**REQUISITOS HABILITANTES – Concepto**

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

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

**REQUISITOS HABILITANTES – Carácter enunciativo – Artículo 5 de la Ley 1150 de 2007**

La Agencia Nacional de Contratación Pública ha defendido el carácter enunciativo del listado de los requisitos habilitantes contenidos en el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en la medida en que la referida disposición, al referirse a los requisitos habilitantes, no contiene una expresión como «únicamente» o «solo», de la que pueda colegirse la taxatividad de los requisitos mencionados.

En ese sentido, si bien la Ley 1150 de 2007 estableció unos requisitos habilitantes para los proponentes –la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, la capacidad financiera y la capacidad de organización–, estos no son taxativos. En consecuencia, corresponde a las entidades estatales, durante la etapa de planeación del contrato estatal, estudiar y determinar los requisitos habilitantes que establecerán en los pliegos de condiciones, los cuales deben fijarse de forma adecuada y proporcional.

En ese sentido, las entidades estatales son autónomas para definir los requisitos habilitantes, pero tal facultad debe ser ejercida procurando diseñar condiciones habilitantes de manera objetiva, de suerte que estas sirvan para determinar si los participantes del proceso de contratación cuentan con las capacidades que los hacen aptos para ejecutar el objeto contractual. Para esto resulta indispensable que los requisitos establecidos por la entidad, además se fijen de manera adecuada y proporcional a las características del objeto ofertado, procurando además ceñirse a la normativa que resulte aplicable.

**SUBSANABILIDAD – Regla – Requisitos habilitantes – Ley 1882 de 2018**

Esta Subdirección se ha pronunciado en diversas oportunidades acerca del alcance de la regla de la subsanabilidad, contenida actualmente en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. Al respecto, la postura que se reitera en el presente concepto es la siguiente: por regla general, la falta de entrega o los defectos frente a los requisitos que no asignan puntaje, son subsanables. La excepción se encuentra en los casos, previstos en la ley, que limitan la subsanabilidad, como, por ejemplo, la prohibición de permitir la entrega de la garantía de seriedad de la oferta que no fue aportada con la propuesta y de permitir la acreditación de circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

[…]

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

[…]

Por otro lado, el *segundo* cambio importante de la Ley 1882 de 2018 es el correspondiente a la garantía de seriedad, a la cual hace referencia en su consulta. El parágrafo 3 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 dispone que la falta de entrega de la garantía de seriedad es insubsanable. Al respecto, la norma prescribe lo siguiente: “Parágrafo 3o. La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma”.

Finalmente, el *último* cambio 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”**.** Esta regla tiene una finalidad particular y es que, al momento de presentar la oferta, el proponente la deberá hacerlo de forma íntegra y así evitar que a lo largo del procedimiento contractual complete o adicione su propuesta, conforme mejora su situación particular.

Bogotá D.C., 13 de septiembre de 2024



Señora

**Sofia González**

sofia.gonzalezb@urosario.edu.co

Bogotá D.C.

|  |  |
| --- | --- |
|  | **Concepto C-426 de 2024** |
| **Temas:**  | REQUISITOS HABILITANTES – Concepto / REQUISITOS HABILITANTES – Carácter enunciativo – Artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 / SUBSANABILIDAD – Regla – Requisitos habilitantes – Ley 1882 de 2018 |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta con radicado No. P20240731007891 |

Estimada señora Sofia:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– responde su solicitud de consulta, remitida por la Superintendencia de Industria y Comercio el 31 de julio de 2024 con oficio remisorio No. 24-305377, en la cual manifiesta lo siguiente:

“1. En el marco de procesos licitatorios que ordene la ley, ¿es jurídicamente viable otorgar un derecho a igualar o mejorar oferta, a favor de un participante específico?

2. En el marco de estos procesos licitatorios, ¿es viable pactar dentro de sus condiciones la posibilidad de tener una segunda ronda de presentación de posturas después de la primera adjudicación?”.

