsanabilidad de la garantía de seriedad y, v) presentación de ofertas en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP II.

Es importante destacar que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente expidió los conceptos C-124 del 25 de marzo de 2020, C-406 y C-477 del 13 de julio de 2020, C-612 del 2 de octubre de 2020, C-761 del 5 de enero de 2021, C- 297 del 17 de junio de 2021, C-339 del 14 de junio de 2021, C-367 del 26 de julio de 2021 y C-408 del 13 de agosto de 2021, C-739 del 2 de febrero de 2022, C-043 del 1 de marzo de 2022, C-165 del 6 de abril de 2022, C-629 del 26 de septiembre de 2022, entre otros, en los cuales analizó la forma como se debe desarrollar el concurso de méritos.

Asimismo, esta Agencia estudió el principio de selección objetiva en la contratación estatal y el ámbito material y temporal de la subsanabilidad de las ofertas en los procesos de selección del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, entre otros pronunciamientos, en los conceptos con radicados Nos. 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 16 de enero de 2020, C–082 de 27 de enero de 2020, C–127 de 12 de febrero de 2020, 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-294 del 18 de mayo de 2020, C-276 y C-277 del 26 de mayo de 2020, C–380 y C–381 del 1 de junio de 2020, C-404 del 12 de junio de 2020, C-352 del 30 de junio de 2020, C-430 del 7 de julio de 2020, C-481 del 27 de julio de 2020, C-465 del 27 de julio de 2020, C-502 del 29 de julio de 2020, C-500 del 3 de agosto de 2020, C-557 del 21 de agosto de 2020, C-563 del 26 de agosto de 2020, C-570 del 27 de agosto de 2020, C-573 del 27 de agosto de 2020, C-595 del 21 de septiembre de 2020, C-713 del 2 de diciembre de 2020 y C-744 del 22 de diciembre de 2020, C-083 del 18 de marzo de 2021, C-311 del 10 de junio de 2021 y C-329 del 8 de julio de 2021C-568 del 11 de octubre de 2021, C-728 de 26 de enero de 2022, C- 114 de 22 de marzo de 2022, C-285 de 20 de mayo de 2022, C-343 de 31 de mayo de 2022, C-416 del 30 de junio de 2022, C-431 del 7 de julio de 2022 y C-434 del 8 de julio de 2022 Las tesis desarrolladas en estos conceptos se reiteran y complementan a continuación:

**2.1. Procedimiento del concurso de méritos después de los autos de suspensión provisional del Consejo de Estado**

El *concurso de méritos* es un procedimiento de selección que deben realizar las entidades estales para escoger “consultores y proyectos”, es decir, para celebrar contratos de consultoría, entendidos estos últimos como aquellos “[…] 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”, según lo dispuesto en el artículo 32, numeral 2, de la Ley 80 de 1993.

El Libro 2, Parte 2, Título 1, Capítulo 2, Sección 1, Subsección 3 del Decreto 1082 de 2015, regula las distintas modalidades del concurso de méritos: i) concurso de méritos abierto o sin precalificación, ii) concurso de méritos cerrado o con precalificación y ii) concurso de méritos “para la selección de consultores de diseño, planos, anteproyectos y proyectos arquitectónicos”. El primero está regulado en los artículos 2.2.1.2.1.3.1 y 2.2.1.2.1.3.2 *ibídem.* El segundo, además de los dos artículos anteriores, lo regulan los artículos 2.2.1.2.1.3.3 a 2.2.1.2.1.3.7 *ejusdem.* El tercero lo regulan los artículos 2.2.1.2.1.3.8 a 2.2.1.2.1.3.25 del mencionado Decreto.

Ahora bien, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en autos del 25 de julio de 2018[[1]](#footnote-1) y del 20 de febrero de 2019[[2]](#footnote-2), suspendió provisionalmente, por un lado, el numeral 6 del artículo 2.2.1.2.1.3.2. original del Decreto 1082 de 2015 –antes de la modificación realizada por el Decreto 399 del 13 de abril de 2021– y, por el otro, los numerales 3, 4 y 5 de la misma disposición, en su redacción original. Las normas suspendidas regulaban el concurso de méritos abierto o sin precalificación. El texto de estos numerales disponía lo siguiente:

Artículo 2.2.1.2.1.3.2. Procedimiento del concurso de méritos. Además de las reglas generales previstas en la ley y en el presente título, las siguientes reglas son aplicables al concurso de méritos abierto o con precalificación:

1. 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 y las publicaciones técnicas y científicas del equipo de trabajo.

2. La Entidad Estatal debe publicar durante tres (3) días hábiles el informe de evaluación, el cual debe contener la calificación técnica y el orden de elegibilidad.

