FORMATO PQRSD

**Código:** CCE-REC-FM-13 **Versión:** 01 DEL 15 DE JUNIO DE 2023

Señor

# Daniel Esteban Benítez Guerrero

Bogotá

# Concepto C-245 de 2023

**Temas:** SUBSANABILIDAD ‒ Ámbito temporal ‒ Límite temporal ‒ Regla general / INFORME DE EVALUACIÓN ‒ Traslado informe ‒ Límites subsanación ‒ Interpretación / SUBSANABILIDAD ‒ Criterio material ‒ Aspectos subsanables ‒ Circunstancias anteriores ‒ Circunstancias posteriores / ACLARACIÓN DE LA PROPUESTA ‒ Diferencia ‒ Subsanabilidad.

**Radicación:** Respuesta a consulta P20230524011565

Estimado señor Daniel Benítez

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8° del artículo 11 y el numeral 5° del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública

– Colombia Compra Eficiente responde su petición del 24 de mayo de 2023, en la que formuló la siguiente consulta:

# Problema planteado

Usted formula la siguiente consulta:

“cuál es la diferencia entre una SUBSANACION y una ACLARACION o Explicación, lo anterior teniendo en cuenta que los documentos que asignan puntaje son únicamente objeto de ACLARACION o EXPLICACION. En este sentido tengo entendido que la SUBSANACION corresponde a la PRESENTACION nuevamente de un documento con la corrección de errores o inexactitudes que pueda presentar, en el caso de formatos que acrediten condiciones previas al cierre. ¿Pero entonces una ACLARACION de un formato que asigne puntaje, correspondería entonces a que un proponente haga entender el documento entregado? o en caso de que el mismo presente una inexactitud o un error de diligenciamiento aclare lo que se diligencio?”

# Consideraciones

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3, numeral 5° y 11, numeral 8° del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **1** DE **15** |

FORMATO PQRSD

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **2** DE **15** |

**Código:** CCE-REC-FM-13 **Versión:** 01 DEL 15 DE JUNIO DE 2023

Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes 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 pública1. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Sin perjuicio de lo anterior, la Agencia –dentro de los límites de sus atribuciones– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo, para responder los anteriores cuestionamientos, se analizarán los siguientes temas: i) Alcance de la regla de la subsanabilidad de las ofertas en los procedimientos de selección. Unificación de criterio. ii) Aclaración de la propuesta presentada por el oferente.

# Alcance de la regla de la subsanabilidad de las ofertas en los procedimientos de selección. Unificación de criterio.

A continuación, se reitera la posición de esta Subdirección en torno al alcance de la regla de la subsanabilidad, contenida actualmente en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Al respecto, la postura que se reitera en el presente concepto es la siguiente: por regla general,

1. la falta de entrega o ii) los defectos, de los requisitos habilitantes, son subsanables. La excepción se encuentra en los casos, previstos en la ley, que limitan la subsanabilidad, es decir, en la prohibición de permitir la entrega de la garantía de seriedad de la oferta que no

1 La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 ibidem señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública”. Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”.



FORMATO PQRSD

**Código:** CCE-REC-FM-13 **Versión:** 01 DEL 15 DE JUNIO DE 2023

fue aportada con la propuesta y de valer la acreditación de circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

En efecto, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en el concepto con radicado No. 4201913000006471 del 28 de octubre de 2019, analizó el régimen jurídico de la subsanabilidad. De igual forma, en los conceptos con radicados No. 4201912000006711 del 12 de noviembre de 2019 y 4201912000006496 del 15 de noviembre de 2019 reiteró el desarrollo normativo y jurisprudencial para subsanar los errores de los documentos presentados en la oferta. La tesis propuesta en estos conceptos es la que se expone a continuación:

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

En un *primer momento*, antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, el régimen jurídico de la subsanabilidad de las ofertas estaba compuesto por el Decreto-ley 150 de 1976 y el Decreto-ley 222 de 1983. Bajo el imperio de estas normas, la posibilidad de subsanar errores era prácticamente inexistente, debido al excesivo formalismo procedimental que irradiaba la actuación administrativa. En este contexto, por ejemplo, no era extraordinario que una oferta fuera rechazada por no aportar una copia de esta.