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

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias particulares y concretas mencionadas en su petición, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con los problemas jurídicos de su consulta.

1. **Problema planteado:**

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá los siguientes problemas jurídicos: 1) ¿Es posible para los proponentes mejorar las ofertas en un proceso de selección? Y, 2) ¿Es posible que exista una segunda adjudicación en un proceso de selección?

1. **Respuesta:**

|  |
| --- |
| 1. Frente al primer interrogante planteado, es menester señalar que la subsanabilidad es un mecanismo previsto en los procedimientos regulados por el Estatuto de Contratación Estatal de Colombia; regla prevista en los parágrafos 1 al 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por la Ley 1882 de 2018, en tanto que permite que los proponentes puedan enmendar, corregir o modificar los errores en los documentos de la oferta respecto a los requisitos habilitantes.

En ese orden de ideas, conforme a la norma señalada los requisitos habilitantes dentro de los procesos de contratación como regla general son subsanable siempre y cuando estos no afecten la asignación de puntaje, y deberán ser solicitados por las entidades estatales y entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección. En caso tal, si el proponente no subsana la información solicitada por la entidad dentro del plazo, será rechazada la oferta.Por lo antes señalado, la norma es clara y permite la subsanación más no la “mejora” de una oferta, de tal manera que, no podrán mejorarse las ofertas en los procesos de selección, ya que, no se pueden acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.Aunado a lo anterior, mejorar una oferta, es contrario a los principios de la función pública y de la contratación estatal, tales como transparencia, imparcialidad, selección objetiva y las reglas del proceso de contratación.1. Frente al segundo interrogante, esta circunstancia es posible en los eventos en que i) el primer adjudicatario desista de la suscripción del contrato,[[1]](#footnote-1) y ii) el primer adjudicatario esté inmerso en las causales de inhabilidades o incompatibilidades contempladas en el artículo 9 de la Ley 80 de 1993, entre otras.

Es menester señalar que frente a la posibilidad de adjudicar en caso de desistimiento del adjudicatario, es facultativo de la entidad adjudicar al segundo en lista, ya que la el numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 establece que *“la entidad estatal mediante acto administrativo debidamente motivado, podrá adjudicar el contrato, dentro de los quince (15) días siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad”.*Frente a la segunda causal, cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de un proceso de selección, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo, y en virtud del principio de celeridad la administración podrá dar aplicación al numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. |

1. **Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

* Los *requisitos habilitantes* se definen como aquellas exigencias de participación en los procedimientos de selección, establecidas en disposiciones normativas, de carácter legal o reglamentario, o contenidas en el acto administrativo que regula las reglas de la convocatoria–es decir, en el pliego de condiciones o el documento equivalente a este–. Se diferencian de los *criterios de evaluación* –también conocidos como criterios de calificación– en que estos son los factores definidos por la entidad estatal para la asignación de puntaje en el momento de la comparación de las ofertas, y que, a partir de su ponderación, permiten establecer el orden de elegibilidad y, por ende, la propuesta ganadora.
* Los requisitos habilitantes constituyen los requerimientos mínimos con los que deben cumplir los proponentes para poder participar en el procedimiento de selección, razón por la que los mismos no se valoran con un puntaje tendiente a determinar el orden de escogencia, sino que se analizan como criterios previos a la evaluación en sentido estricto, de manera que quienes no los reúnan no pueden continuar en el procedimiento de selección, es decir, incurren en causal de rechazo. Esto sin perjuicio del derecho que tienen los oferentes de subsanar los defectos que se presenten en la prueba de tales requisitos, de conformidad con el artículo 5, parágrafos 1º al 4º, de la Ley 1150 de 2007.
* El mencionado artículo dispone que se considera “[…] objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”. En ese contexto, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus documentos equivalentes deberán tener en cuenta, entre otras cuestiones, los criterios establecidos en dicha disposición.
* Específicamente, el numeral 1º del artículo referido establece que en los procesos de selección de contratistas serán objeto de verificación, como requisitos habilitantes, entre otros, los siguientes: i) la capacidad jurídica; ii) la experiencia; iii) la capacidad financiera y iv) la capacidad de organización. En efecto, la normativa citada dispone:

“Artículo 5. De la Selección Objetiva.

