

SUBSANABILIDAD – Modificaciones – Ley 1882 de 2018

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 cuatro aspectos que se analizarán a continuación.

SUBSANABILIDAD – Ley 1882 de 2018 – Límite temporal

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.

SUBSANABILIDAD – Ley 1882 de 2018 – Criterio material

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 nos ofrece dos aspectos que merecen clarificación; primero, qué debe entenderse por circunstancias ocurridas con posterioridad; y segundo, qué es el cierre del proceso.

SUBSANABILIDAD – Circunstancias posteriores – Cierre del proceso

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 cumplieran 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.

SUBSANABILIDAD – Certificaciones – Documentos – Equipo mínimo de trabajo

Es posible subsanar documentos o requisitos relativos al equipo mínimo de trabajo, cuando este aspecto no otorgue puntaje en la evaluación de las ofertas, siempre y cuando lo acreditado no constituyan circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, en los términos ya explicados. Para los procesos de selección de consultores y los demás en los que se haya determinado que la formación académica del equipo mínimo de trabajo es un aspecto que da puntaje no es posible subsanar. Sin embargo, en este evento, sí es posible aclarar o explicar aspectos oscuros o dudosos de la oferta.

FACTOR PUNTUABLE – Equipo de trabajo – Experiencia

La entidad contratante tiene discrecionalidad en la configuración de los pliegos de condiciones, y en uso de esta facultad puede determinar que la conformación de un equipo mínimo de trabajo sea un factor que otorgue puntaje. No obstante, esta facultad está restringida o limitada por el numeral 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que señala que el factor de experiencia no otorgará puntaje en los procesos de selección, razón por la que la decisión de otorgar puntaje al equipo de trabajo estaría reducida a aspectos como la formación académica de los profesionales propuestos, pero nunca a su experiencia. Asimismo, en virtud del numeral 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en los procesos para la selección de consultores «se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate». De conformidad con el numeral 1º de la norma citada los requisitos habilitantes son la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, la capacidad financiera y de organización y no el equipo de trabajo.



Bogotá D.C., 05/02/2020 Hora 15:45:32s

N° Radicado: 220201300000718

Señor
Carlos Esteban Cajigas Álvarez
Ciudad

Concepto C – 013 de 2020

Temas: SUBSANABILIDAD DE OFERTAS — Decreto Ley 222 de 1983 — Formalismo procedimental
SUBSANABILIDAD DE OFERTAS — Ley 80 de 1993 — Criterio de comparación de ofertas
SUBSANABILIDAD DE OFERTAS — Ley 1150 de 2007 — Criterio de puntaje
SUBSANABILIDAD DE OFERTAS — Ley 1150 de 2007 — Oportunidad
SUBSANABILIDAD DE OFERTAS — Ley 1882 de 2018
SUBSANABILIDAD DE OFERTAS — Ley 1882 de 2018 — Oportunidad
SUBSANABILIDAD DE OFERTAS — Ley 1882 de 2018 — Circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso — Alcance
SUBSANABILIDAD DE OFERTAS — Equipo e trabajo

Radicación: Respuesta a consulta # 4201912000008484

Estimado señor,

La Agencia Nacional de Contratación Pública —Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 23 de diciembre de 2019, 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.

1. Problemas planteados

Usted realiza las siguientes preguntas: i) ¿Se considera que aportar certificaciones o documentos con falencias del equipo mínimo de trabajo debidamente propuesto en un —proceso público licitación, etc.— es mejorar la propuesta?; ii) ¿la conformación de un equipo mínimo de trabajo puede estipularse como factor de calificación —asignación de puntaje— o únicamente como habilitante?; iii) si se estipula como puntuable ¿las deficiencias en sus documentos pueden ser subsanadas?