En un *segundo momento* se expidió la Ley 80 de 1993, bajo el paradigma que supuso la Constitución de 1991, particularmente en la forma como se relaciona lo formal y lo sustancial en las actuaciones judiciales y administrativas. Este cambio ideológico quedó consignado en el artículo 228, que introdujo el principio de supremacía o prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental.

En este nuevo escenario constitucional, el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 dispuso lo siguiente:

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

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

Bajo el amparo de esta norma, el régimen jurídico de subsanabilidad de las ofertas sufre un cambio fundamental, pues ya no era posible rechazar las ofertas por falta de

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **3** DE **15** |

FORMATO PQRSD

**Código:** CCE-REC-FM-13 **Versión:** 01 DEL 15 DE JUNIO DE 2023

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 30.72, 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 30.83, 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 debía concluirse 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.

2 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”.

3 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”.



|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **4** DE **15** |

FORMATO PQRSD

**Código:** CCE-REC-FM-13 **Versión:** 01 DEL 15 DE JUNIO DE 2023

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 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 suficientemente4.

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:

Artículo 5°. De la selección objetiva. (... )

4 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).



|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **5** DE **15** |

FORMATO PQRSD

**Código:** CCE-REC-FM-13 **Versión:** 01 DEL 15 DE JUNIO DE 2023

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.

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;

1. mantiene 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 subasta5; en el último los documentos o requisitos subsanables pueden y 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*”.

5 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”.



|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **6** DE **15** |

FORMATO PQRSD

**Código:** CCE-REC-FM-13 **Versión:** 01 DEL 15 DE JUNIO DE 2023

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 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 la primera interpretación, el informe de evaluación se convierte en la oportunidad que adopta 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.

Así pues, 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.

De otro lado, el segundo cambio importante de la Ley 1882 de 2018 fue la introducción de un criterio material, directamente relacionado con los aspectos

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **7** DE **15** |



FORMATO PQRSD

**Código:** CCE-REC-FM-13 **Versión:** 01 DEL 15 DE JUNIO DE 2023

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 20086, 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:

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la última norma en cita -Decreto 2474 de 2008, aparte subrayado-, establece un límite a la subsanabilidad, puesto que en cualquier caso debe referirse o recaer sobre circunstancias ocurridas antes del cierre del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar ofertas.

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

6 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).

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **8** DE **15** |



FORMATO PQRSD

**Código:** CCE-REC-FM-13 **Versión:** 01 DEL 15 DE JUNIO DE 2023

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 participar7.

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:

* 1. 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;
	2. 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 ofertar8;
	3. 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 proceso9;
	4. 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;

7 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).

8 Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2011. C.P. Jaime Orlando Santofimio. Rad. 36.408.

9 Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2014. C.P. Enrique Gil Botero. Rad. 25.804.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **9** DE **15** |



FORMATO PQRSD

**Código:** CCE-REC-FM-13 **Versión:** 01 DEL 15 DE JUNIO DE 2023

* 1. 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

* 1. 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”10. En tal sentido, esta Subdirección, en concepto emitido en respuesta a la Consulta 4201912000007418 del 30 de octubre de 2019, analizó si era o no posible subsanar el RUP vencido, para lo cual precisó el alcance de la prohibición de permitir subsanar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del procedimiento de selección. En tal sentido, indicó que no es relevante que, al subsanar dichos documentos, su fecha de actualización sea posterior a la del cierre, sino que las circunstancias que acrediten hayan ocurrido antes.

Esta tesis fue reiterada por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el concepto con radicado 4201912000008198, en el que indicó que las certificaciones de experiencia que no otorgaran puntaje podían aportarse corregidos o incluso, en reemplazo de las que no cumplieran el requisito habilitante, siempre que en los documentos aportados en la etapa de subsanabilidad no se acreditara experiencia adquirida con posterioridad al cierre del procedimiento de selección. Por tanto, señaló que “el oferente podrá acreditar su experiencia con certificaciones de contratos diferentes a los inicialmente aportados, siempre que acrediten la experiencia adquirida antes del cierre del proceso”, pero que “Si las certificaciones prueban que la experiencia del proponente se adquirió con posterioridad al cierre del proceso no se podrá aportar, porque esto implicaría una mejora, adición o complemento de la oferta”.