[…]

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

* La Agencia Nacional de Contratación Pública ha defendido el carácter enunciativo del listado de los requisitos habilitantes contenidos en el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en la medida en que la referida disposición, al referirse a los requisitos habilitantes, no contiene una expresión como “únicamente” o “solo”, de la que pueda colegirse la taxatividad de los requisitos mencionados. Esta conclusión además se apoya en una la lectura integral de las normas que regulan la contratación estatal, en virtud de la cual es posible evidenciar que existen otras condiciones que deben cumplirse para la contratación con entidades públicas, de las que derivan requisitos habilitantes, como sucede, por ejemplo, con la capacidad residual a la que se refiere el artículo 6º, parágrafo 1, de la Ley 1150 de 2007[[2]](#footnote-2).
* Por otro lado, en el “Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación”, expedido por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se determinaron los parámetros para establecer, acreditar y subsanar los requisitos habilitantes. Allí también se precisó que estos tienen como fin primordial medir “la aptitud del proponente para participar en un Proceso de Contratación como oferente y están referidos a su capacidad jurídica, financiera, organizacional y su experiencia”. De acuerdo con el Manual, su propósito consiste en “establecer unas condiciones mínimas para los proponentes de tal manera que la Entidad Estatal sólo evalúe las ofertas de aquellos que están en condiciones de cumplir con el objeto del Proceso de Contratación”.
* Así las cosas, al tratarse de condiciones mínimas, significa que las entidades podrían establecer otras, según su autonomía de la voluntad, y teniendo en cuenta el objeto del contrato, los riesgos detectados en los estudios previos, el presupuesto oficial, entre otros factores.
* Al respecto, en la Sentencia C-004 de 2017, la Corte Constitucional señaló que “[l]a determinación de dichas condiciones habilitantes para participar, es competencia de la entidad que planee la celebración del contrato, a través de la valoración en concreto de las características mínimas de idoneidad, experiencia, capacidad jurídica y financiera para que la realización del objeto contractual resulte eficiente y eficaz frente a la necesidad identificada”.
* En ese sentido, si bien la Ley 1150 de 2007 estableció unos requisitos habilitantes para los proponentes –la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, la capacidad financiera y la capacidad de organización–, estos no son taxativos. En consecuencia, corresponde a las entidades estatales, durante la etapa de planeación del contrato estatal, estudiar y determinar los requisitos habilitantes que establecerán en los pliegos de condiciones, los cuales deben fijarse de forma adecuada y proporcional.
* El Decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.1.1.1.6.2 reglamenta los requisitos habilitantes, estableciendo que estos deben ser señalados en los pliegos de condiciones o en la invitación[[3]](#footnote-3), lo cual es concordante con el numeral 5 del artículo 2.2.1.1.2.1.3, en el que se establece como uno de los componentes mínimos de los pliegos de condiciones a las reglas aplicables a la presentación y evaluación de las ofertas, entre las que se inscriben las relativas a la acreditación de las condiciones habilitantes. Establece además el artículo 2.2.1.1.1.6.2 que la determinación de los requisitos habilitantes debe ser realizada en función de criterios como el riesgo del proceso de contratación, el valor del contrato, el análisis del sector económico respectivo y el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial.
* Los mencionados criterios deben ser aplicados de manera tal que de la ponderación de los mismos resulten requisitos que permitan medir la aptitud de los oferentes para cumplir con el contrato, y que, además de ser proporcionales y adecuados al objeto del contrato, no limiten la participación en el proceso de selección.
* En ese sentido, las entidades tienen autonomía para estructurar los requisitos habilitantes en los procesos que adelantan, pero tal facultad no puede ejercerse de forma arbitraria, caprichosa y, mucho menos, con el ánimo de direccionar el proceso de contratación o favorecer a alguno de los proponentes. Tampoco puede suceder que el ejercicio de dicha atribución se haga con desconocimiento de los límites impuestos por la normativa vigente, como, por ejemplo, el parágrafo 2 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que prohíbe exigir certificaciones de sistemas de gestión de calidad como requisito habilitante.
* De tal manera que, las entidades estatales son autónomas para definir los requisitos habilitantes, pero tal facultad debe ser ejercida procurando diseñar condiciones habilitantes de manera objetiva, de suerte que estas sirvan para determinar si los participantes del proceso de contratación cuentan con las capacidades que los hacen aptos para ejecutar el objeto contractual. Para esto resulta indispensable que los requisitos establecidos por la entidad, además se fijen de manera adecuada y proporcional a las características del objeto ofertado, procurando además ceñirse a la normativa que resulte aplicable.
* La regla de subsanabilidad es un mecanismo previsto en los procesos de contratación estatal que se regulan por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – en adelante EGCAP. Esta regla, prevista en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, consiste en permitir que los proponentes puedan enmendar, corregir o modificar los errores en los que se incurre en los documentos contentivos de la oferta. Así lo ha establecido el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