2. Consideraciones



La Agencia Nacional de Contratación Pública — Colombia Compra Eficiente, en los conceptos con radicado No. 2201913000008048 y No. 2201913000008049 del 28 de octubre de 2019, reiterado y desarrollado en los conceptos identificados con radicado No. 2201913000008850 del 29 de noviembre de 2019, radicado No. 2201913000009225 del 13 de diciembre de 2019 y radicado No. 2201913000009373 del 17 de diciembre de 2019, estudió i) el régimen jurídico de subsanabilidad de las ofertas y ii) las modificaciones de la Ley 1882 de 2018. La tesis desarrollada en estos conceptos se expone a continuación.

2.1. Régimen jurídico de la subsanabilidad de las ofertas

La posibilidad de enmendar, corregir o subsanar los errores en los que se incurren 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 cómo se relaciona lo formal y lo sustancial en las actuaciones judiciales y administrativas. Este cambio ideológico 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 sufre un cambio fundamental, pues ya no era posible rechazar las ofertas por falta de requisitos o documentos que no fueran *necesarios para la comparación de propuestas*. De esta manera, la ley introdujo un primer criterio jurídico, aunque indeterminado, que servía como punto de partida en la posibilidad de subsanar las ofertas, pues verificada la ausencia de un requisito o documento, previo al rechazo de la oferta, la Administración debía verificar



si este era o no necesario para la comparación de 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 30.7¹, 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 ofrezcan dudas y resulten indispensables para llevar a cabo la evaluación; y con el artículo 30.8², 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.

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 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

¹ 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**». (Negrillas fuera de texto).

² 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».



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 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 párrafo 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 estostérminos:

Esto significa que en adelante las entidades y los oferentes aplican directamente la regla que contempla el art. 5, párrafo, 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 suficientemente³³.

2.2. Modificaciones de la Ley 1882 de 2018

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 párrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007:

Artículo 5º. 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.

³ 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).



Como puede observarse, esta norma: i) mantiene el criterio de la Ley 80 de 1993, relativo a que todo lo que no sea necesario para la comparación de propuestas no es título suficiente para su rechazo; ii) 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 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 subasta⁴; 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»* —cursivas fuera de texto—.

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 decirle a los oferentes qué documentos o requisitos omitió y debe 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

⁴ Ley 1150 de 2007, artículo 5, parágrafo 4º: «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».



se lleva a cabo con anterioridad a la publicación del informe de evaluación, de manera que una vez se publica el informe ya se encuentren subsanadas las propuestas, sin perjuicio del término límite que concedió la ley.

En criterio de esta Subdirección, la segunda interpretación es la más ajustada a la norma, pero, además, es la más conveniente para el desarrollo del proceso de selección, porque garantiza que el informe de evaluación presente una comparación de propuestas más depurada y el término de traslado para observaciones al mismo sea una oportunidad en la que se planteen aspectos sustanciales o de fondo a la evaluación, teniendo en cuenta que ya las propuestas estarán consolidadas en lo formal. Subsanan 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 la norma 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 subsanables: *«los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso»*. Lo anterior nos 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 2008⁵, que había determinado que en ningún

⁵ 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 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**



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 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 participar⁶.

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 cumplieran 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 presentación de la oferta, o en palabras de la ley, que se acrediten hechos que ocurrieron después del cierre del proceso.

proceso». (Negrillas fuera de texto).

⁶ 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).



Por ejemplo: i) si un oferente olvidó adjuntar con su propuesta el certificado que da cuenta de su inscripción en el RUP, el requisito será subsanable siempre que la prueba allegada demuestre que el hecho, esto es, la inscripción en el registro, ocurrió con anterioridad al cierre del proceso; ii) si un oferente presentó la propuesta sin allegar la autorización al representante legal, por parte de la junta directiva de la sociedad, el certificado, aunque sea posterior, debe dar cuenta de que el hecho que pretende acreditar —la autorización de la junta— ocurrió antes del vencimiento del término para ofertar⁷; iii) si un oferente no anexó el Certificado de existencia y representación legal, el documento aportado con posterioridad debe dar cuenta de que la sociedad existe antes del cierre del proceso⁸; 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 mismo; 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; 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 y vii) si el oferente olvidó adjuntar la carta de conformación del consorcio o unión temporal, la puede allegar siempre que demuestre que fue conformado antes del cierre del proceso.