*3. La Entidad Estatal debe revisar la oferta económica y verificar que está en el rango del valor estimado consignado en los documentos y estudios previos y del presupuesto asignado para el contrato.*

*4. La Entidad Estatal debe revisar con el oferente calificado en el primer lugar de elegibilidad la coherencia y consistencia entre: i) la necesidad identificada por la Entidad Estatal y el alcance de la oferta; ii) la consultoría ofrecida y el precio ofrecido, y iii) el precio ofrecido y la disponibilidad presupuestal del respectivo Proceso de Contratación. Si la Entidad Estatal y el oferente llegan a un acuerdo sobre el alcance y el valor del contrato, dejarán constancia del mismo y firmarán el contrato.*

*5. Si la Entidad Estatal y el oferente calificado en el primer lugar de elegibilidad no llegan a un acuerdo dejarán constancia de ello y la Entidad Estatal revisará con el oferente calificado en el segundo lugar de elegibilidad los aspectos a los que se refiere el numeral anterior. Si la Entidad Estatal y el oferente llegan a un acuerdo dejarán constancia del mismo y firmarán el contrato.*

*6. Si la Entidad Estatal y el oferente calificado en el segundo lugar de elegibilidad no llegan a un acuerdo, la Entidad Estatal debe declarar desierto el Proceso de Contratación*. (Énfasis fuera de texto)

Los citados numerales 3, 4 y 5 disponían la verificación del precio. Por un lado, los numerales 3 y 4 exigían que estuviera dentro del presupuesto disponible y que este aspecto fuera producto del acuerdo entre la entidad y el oferente calificado en primer lugar. Por otro lado, el numeral 5 disponía el procedimiento a seguir en el evento en que la entidad estatal y el calificado en primer orden de elegibilidad no llegaran a un acuerdo sobre el precio del contrato. Además, el numeral 6 solo permitía negociar el precio con el proponente que ocupara el segundo orden de elegibilidad, por lo que si no era posible llegar a un acuerdo con este, procedía la declaración de desierta.

El consejo de Estado consideró que los numerales 3,4 y 5 violarían el artículo 5, numeral 4, último inciso, de la Ley 1150 de 2007, pues señaló que: “en ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores”, así como el artículo 25, numeral 2, de la Ley 80 de 1993 que dispone lo siguiente: “[…] las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos […]”. En este sentido, el alto tribunal explicó que la verificación de la coherencia del precio con la disponibilidad presupuestal y la necesidad de que se logre un acuerdo en relación con el mismo desconocía el principio de selección objetiva, convirtiendo el precio en un factor de selección[[3]](#footnote-3). En lo que respecta al artículo 6, este violaría especialmente el artículo 25.18 del Estatuto General y el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, pues la declaratoria de desierta solo procede cuando no es posible la selección objetiva del contratista[[4]](#footnote-4).

En consecuencia, con los autos de suspensión provisional, el concurso de méritos abierto debía desarrollarse aplicando únicamente los numerales 1 y 2 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 original del Decreto 1082 de 2015, esto es, antes de la modificación realizada por el Decreto 399 de 2021, al que se hará referencia en el numeral siguiente. Por lo tanto, *siempre que estuviera dentro del presupuesto oficial*, la entidad estatal debía adjudicar el contrato al proponente que ocupara el primer puesto en el orden de elegibilidad, independientemente del valor ofrecido.

**2.2. Reglamentación del concurso de méritos abierto o con precalificación en el Decreto 399 de 2021**

El artículo 2 del Decreto 399 de 2021 modificó el artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015, en los siguientes términos:

Artículo 2. Modificación del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. Modifíquese el artículo 2.2.1.2.1.3.2. de la Subsección 3 de la Sección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, el cual quedará así:

"Artículo 2.2.1.2.1.3.2. Procedimiento del concurso de méritos. Además de las reglas generales previstas en la ley y en el presente título, las siguientes reglas son aplicables al concurso de méritos abierto o con precalificación:

1. 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.

2. La Entidad Estatal debe publicar durante tres (3) días hábiles el informe de evaluación, el cual debe contener la evaluación de las ofertas frente a todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, incluyendo los requisitos habilitantes y los de asignación de puntaje.

3. Una vez resueltas las observaciones al informe de evaluación, la entidad adjudicará el contrato mediante acto administrativo al oferente que haya cumplido todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y haya obtenido el mayor puntaje".

Como se observa, el artículo 2 del Decreto 399 de 2021 reformó la reglamentación del concurso de méritos, para adecuarla a los pronunciamientos del Consejo de Estado que habían suspendido provisionalmente algunos numerales del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015[[5]](#footnote-5). A diferencia de lo que establecía este artículo en su redacción inicial, con la entrada en vigencia del artículo 2 del Decreto 399 de 2021 se observan los siguientes cambios:

i) El informe de evaluación, que la entidad debe publicar durante tres (3) días hábiles, debe contener ya no solamente la calificación técnica y el orden de elegibilidad, sino “[…] la evaluación de las ofertas frente a todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, incluyendo los requisitos habilitantes y los de asignación de puntaje”. En tal sentido, el informe de evaluación debe dar cuenta de la evaluación completa de las ofertas, lo que incluiría las ofertas económicas. De esta manera, esta disposición permite que los interesados ejerzan su derecho a conocer el informe de evaluación y a formular las observaciones que consideren pertinentes, frente a todos los aspectos de la evaluación de las propuestas.