“[…] materializar un principio general de primacía de lo sustancial sobre lo formal, adoptando medidas de saneamiento del proceso de selección tendientes a que los meros defectos formales, que no afecten sustancialmente la oferta, referidos a la documentación o instrumentalización de la misma, priven a la administración de considerar una oferta por causa de tales falencias”[[4]](#footnote-4).

* Esta Subdirección se ha pronunciado en diversas oportunidades acerca del alcance de la regla de la subsanabilidad[[5]](#footnote-5), contenida actualmente en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018[[6]](#footnote-6). Al respecto, la postura que se reitera en el presente concepto es la siguiente: por regla general, la falta de entrega o los defectos frente a los requisitos que no asignan puntaje, son subsanables. La excepción se encuentra en los casos, previstos en la ley, que limitan la subsanabilidad, como, por ejemplo, la prohibición de permitir la entrega de la garantía de seriedad de la oferta que no fue aportada con la propuesta y de permitir la acreditación de circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.
* En este sentido, bajo la normativa actual que regula la subsanabilidad de las ofertas debe tenerse en cuenta que el legislador expidió la Ley 1882 de 2018, con la finalidad de introducir cambios y ajustes para fortalecer la contratación pública. Particularmente, el artículo 5 modificó el parágrafo 1º 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”.

* Esta norma: i) mantiene el criterio de la Ley 80 de 1993, relativo a que todo lo que no sea necesario para la comparación de propuestas no es título suficiente para su rechazo; ii) 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 tres aspectos que se analizarán a continuación[[7]](#footnote-7).
* Por un lado, el *primero* es el ámbito temporal para ejercer la facultad de subsanar la oferta, pues la Ley 1882 de 2018 fijó una regla general y una excepción. La regla general es que el límite para que la entidad solicite y para que el proponente corrija lo que haga falta es hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección. La excepción es que el anterior límite no aplica para los procesos de mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta, en este último los documentos o requisitos subsanables deben solicitarse, como límite final, hasta el momento previo a su realización[[8]](#footnote-8).
* Frente a la regla general, la norma fijó un límite final para que la Administración y los oferentes subsanen los requisitos o documentos que puedan y deban ser subsanados, pero nada impide, y la norma no lo hace, que la Administración requiera al proponente antes de publicar el informe de evaluación. En efecto, la redacción de la norma permite que la Administración solicite a los oferentes subsanar y que estos lo hagan hasta antes del término del traslado del informe de evaluación: “deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección”.
* No obstante, de la lectura de este aparte podrían, en la práctica, 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.
* La modificación introducida por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, si bien pudo significar, en la práctica de los procesos de selección, que el informe de evaluación fuera la oportunidad de la Administración para requerir al proponente para que subsane la oferta, y el término del traslado la oportunidad para hacerlo, lo cierto es que no impide que esto se realice con anterioridad a la publicación del informe, inclusive, es más adecuado y conveniente que la subsanación de las ofertas se intente con anterioridad, de forma que, una vez la Administración advierta el defecto le solicite directamente al oferente que subsane. Esta interpretación es más consistente con los principios de economía, transparencia y selección objetiva.
* Lo anterior, se aclara, sin desconocer el límite que establece la norma para que los oferentes, sin perjuicio de que lo hagan antes, cuenten hasta el término de traslado del informe de evaluación con la posibilidad de presentar la información solicitada.
* Por otro lado, el *segundo* cambio importante de la Ley 1882 de 2018 es el correspondiente a la garantía de seriedad, a la cual hace referencia en su consulta. El parágrafo 3 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 dispone que la falta de entrega de la garantía de seriedad es insubsanable. Al respecto, la norma prescribe lo siguiente: “Parágrafo 3o. La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma”.
* Finalmente, el *último* cambio 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”**.** Esta regla tiene una finalidad particular y es que, al momento de presentar la oferta, el proponente la deberá hacerlo de forma íntegra y así evitar que a lo largo del procedimiento contractual complete o adicione su propuesta, conforme mejora su situación particular. En términos del Consejo de Estado:

“[…] no es posible que el oferente vaya mejorando, completando, adicionando, modificando o estructurando su propuesta a lo largo del proceso contractual según vaya evolucionando su situación particular en el mismo, pues como se establece en el numeral 6º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, “las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones”, es decir, todos los elementos del negocio jurídico exigidos en los pliegos de condiciones. Dicho de otra forma, el oferente tiene la carga de presentar su oferta en forma íntegra, esto es, respondiendo todos los puntos del pliego de condiciones y adjuntando todos los documentos de soporte o prueba de las condiciones habilitantes y de los elementos de su oferta, de manera que la entidad licitante pueda, con economía de medios, evaluarla lo más eficientemente posible, y sólo si hace falta algún requisito o un documento, la administración puede requerirlo del oferente”.[[9]](#footnote-9)

* Por otro lado, frente a la adjudicación, ha sido entendida jurisprudencial y doctrinalmente como el acto (administrativo) mediante el cual una entidad pública manifiesta su aceptación a la propuesta u oferta presentada por alguno de los participantes en un proceso de selección, y se obliga a suscribir con este el contrato proyectado. Tal decisión implica la escogencia o selección definitiva de dicho oferente, con base en el respectivo informe de evaluación y calificación de las propuestas, descartando, por lo tanto, a los demás oferentes y a las demás propuestas. [[10]](#footnote-10)
* Frente al acto de adjudicación el numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 establece

“(…) 12. Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía.

En este evento, la entidad estatal mediante acto administrativo debidamente motivado podrá adjudicar el contrato, dentro de los quince (15) días siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad. (…)”

* Así mismo, el inciso del artículo 9 de la Ley 1150 de 2007 ha prescrito que “(…) El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante, lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. (…)”
* Así mismo, el Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil en Sentencia del 15 de agosto de 2017 señaló:

(…) Por otro lado, conviene aclarar que el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, al cual remite el artículo 9o de la Ley 1150, permite que las entidades estatales, mediante acto administrativo debidamente motivado, puedan adjudicar el contrato al “proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad”, cuando el oferente inicialmente seleccionado, y al cual se le haya adjudicado el contrato, no lo suscribe dentro del término previsto para el efecto en el pliego de condiciones.

En consecuencia, la integración de estas dos normas permite deducir que cuando una entidad estatal revoque el acto de adjudicación de un contrato estatal, por cualquiera de las causales señaladas en el artículo 9o de la Ley 1150 de 2007, puede adjudicar el contrato, dentro de los quince (15) días siguientes, al proponente que haya quedado calificado en segundo lugar dentro del respectivo proceso de selección, siempre y cuando su oferta sea igualmente favorable para los intereses de la entidad contratante. Aclara la Sala que, en este caso, debe entenderse que el referido plazo de 15 días empieza a correr el día siguiente al de ejecutoria del acto administrativo mediante el cual se haya revocado la adjudicación inicial. (…)”[[11]](#footnote-11)

* Ahora bien, frente a las inhabilidades e incompatibilidades que pueden presentar los oferentes en los procesos de contratación, estas son taxativas y se encuentran contempladas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y pueden presentarse de forma previa a participar o pueden ser sobrevinientes.
* Respecto a las inhabilidades sobrevinientes el artículo 9 de la norma ibidem ha señalado que *“**(…)**Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, este cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.*

*Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de un proceso de selección, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.*

*Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, este cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal. (…)”*

* Ahora bien, de presentarse una inhabilidad o incompatibilidad sobreviene durante el periodo comprendido entre la adjudicación del contrato y su perfeccionamiento, da lugar a la revocatoria del acto de adjudicación proferido (artículo 9, Ley 1150 de 2007) y posibilita a la entidad estatal “adjudicar el contrato, dentro de los quince (15) días siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad” (inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993).

En conclusión, es posible que se dé una segunda adjudicación cuando i) el primer adjudicatario desista de la suscripción del contrato,[[12]](#footnote-12) y ii) el primer adjudicatario esté inmerso en las causales de inhabilidades o incompatibilidades contempladas en el artículo 9 de la Ley 80 de 1993, entre otras.

1. **Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:**

|  |
| --- |
| * Artículo 30 Ley 80 de 1993
* Ley 1150 de 2007: artículo 5 parágrafos 1º al 4º.
* Decreto 1082 de 2015: artículos 2.2.1.1.1.6.2, 2.2.1.1.2.1.3 numeral 5°.
* Ley 1882 de 2018: artículo 5.
* CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero ponente: ÁLVARO NAMÉN VARGAS Bogotá́ D.C., quince (15) de agosto de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 11001-03-06-000-2017-00098-00(2346) Actor: MINISTERIO DE TRANSPORTE
 |

1. **Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:**

Sobre la naturaleza de los requisitos habilitantes y el carácter enunciativo de los mencionados en el artículo 5-1 de la Ley 1150 de 2007 se pronunció esta Subdirección en los conceptos C-120 del 3 de marzo de 2020, C-204 del 31 de marzo de 2020, C-099 del 6 de abril de 2020, C-195 del 13 de abril de 2020, C-013 del 17 de abril de 2020, C-330 del 27 de mayo de 2020, C-396 de 16 de julio de 2020 y C-142 del 30 de marzo de 2022. Por otro lado, sobre la subsanabilidad de los requisitos habilitantes en los procesos de selección se pronunció esta subdirección en los conceptos C-218 del 2 de abril de 2020, C-307 del 21 de mayo de 2020, C-391 del 10 de agosto de 2020, C-675 del 25 de noviembre de 2020 y C-683 del 21 de noviembre de 2020, C-779 del 20 de septiembre de 2020, C-882 del 21 de diciembre de 2022 y C-426 del 17 de octubre de 2023. Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.

También le invitamos a consultar las versiones I y II de 2024 del Boletín de Relatoría de la Subdirección de Gestión Contractual, las cuales puede descargar en la página web de la Agencia: <https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/boletin-digital>

Por último, lo invitamos a seguirnos en las redes sociales en las cuales se difunde información institucional:

Twitter: @colombiacompra

Facebook: ColombiaCompraEficiente

LinkedIn: Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente Instagram: @colombiacompraeficiente\_cce

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Santiago Alberto Herrera MorilloAnalista T2-02 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cielo Victoria González MezaContratista de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó: | Carolina Quintero GacharnáSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-1)
2. “Para poder participar en los procesos de selección de los contratos de obra, la capacidad residual del proponente o K de contratación deberá ser igual o superior al que la entidad haya establecido para el efecto en los pliegos de condiciones.

Para establecer la capacidad residual del proponente o K de contratación, se deberán considerar todos los contratos que tenga en ejecución el proponente al momento de presentar la oferta. El desarrollo y ejecución del contrato podrá dar lugar a que los valores que sean cancelados al contratista se consideren para establecer el real K de contratación, en cada oportunidad. El Gobierno Nacional reglamentará la materia. [↑](#footnote-ref-2)
3. “Artículo 2.2.1.1.1.6.2. Determinación de los Requisitos Habilitantes. La Entidad Estatal debe establecer los requisitos habilitantes en los pliegos de condiciones o en la invitación, teniendo en cuenta: (a) el Riesgo del Proceso de Contratación; (b) el valor del contrato objeto del Proceso de Contratación; (c) el análisis del sector económico respectivo; y (d) el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial. La Entidad Estatal no debe limitarse a la aplicación mecánica de fórmulas financieras para verificar los requisitos habilitantes.

“Parágrafo Transitorio. De conformidad con los parágrafos transitorios de los artículos 2.2.1.1.1.5.2. y 2.2.1.1.1.5.6., yen desarrollo del deber de análisis de las Entidades Estatales, de que trata el artículo 2.2.1.1.1.6.1. de este Decreto, a partir del 1 de julio de 2021 las Entidades Estatales establecerán y evaluarán los requisitos habilitantes de capacidad financiera y organizacional teniendo en cuenta la información que conste en el Registro Único de Proponentes. En todo caso, se establecerán indicadores proporcionales al procedimiento de contratación.

“Para ello, atendiendo a las condiciones aludidas, en relación con los indicadores de la capacidad financiera y organizacional, de los procesos de selección cuyo acto administrativo de apertura o invitación se publique a partir del 1 de julio de 2021, se tendrá en cuenta la información vigente y en firme en el RUP, por lo que las Entidades Estatales evaluarán estos indicadores, teniendo en cuenta el mejor año fiscal que se refleje en el registro de cada proponente​”. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de mayo de 2010. Exp. 1.992. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-4)
5. Conceptos: C-218 del 2 de abril de 2020, C-307 del 21 de mayo de 2020, C-391 del 10 de agosto de 2020, C-675 del 25 de noviembre de 2020 y C-683 del 21 de noviembre de 2020, C-779 del 20 de septiembre de 2020, C-882 del 21 de diciembre de 2022 y C-426 del 17 de octubre de 2023. <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos> [↑](#footnote-ref-5)
6. Ver conceptos: C-008 del 4 de mayo de 2020, C-267 del 4 de mayo de 2020, C-283 del 4 de mayo de 2020, C-365 del 30 de junio de 2020 y C-730 del 14 de diciembre del 2020 y C-779 de 18 de enero de 2021. [↑](#footnote-ref-6)
7. Solo se profundizará en dos de ellos, por tener relación con el esquema general de subsanabilidad, en este sentido, el tercer aspecto, en que no se profundizará en este texto, se deriva de lo establecido en el parágrafo 3 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, incluido por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018: “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-7)
8. Ley 1150 de 2007, artículo 5, parágrafo 4°: “En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura contratación o a proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización”. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de mayo de 2010. No. de Radicado: 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992). C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. [↑](#footnote-ref-9)
10. CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero ponente: ÁLVARO NAMÉN VARGAS

Bogotá́ D.C., quince (15) de agosto de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 11001-03-06-000-2017-00098-00(2346) Actor: MINISTERIO DE TRANSPORTE [↑](#footnote-ref-10)
11. CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero ponente: ÁLVARO NAMÉN VARGAS

Bogotá́ D.C., quince (15) de agosto de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 11001-03-06-000-2017-00098-00(2346) Actor: MINISTERIO DE TRANSPORTE [↑](#footnote-ref-11)
12. Numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-12)