10 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).

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **10** DE **15** |



FORMATO PQRSD

**Código:** CCE-REC-FM-13 **Versión:** 01 DEL 15 DE JUNIO DE 2023

Una reiteración de 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, se encuentra 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–; 2201913000008049 del 28 de octubre de 2019 –en el que se iteró 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.

# 2.3. Aclaración de la propuesta presentada por el oferente

Efectuada la evaluación de las propuestas por la entidad estatal contratante, los oferentes tendrán derecho, en el término legalmente establecido, a presentar observaciones al informe contentivo de la misma. No obstante a los proponentes se les prohíbe, en ejercicio de ese derecho, completar, adicionar, modificar o mejorar sus

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **11** DE **15** |

FORMATO PQRSD

**Código:** CCE-REC-FM-13 **Versión:** 01 DEL 15 DE JUNIO DE 2023

propuestas11. Esa prohibición se denomina como regla de inalterabilidad de la propuesta, cuyo propósito no es otro que garantizar los principios de transparencia e igualdad de los proponentes.

Sin embargo, a solicitud de la entidad contratante o con ocasión de las observaciones presentadas por los proponentes al informe de evaluación, los oferentes tienen el derecho a contestar las glosas planteadas sobre sus propuestas aclarando los aspectos objeto de controversia, sin que tal aclaración implique una modificación o adición de la propuesta. En relación con este asunto el Consejo de Estado afirmó:

[l]o anterior no impide que se puedan hacer aclaraciones a las propuestas bien porque la administración 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.

[…]

En síntesis, por regla general, las modificaciones de las propuestas ulteriores al cierre de la licitación son inadmisibles y deben ser rechazadas por la administración, so pena de vulnerar los principios de igualdad y transparencia, pero ello no obsta para que se puedan considerar aclaraciones que no las alteren sustancialmente.12

Nótese como de tiempo atrás se ha reconocido la posibilidad de efectuar aclaraciones a las propuestas presentadas por los oferentes. Aclaraciones que pueden inclusive versar sobre la corrección de aspectos puramente formales, sin lugar a que por ese hecho la propuesta sea rechazada.

Posteriormente, en consideración al derecho que les asiste a los proponentes de aclarar cualquier aspecto de su oferta13, y teniendo en cuenta que la falta de claridad de la propuesta no” conlleva en sí misma una pretensión de subsanabilidad, el Consejo de Estado determinó que existe diferencia entre subsanar y aclarar, así:

11 Ley 80 de 1993: “Artículo 30. De la estructura de los procedimientos de selección. La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas: […]

“8º. 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”.

12 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de mayo de 2012. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 22.089.

13 Ley 80 de 1993: “Artículo 30. De la estructura de los procedimientos de selección. La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas: […]

“7º. De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones 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”.



|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **12** DE **15** |

FORMATO PQRSD

**Código:** CCE-REC-FM-13 **Versión:** 01 DEL 15 DE JUNIO DE 2023

“En todo caso, se insiste en que subsanar no es lo mismo que aclarar o explicar, aunque en ocasiones aquél se use como consecuencia de las explicaciones dadas. 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.

Lo anterior tampoco significa que si el proponente claramente incumple un requisito sustancial del pliego –de los que producen el rechazo- la entidad tenga que pedir explicaciones, pues en tal caso hay claridad y podrá: i) rechazar inmediatamente la oferta, o ii) solicitar antes que se subsane, si es susceptible de ello”.14

En esa misma línea, la citada autoridad judicial, nuevamente, se pronunció 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, así que el requisito que el pliego exige aparentemente lo cumple la propuesta, pero la entidad duda si efectivamente es así.

De esta manera, aclarar o explicar es diferente a subsanar, pues aquellas acciones no presumen agregar a la oferta requisitos omitidos, luego solicitados por la entidad; la idea inicial más fuerte de su significado es hacer manifiesto, más perceptible, comprensible o dar a entender las causas de lo que sí se encuentra en la oferta, es decir, no se trata de agregar algo a lo propuesto, sino de dar a entender lo que contiene”15

Así las cosas, es plausible la diferencia entre subsanar y aclarar, dado que el primero de los términos se refiere a la posibilidad de adicionar, completar o corregir la propuesta respecto de uno o algunos de los requisitos habilitantes, que por demás no otorgan puntaje

14 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 12 de noviembre de 2012. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 27.986.