ii) En armonía con lo anterior, a diferencia de la reglamentación anterior prevista en la redacción original del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015, que establecía que luego de la publicación del informe de evaluación la entidad estatal debía revisar la oferta económica, para constatar su correspondencia con el presupuesto oficial, y que posteriormente debía tratar de llegar a un acuerdo con el oferente calificado en el primer lugar o, en subsidio, con el calificado en segundo orden, el artículo 2 del Decreto 399 de 2021 introduce una modificación trascendental, pues elimina estas etapas y señala, en su lugar, que “Una vez resueltas las observaciones al informe de evaluación, la entidad adjudicará el contrato mediante acto administrativo al oferente que haya cumplido todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y haya obtenido el mayor puntaje”. Esto implica que después de la respuesta a las observaciones del informe de evaluación ya la Entidad Estatal no debe revisar que la oferta económica sea acorde al presupuesto oficial –pues esto lo debió hacer para elaborar el informe de evaluación– y tampoco debe proceder con una fase de “negociación” con el oferente calificado en primer lugar sobre el valor y alcance del contrato, sino que debe proceder a la adjudicación a quien haya presentado objetivamente la mejor oferta, teniendo en cuenta todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones.

iii) Como el nuevo artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 2 del Decreto 399 de 2021, ya no establece una fase de negociación entre la Entidad Estatal y el oferente calificado en el primer lugar de elegibilidad, por sustracción de materia, la Entidad tampoco debe intentar un acuerdo con el oferente calificado en el segundo orden de elegibilidad, ni puede ampararse en el carácter fallido de dicho acuerdo para declarar desierto el proceso de selección, en armonía con lo decidido en los Autos del Consejo de Estado antes señalados.

Un aspecto igualmente importante que introduce el Decreto 399 de 2021 y que incide sobre el trámite del concurso de méritos, tiene que ver con el contenido de los estudios y documentos previos que soportan el Proceso de Contratación. Recuérdese que el numeral 4 del artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015 establecía que la Entidad Estatal no debía “[…] publicar las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato cuando la modalidad de selección del contratista sea en concurso de méritos”. Pues bien, el artículo 1 del Decreto 399 de 2021 elimina esta prohibición, para garantizar que los interesados conozcan la información relacionada con el valor estimado del contrato en los concursos de méritos y potenciar la garantía de los principios de publicidad y transparencia. En efecto, así lo justifica el gobierno nacional en las consideraciones de dicho Decreto:

“Que en consideración a la importancia de conocer los valores y criterios utilizados por las entidades estatales que sirvan de soporte para definir el valor estimado del contrato en la modalidad de selección de concurso de méritos, y ante la inexistencia de una reserva legal de esta información, es necesario eliminar la restricción respecto al deber de publicación de dichos análisis.

Que se considera conveniente dar publicidad a la forma como se calcula el valor del contrato en los concursos de méritos, con la finalidad de garantizar al máximo los principios de publicidad y transparencia. Además, para que los interesados, de conformidad con el artículo 8 de la Ley 1150 de 2007, puedan realizar observaciones al proyecto de pliego de condiciones, que debe incluir el valor estimado del contrato.”

Por lo tanto, a partir de la entrada en vigencia del Decreto 399 de 2021, las Entidades Estatales deben incluir en los estudios previos del concurso de méritos la información correspondiente a las variables empleadas para calcular el valor estimado del contrato, determinando así el presupuesto oficial. Además, los interesados pueden formular observaciones al proyecto de pliego de condiciones sobre este tema. Adicionalmente, en el pliego de condiciones deben establecerse con claridad los requisitos habilitantes y criterios de calificación con fundamento en los cuales la Entidad Estatal elaborará el informe de evaluación respectivo. Al respecto, se aclara que el Decreto 399 de 2021 en ningún caso contradice lo establecido en el artículo 5, numeral 4, de la Ley 1150 de 2007; norma que dispone 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 […]” y que “En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores”. El hecho de que desaparezca la etapa en la cual la Entidad Estatal debía intentar un acuerdo sobre el alcance y el valor del contrato con el oferente calificado en el primer orden de elegibilidad no significa que se esté introduciendo el precio como factor de escogencia. Lo que se deduce del artículo 2 del Decreto 399 de 2021 es que en el pliego de condiciones debe quedar claramente establecido el presupuesto oficial, así como la prohibición de superarlo como requisito habilitante dentro del concurso de méritos.

De lo explicado previamente surge el siguiente interrogante: ¿el artículo 2 del Decreto 399 de 2021, normativa que modifica el artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082, varía el momento en el cual las entidades estatales verifican las ofertas económicas? En la regulación inicialmente prevista por el Decreto 1082 de 2015 la revisión de las ofertas económicas se realizaba luego de publicar el informe de evaluación que contenía la calificación técnica y el orden de elegibilidad[[6]](#footnote-6). En este sentido, vencido el plazo de la fecha del cierre del proceso se evaluaban los documentos referidos a la calificación técnica, cuyo análisis y revisión quedaba contenido en el informe de evaluación. Publicado este informe en la plataforma del Sistema Electrónico de Contratación Pública –SECOP–, se procedía a revisar la oferta económica para determinar que el valor de esta estuviera acorde con el valor del presupuesto estimado por la Entidad.

Por su parte, con fundamento en el Decreto 399 de 2021, la apertura de las ofertas se realiza al momento del cierre del proceso, esto es, vencido el plazo para presentar las ofertas. Lo anterior, teniendo en cuenta que la Entidad Estatal debe evaluar en el informe respectivo los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, incluidos los requisitos habilitantes y los de asignación de puntaje. Una vez resueltas las observaciones presentadas al informe, la entidad adjudicará el contrato mediante acto administrativo. Por tanto, se entiende que en este informe se evaluará el cumplimiento de todas las exigencias previstas en el pliego de condiciones, esto es, los requisitos habilitantes, los factores de evaluación y las ofertas económicas.

**2.3. La subsanabilidad de las ofertas en los procesos de selección del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública**

En el concepto CU — 060 de 16 de enero de 2020, se unificó el concepto de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en torno al alcance de la regla de la subsanabilidad, contenida actualmente en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. En dicho concepto se unificó la tesis expuesta en los conceptos con radicado No. 4201913000006471 del 28 de octubre de 2019, 4201912000006711 del 12 de noviembre de 2019 y 4201912000006496 del 15 de noviembre de 2019, la cual fue reiterada en los conceptos C-082 de 27 de enero de 2020 y C-127 de 12 de febrero de 2020, C−044 de 24 de marzo de 2020, C–013 de 28 de abril de 2020, C−307 de 21 de mayo de 2020, C−372 de 30 de junio de 2020, C−410 de 26 de junio de 2020, C−481 de 27 julio de 2020, C−420 de 28 de julio de 2020, C-730 de 14 de diciembre de 2020, C–779 de 18 de enero de 2020, C-077 de 14 de enero de 2021, C-010 de 16 de febrero de 2021, C-250 del 2 de junio de 2021 C-568 del 11 de octubre de 2021, C-728 del 25 de enero de 2022, C-140 del 28 de marzo de 2022, C-285 del 20 de mayo de 2022, C-416 del 30 de junio de 2022, C-431 del 7 de julio de 2022, C-470 del 25 de julio de 2022, C-505 de 8 de agosto de 2022 y C-681 de 19 de octubre de 2022.

La referida postura indica que, por regla general, la falta de entrega y los defectos, en la acreditación de los requisitos habilitantes son aspectos subsanables. La excepción se encuentra en los casos, previstos en la ley, que limitan la subsanabilidad, es decir, en la prohibición de permitir la entrega de la garantía de seriedad de la oferta que no fue aportada con la propuesta y de valer la acreditación de circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso. En esta línea, la posibilidad de enmendar, corregir o subsanar los errores en los que se incurre en los documentos contentivos de la oferta es un tema que ha tenido diferentes momentos o etapas en el ordenamiento jurídico colombiano.

En un *primer momento,* antes de la entrada en 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 nuevo paradigma que supuso la Constitución de 1991, particularmente en la forma como se relaciona lo formal y lo sustancial en las actuaciones judiciales y administrativas, el cual quedó consignado en el artículo 228, que introdujo un principio de supremacía o prevalencia del derecho sustancial sobre lo procedimental. En este nuevo escenario constitucional, el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 dispuso lo siguiente:

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

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

Bajo el amparo de esta norma, el régimen jurídico de subsanabilidad de las ofertas 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, 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 surgía 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 el artículo 30.7[[7]](#footnote-7), que ordena a la entidad señalar un plazo razonable para evaluar las propuestas y para pedir a los proponentes, de ser necesario, que aclaren o expliquen aspectos que generen dudas y resulten indispensables para llevar a cabo la evaluación; y con el artículo 30.8[[8]](#footnote-8), que consagró el término de 5 días hábiles para que los oferentes presenten observaciones al informe de evaluación de las propuestas, sin que sea posible completar, adicionar, modificar o mejorar su oferta.

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

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

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

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

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, además de consagrar un criterio más claro, y de paso, reducir la discrecionalidad de la Administración, fijó un ámbito temporal para la subsanación de las ofertas: “en cualquier momento, hasta la adjudicación”. El Consejo de Estado, con particular sindéresis, concluyó que a partir del parágrafo 1°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[[9]](#footnote-9).”

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.

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

“ Artículo 5°. De la selección objetiva.

[... ]

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

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

*El primero* es el ámbito temporal para ejercer la facultad de subsanar la oferta, pues la Ley 1882 de 2018 fijó una regla general y una excepción. La regla general es que el límite para que la entidad solicite y para que el proponente corrija lo que haga falta es hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección. La excepción es que el límite anterior no aplica para los procesos de mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta6; en el último los documentos o requisitos subsanables pueden y deben solicitarse hasta el momento previo a la celebración de la audiencia. En cuanto al proceso de mínima cuantía, el Decreto 1860 de 2021 que modifica el Decreto 1082 de 2015, en su artículo 2.2.1.2.1.5.2., numeral 5° dispone que sin perjuicio de la oportunidad que deben otorgar las Entidades para subsanar las ofertas, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, para lo cual se establecerá un término preclusivo para recibir los documentos subsanables. En el evento que no se regule este término los proponentes podrán subsanar sus ofertas hasta antes que finalice el traslado del informe de evaluación7.

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

No obstante, de la lectura de este aparte podrían, en la práctica, darse dos interpretaciones que dan lugar a dos formas de proceder en los procesos de selección, en lo que a la subsanabilidad de las ofertas se refiere. Primera, que la posibilidad para subsanar de los oferentes es el término del traslado del informe de evaluación, ya que es en este documento donde la Administración consigna los requisitos o documentos omitidos que los oferentes deben subsanar, so pena de rechazo; segunda, que el término del traslado del informe de evaluación es el *límite* para la subsanación de ofertas, pero no el único momento para hacerlo.

De acuerdo con la primera interpretación, el informe de evaluación se convierte en la oportunidad que adopta la Administración para decirles a los oferentes qué documentos o requisitos omitieron y deben subsanar y, consecuentemente, el término del traslado es la oportunidad del proponente para cumplir con lo solicitado.

La segunda interpretación permitiría que la Administración requiera al oferente durante el proceso de evaluación de las propuestas, tan pronto advierta que hace falta un documento o requisito que se puede subsanar. En este caso, el proceso de subsanación se podría realizar con anterioridad a la publicación del informe de evaluación, de manera que, una vez se publique el informe ya se encuentren subsanadas las propuestas, sin perjuicio del término límite que concedió la ley.

El segundo cambio importante de la Ley 1882 de 2018 fue la introducción de un criterio material, directamente relacionado con los aspectos subsanables: *“los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso”.* Lo anterior ofrece dos aspectos que merecen clarificación; primero, qué debe entenderse por circunstancias ocurridas con posterioridad; y segundo, qué es el cierre del proceso.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ya había tenido la oportunidad de precisar estas expresiones, a propósito de un concepto en el que se refirió al artículo 10 del derogado Decreto 2474 de 2008, que había determinado que en ningún caso la entidad podía permitir que se acreditaran circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso. El Consejo de Estado precisó que por cierre del proceso debe entenderse el vencimiento del plazo para la presentación de las ofertas y que lo subsanable son las circunstancias que ocurrieron con anterioridad a esa fecha8.

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 proceso9.

Por ejemplo: i) si un oferente olvidó adjuntar con su propuesta el certificado que da cuenta de su inscripción en el RUP, el requisito será subsanable siempre que la prueba allegada demuestre que el hecho, esto es, la inscripción en el registro, ocurrió con anterioridad al cierre del proceso, estando está en firme para dicho momento; ii) si un oferente presentó la propuesta sin allegar la autorización al representante legal, por parte de la junta directiva de la sociedad, el certificado, aunque sea posterior, debe dar cuenta de que el hecho que pretende acreditar –la autorización de la junta– ocurrió antes del vencimiento del término para ofertar10; 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 proceso11; iv) si un oferente olvidó adjuntar un certificado que demuestra un título universitario, el documento, aunque tenga fecha posterior al cierre del proceso, debe acreditar que el título académico se obtuvo con anterioridad al cierre del proceso; v) si un oferente no allegó un certificado de experiencia, el documento que subsana –sin importar que tenga fecha posterior– debe demostrar que la experiencia que se pretende hacer valer se obtuvo antes de vencerse el término para presentar ofertas y vi) si el oferente olvidó firmar la propuesta o presentar una copia de ella, puede subsanar sin que con ello se entienda que acreditó una circunstancia ocurrida con posterioridad al cierre del proceso.

Lo anterior quiere decir que no es la prueba –usualmente un documento– lo que debe ser anterior al cierre del proceso, sino el hecho que ella acredita, es decir, ante la solicitud de la Administración de subsanar determinado requisito, el documento podría estar fechado con posterioridad al vencimiento del término para recibir propuestas, siempre y cuando el hecho que acredite haya ocurrido antes, esto es, que no sea una circunstancia ocurrida con posterioridad al cierre del proceso. Es por esto que el Consejo de Estado sostiene que “*lo que se subsana es la prueba y no la condición habilitante o un elemento de la propuesta [...] lo que se puede remediar es la prueba y no el requisito: La posibilidad debe recaer exclusivamente sobre circunstancias acaecidas antes del cierre del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar ofertas”12.*