15 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 3 de junio de 2015. C.P. Olga Melida Valle De De La Hoz (E). Exp. 31.211.



|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **13** DE **15** |

FORMATO PQRSD

**Código:** CCE-REC-FM-13 **Versión:** 01 DEL 15 DE JUNIO DE 2023

a la oferta, mientras que el segundo guarda relación con aspectos confusos de la propuesta ya sea respecto de requisitos habilitantes o de requisitos que otorgan puntaje inclusive.

En virtud de lo anterior, en el evento en que la entidad estatal, con ocasión de la elaboración del informe de evaluación de las propuestas o de las observaciones presentadas por los proponentes al mismo, identifique en una propuesta aspectos que no sean claros o generen dudas, podrán requerir al proponente para que haga la aclaración correspondiente.

Presentada la aclaración por parte del oferente, la entidad estatal, en ejercicio de su autonomía y como directora del proceso de contratación, analizará y valorará los argumentos del proponente, para establecer si efectivamente se trata de una aclaración o si en realidad comporta una adición, modificación o mejora sustancial de la propuesta; hecho este que acarreará el rechazo de la misma.

En conclusión, habida consideración del principio de prevalencia de lo sustancial sobre la forma, podrán aclararse aspectos puramente formales de las propuestas, inclusive aquellos que otorgan puntaje, siempre y cuando esos hechos no conlleven una adición, modificación o mejora sustancial de la oferta.

# Respuesta

“cuál es la diferencia entre una SUBSANACION y una ACLARACION o Explicación, lo anterior teniendo en cuenta que los documentos que asignan puntaje son únicamente objeto de ACLARACION o EXPLICACION. En este sentido tengo entendido que la SUBSANACION corresponde a la PRESENTACION nuevamente de un documento con la corrección de errores o inexactitudes que pueda presentar, en el caso de formatos que acrediten condiciones previas al cierre. ¿Pero entonces una ACLARACION de un formato que asigne puntaje, correspondería entonces a que un proponente haga entender el documento entregado? o en caso de que el mismo presente una inexactitud o un error de diligenciamiento aclare lo que se diligencio?”

Frente a los interrogantes planteados y atendiendo a lo descrito en el presente documento se puede inferir que, la diferencia entre subsanar y aclarar, esta definida en que el primero de los términos se refiere a la posibilidad de adicionar, completar o corregir la propuesta respecto de uno o algunos de los requisitos habilitantes, que por demás no otorgan puntaje a la oferta, mientras que el segundo guarda relación con aspectos confusos de la propuesta ya sea respecto de requisitos habilitantes o de requisitos que otorgan puntaje inclusive.

En virtud de lo anterior, en el evento en que la entidad estatal, con ocasión de la elaboración del informe de evaluación de las propuestas o de las observaciones presentadas por los proponentes al mismo, identifique en una propuesta aspectos que no

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **14** DE **15** |





FORMATO PQRSD

**Código:** CCE-REC-FM-13 **Versión:** 01 DEL 15 DE JUNIO DE 2023

sean claros o generen dudas, podrán requerir al proponente para que haga la aclaración correspondiente. Presentada la aclaración por parte del oferente, la entidad estatal, en ejercicio de su autonomía y como directora del proceso de contratación, analizará y valorará los argumentos del proponente, para establecer si efectivamente se trata de una aclaración o si en realidad comporta una adición, modificación o mejora sustancial de la propuesta; hecho este que acarreará el rechazo de la misma.

En conclusión, habida consideración del principio de prevalencia de lo sustancial sobre la forma, podrán aclararse aspectos puramente formales de las propuestas, inclusive aquellos que otorgan puntaje, siempre y cuando esos hechos no conlleven una adición, modificación o mejora sustancial de la oferta.

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

Atentamente,



Elaboró: Sergio Luis Mondragón Duarte

Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual Alejandro Sarmiento Cantillo

Gestor código T1 grado15 de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó:

Gabriel Mendoza

Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual



|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **15** DE **15** |

Aprobó: Nohelia Del Carmen Zawady Palacio

 Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE