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

Ahora bien, la Agencia debe diferenciar entre la regla sobre subsanación de ofertas en los procedimientos de selección, que acaba de explicarse, por un lado, y por el otro lo referido a la *aclaración de las ofertas*, cuestiones que resultan ser distintas, sin perjuicio de que ambas puedan ser considerados como elementos propios del principio de selección objetiva. Así, en aras de que la entidad, al momento de evaluar las ofertas recibidas, pueda realizar tal evaluación de manera adecuada y contando con los elementos de juicio suficientes y necesarios para la comprensión integral de cada documento contenido en la oferta, puede acudir a la facultad que le otorga expresamente el numeral 7 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. Dicha norma señala que entre los componentes que deberá contener el pliego de condiciones incluye al “*plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables”.*

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

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

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

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

“Conforme al art. 30.7 las entidades deben garantizar el derecho que tienen los oferentes de aclarar los aspectos confusos de sus propuestas, facultad que le permitirá a la entidad definir su adecuación o no al pliego. Esta figura constituye una oportunidad propia del proceso de evaluación de las ofertas -que se diferencia de la subsanabilidad -, pues no parte del supuesto de la ausencia de requisitos de la oferta –los que hay que subsanar-, sino de la presencia de inconsistencias o falta de claridad en la oferta, […]. La importancia de diferenciarlos radica en que la aclaración o explicación se admite, incluso, sobre requisitos que afectan la comparación de las ofertas y/o inciden en la asignación del puntaje; se repite, siempre y cuando se trate de inconsistencias o falta de claridad, porque allí no se modifica el ofrecimiento, simplemente se aclara, es decir, se trata de hacer manifiesto lo que ya existe –sólo que es contradictorio o confuso-, se busca sacar a la luz lo que parece oscuro, no de subsanar algo, pues el requisito que admite ser aclarado tiene que estar incluido en la oferta, solo que la entidad tiene dudas sobre su alcance, contenido o acreditación, porque de la oferta se pueden inferir entendimientos diferentes.13”

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.

Por otro lado, 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 adjudicación14. Por ello, la jurisprudencia también explica que *“[…] el proponente debe acogerse al tiempo que le otorga la administración para subsanar o aclarar la oferta, lapso que la entidad no puede extender más allá de la adjudicación […]”15.* De esta manera, “*lo ideal en un proceso de selección es que las aclaraciones y explicaciones se anticipen y soliciten durante la etapa de evaluación, lo más pronto posible, es decir, antes de que la entidad elabore el informe respectivo, de tal manera que las tenga en cuenta para producir ese acto administrativo”.16*

**2.4 Alcance de la Subsanabilidad de la garantía de seriedad**

El artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, que adicionó el parágrafo 3 al artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, proscribe la subsanabilidad de la garantía de seriedad cuando esta no fue entregada junto con la propuesta y que esto será causal de rechazo[[10]](#footnote-10).

De acuerdo con la Gaceta No. 605 del 2016, era necesario eliminar la posibilidad de subsanar la garantía de seriedad hasta antes de la adjudicación del contrato, porque si no se presentaba de manera concomitante con la oferta, en el evento que el proponente retirara su propuesta si la entidad no contaba con la póliza, no podía reclamarle por los perjuicios a ella generados y, por lo tanto, se vería afectado el proceso de selección del proceso de contratación[[11]](#footnote-11) .

Es así, como el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 dispone que la no presentación de la garantía junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de esta. El Código de Comercio regula el contrato de seguro como un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva. El artículo 1.046 ibidem establece que el contrato de seguro se probará por escrito o confesión, y, para los fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar en su original al tomador dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración, el documento contentivo del contrato de seguro, es decir, la póliza de seguro, el cual deberá redactarse en castellano y firmarse por el asegurador[[12]](#footnote-12).

En este sentido, solo para fines probatorios del contrato de seguro, el asegurador está obligado a entregar a su tomador el documento contentivo del contrato de seguro, aunque el mismo se perfeccione por el solo consentimiento de las partes (tomador y asegurador), sin perjuicio de que el asegurador también esté obligado a librar duplicados o copias de la póliza al beneficiario, el asegurado o tomador por solicitud de estos.

El proponente deberá presentar junto con la oferta el documento contentivo del contrato de seguro que expide el asegurador para que la misma no sea rechazada. No obstante, la entrega de este documento no tiene que ser en físico sino que puede ser recibida por la entidad estatal en la plataforma del SECOP o por cualquier otro medio, pues la Ley 1882 de 2018 no exige formalidad alguna para su presentación; y por el contrario el SECOP II, al ser una plataforma transaccional permite que el proponente diligencie y cargue la póliza que garantiza la seriedad de la oferta.

De esta forma, si el proponente al momento de presentar la oferta carga a la plataforma del SECOP II la póliza que expide el asegurador, está cumpliendo con lo prescrito en el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018; y, por lo tanto, la entidad no debería requerir al proponente para que allegue dicho documento en físico, ni mucho menos rechazar su oferta por este motivo.

Ahora, si el proponente presenta su oferta con la póliza de seguro, no es necesario exigirle el comprobante de pago de la prima del contrato de seguro, toda vez que de acuerdo con el artículo 1046 del Código de Comercio, se probará el contrato de seguro con la póliza que expide el asegurador, y, en este sentido, no será necesario exigirle al comprobante de pago de la póliza.

**2.5. Presentación de ofertas en el Sistema Electrónoco para la Contratación Pública – SECOP II**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, con el fin de apoyar el proceso de capacitación de los diferentes partícipes del Sistema de Compra y Contratación Pública, ha elaborado diferentes materiales de formación que responden a la necesidad de difundir las prácticas del uso técnico del SECOP II. En ese orden, emitió la “Guía para presentar ofertas en el SECOP II”[[13]](#footnote-13), en la que se expone el procedimiento técnico que deben tener en cuenta los proveedores para configurar la información presentada como oferta a través de esta plataforma.

En ese orden, los oferentes al momento de crear y presentar sus ofertas en un proceso de contratación en el SECOP II, deberán tener en cuenta que este comprende desde la edición del formulario electrónico de la oferta, hasta la aceptación de los términos y condiciones. De igual forma, esta plataforma controla que la presentación de las ofertas se realice hasta la fecha límite establecida para ello por la Entidad Estatal. Por ende, el SECOP II le permitirá al proveedor realizar los ajustes que requiera de su oferta, así como el enviar una nueva versión o retirarla definitivamente, siempre y cuando realice el proceso de edición, “retiro de la oferta anterior y confirmación de la nueva versión o retiro definitivo”, antes del vencimiento del plazo para la presentación de la misma. Estos cambios no serán visualizados por la entidad, pues únicamente tendrá acceso a la información allí contenida, una vez realice la apertura de las ofertas.

Así pues, resulta relevante señalar que la presentación de las ofertas en SECOP II deben antender en principio, a lo indicado por la Entidad Estatal en el pliego de condiciones, a las Guías que emitie Colombia Compra Eficiente y, a los “Términos y Condiciones” para el uso del SECOP II.

En caso de tener dudas sobre las plataformas administradas por Colombia Compra Eficiente, puede acceder a nuestra “Mesa de Servicio” en el siguiente enlace: <file:///C:/Users/DELL/Downloads/%20https:/www.colombiacompra.gov.co/mesa-de-servicio>

**3. Respuesta**

“En desarrollo de un concurso de méritos en el SECOP II, quedó registrado con la presentación de la propuesta todos los datos concernientes a la poliza de garantia registrando asi el (sic) numero de la garantía y el valor de la misma, sin embargo al momento de cargar el documento por error humano quedó cargado otro documento.

En el entendido que se le otorgó a la entidad el número de póliza lo que da fe que si existía dicha póliza al momento de presentar la propuesta, puede este ser subsanado?”

Conforme a lo expuesto con antelación y con sujeción estricta al principio de legalidad, 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. En tal sentido, la falta de entrega de dicha garantía al momento de presentar la propuesta no es subsanable.

Por otro lado, el parágrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5º de la Ley 1882 de 2018, señala que la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos[[14]](#footnote-14). Por esta disposición es posible subsanar todo el defecto o la falta de documento que no afecta la asignación de puntaje de un proceso de contratación hasta el traslado del informe de evaluación, salvo el proceso de mínima cuantía y el proceso de subasta inversa.

Los errores en el contenido de la póliza no afectan la comparación de las propuestas, porque las entidades no asignan puntaje a la póliza y, por lo tanto, la entidad les debe otorgar la facultad a los proponentes de subsanar cualquier error en el contenido de la póliza, y estos últimos deben subsanarlos hasta el traslado del informe de evaluación, so pena de rechazar la oferta si no se corrige durante el término establecido.

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

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Gabriel Alejandro Murcia Taboada  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Cárdenas Cabeza  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Nohelia del Carmen Zawady Palacio  Subdirectora de Gestión Contractual |

1. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Auto del 25 de julio de 2018. Rad. 56.165A. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-1)
2. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Auto del 20 de febrero de 2019. Rad. 61.463. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sobre este aspecto, «[…] los numerales 3, 4 y 5 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del decreto acusado resultan violatorios del citado artículo 5, numeral 4, de la Ley 1150 de 2007, pues, en efecto, revisar la coherencia del «[…] precio ofrecido […]» con la disponibilidad presupuestal (núm. 4, art. 2.2.1.2.1.3.2), así como disponer que se debe llegar a un «acuerdo» sobre el mismo (numerales 4 y 5, art. 2.2.1.2.1.3.2), como lo hace el decreto acusado, desconoce el principio de selección objetiva, en la medida en que incluir factores económicos en los concursos de méritos implica, necesariamente, que el precio se torne determinante para la escogencia de los contratistas, circunstancia que, como se ve, viola la citada norma, pues en ningún caso el precio puede ser factor de escogencia bajo la modalidad del concurso de méritos.

   »Sumado a lo anterior, el Despacho encuentra que los numerales 4 y 5 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del decreto acusado violan lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, pues es claro que se siguen «[…] trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos […]» en la ley; en efecto, celebrar un «acuerdo» sobre el precio ofrecido es una situación que, de una u otra forma, aboca a la entidad a una segunda evaluación de lo que para ella sería la oferta más favorable –según el precio–, cuando para este segundo momento se supone que ya se debió haber verificado el cumplimiento de los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones para la escogencia del contratista; en consecuencia, no se entiende porqué, luego de agotado todo el procedimiento de selección objetiva, se tenga que realizar un acuerdo sobre el precio ofrecido» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Auto del 20 de febrero de 2019. Rad. 61.463. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera). [↑](#footnote-ref-3)
4. En efecto, «[…] cuando el numeral 6 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015 dispuso que la entidad estatal debe declarar desierto el concurso de méritos cuando aquella no llegue a un acuerdo con el segundo lugar de elegibilidad, sí excedió el contenido de los artículos 25 (numeral 18) de la Ley 80 de 1993 y 5 de la Ley 1150 de 2007, puesto que, se reitera, dado que el legislador previó dicha decisión para cuando se presentaran motivos que impidieran la selección objetiva, sin restringirlos» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Auto del 25 de julio de 2018. Rad. 56.165A. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico). [↑](#footnote-ref-4)
5. En efecto, dentro de las consideraciones que motivan el Decreto 399 de 2021 se lee la siguiente: «Que teniendo en cuenta que el Auto del 20 de febrero de 2019 Exp. 61.463 de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado suspendió provisionalmente los numerales 3, 4 y 5 del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional y que el Auto del 25 de julio de 2018 Exp. 56.165 de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado suspendió provisionalmente el numeral 6 de la misma disposición, los cuales están relacionados con las reglas aplicables al procedimiento de concurso de méritos, es necesario modificar dicho artículo para establecer las reglas aplicables a esta modalidad de selección». [↑](#footnote-ref-5)
6. Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.2.1.3.2. Procedimiento de Concurso de méritos. […]

   «1. 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 y las publicaciones técnicas y científicas del equipo de trabajo.

   »2. La Entidad Estatal debe publicar durante tres (3) días hábiles el informe de evaluación, el cual debe contener la calificación técnica y el orden de elegibilidad.

   »3. La Entidad Estatal debe revisar la oferta económica y verificar que está en el rango del valor estimado consignado en los documentos y estudios previos y del presupuesto asignado para el contrato.

   »4. La Entidad Estatal debe revisar con el oferente calificado en el primer lugar de elegibilidad la coherencia y consistencia entre: (i) la necesidad identificada por la Entidad Estatal y el alcance de la oferta; (ii) la consultoría y el precio ofrecidos; y (iii) el precio ofrecido y la disponibilidad presupuestal del respectivo Proceso de Contratación. Si la Entidad Estatal y el oferente llegan a un acuerdo sobre el alcance y el valor del contrato, dejarán constancia de este y firmarán el contrato.

   […]» [↑](#footnote-ref-6)
7. 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-7)
8. 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-8)
9. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2014. Expediente: 25.804. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-9)
10. Ley 1150 de 2007, artículo 5, Parágrafo 3: “La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma”. [↑](#footnote-ref-10)
11. Gaceta 605 del 10 de agosto de 2016: «Aunque resulte extraña la anterior proposición, hoy en Colombia impera la posición según la cual, en la medida en que de la garantía de seriedad de la oferta no afecta la asignación de puntaje, su presentación, así como y la corrección de errores contenidos en esta, son susceptibles de subsanación hasta antes de oferta.

    »Esto ha generado, además de las precipitadas prácticas colusivas, una desprotección del patrimonio público por cuanto no existe un amparo del riesgo de retiro de la oferta por parte de los proponentes después de vencido el plazo fijo para la presentación de las ofertas». [↑](#footnote-ref-11)
12. El Código de comercio el artículo 1046, indica frente a la prueba del contrato de seguro que se hará por escrito o por confesión: «Con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración el documento contentivo del contrato de seguro, el cual se denomina póliza, el que deberá redactarse en castellano y firmarse por el asegurador.

    »La Superintendencia Bancaria señalará los ramos y la clase de contratos que se redacten en idioma extranjero.

    »Parágrafo. El asegurador está también obligado a librar a petición y a costa del tomador, del asegurado o del beneficiario duplicados o copias de la póliza». [↑](#footnote-ref-12)
13. Para consultar la Guía para presentar ofertas en SECOP II, de clic en el siguiente enlace: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_step/cce-sec-gi-04provpcpresentaroferta07-09-2020.pdf> [↑](#footnote-ref-13)
14. La Ley 1150 de 2007, artículo 5, indica: «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-14)