Lo anterior quiere decir que no es la prueba —usualmente un documento— lo que debe ser anterior al cierre del proceso, sino el hecho que ella acredita, es decir, ante la solicitud de la Administración de subsanar determinado requisito, el documento podría estar fechado con posterioridad al vencimiento del término para recibir propuestas, siempre y cuando el hecho que acredite haya ocurrido antes, esto es, que no sea una circunstancia ocurrida con posterioridad al cierre del proceso.

Es por ello que el Consejo de Estado sostiene que «lo que se subsana es la prueba y no la condición habilitante o un elemento de la propuesta [...] lo que se puede remediar es la prueba y no el requisito: La posibilidad debe recaer exclusivamente sobre circunstancias acaecidas antes del cierre del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar ofertas»⁹.

Visto lo anterior, 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 *ítem* que otorga puntaje o no y, en segundo lugar, si el cumplimiento del requisito constituye una circunstancia ocurrida con anterioridad o con posterioridad al

⁷ Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2011. C.P. Jaime Orlando Santofimio. Rad. 36.408.

⁸ Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2014. C.P. Enrique Gil Botero. Rad. 25.804.

⁹ 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).

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.

Descendiendo las anteriores consideraciones a la consulta planteada, se advierte que es necesario determinar cuáles son los aspectos del equipo de trabajo o de los profesionales que lo componen que será objeto de puntuación, para determinar si es posible que la Administración les asigne puntaje y si sería posible o no subsanar documentos o requisitos relacionados con esos ítems.

El numeral 1° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 señala que 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, salvo que se trate de un proceso de selección de consultores, donde es posible utilizar como un criterio de evaluación el equipo de trabajo, de conformidad con el numeral 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

Así las cosas, cuando la Administración quiere asignar puntaje al equipo de trabajo, se debe atender lo dispuesto por esta norma, es decir, no sería posible que se le asignara puntaje a la experiencia de los miembros del equipo de trabajo, pues ello iría en contra del numeral 1° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que si bien se refería a los requisitos habilitantes del proponente, lo cierto es que la intención del legislador era que esos factores no tuvieran un carácter puntuable, sino de habilitación y ello, sería extensible a los miembros del equipo de trabajo.

Por el contrario, la Administración podría, dentro de su discrecionalidad, decidir que va a asignar puntaje a la formación académica de los miembros del equipo de trabajo, pues ello no estaría prohibido por la Ley, como sí ocurre con el factor experiencia. Así las cosas, cuando se habla de otorgar puntaje al equipo de trabajo es necesario advertir que ello sería posible, solo si se tratara de dar puntaje a los títulos académicos o perfil profesional de los miembros del equipo de trabajo, pero no a su experiencia.

En este orden, si en un proceso de selección, la entidad decidiera que va a calificar y otorgar puntaje a la formación profesional del equipo de trabajo, los documentos relacionados con este factor no serían subsanables, solo se podrían aclarar los puntos dudosos u oscuros en relación con este ítem.

En efecto, el parágrafo 1° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, establece la subsanabilidad de requisitos o documentos no necesarios para la comparación de las propuestas, es decir, los que no afectan la asignación de puntaje.



Sin embargo, la jurisprudencia del Consejo de Estado, al interpretar el párrafo citado, y antes de la modificación introducida por la Ley 1882 de 2018, en concordancia con el numeral 7 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, y con el fin de garantizar el derecho que tienen los oferentes de aclarar aspectos de sus propuestas, interpretó que existe diferencia entre «subsanan» y «aclarar». El primero se predica de la oportunidad que tienen los proponentes de aportar un requisito que no otorga puntaje y no fue aportado con la propuesta inicial; el segundo por su parte, se refiere a aspectos confusos, contradictorios o que generan duda con relación a los requisitos y documentos que se encuentran en la propuesta, incluidos aquellos que otorgan puntaje, señaló:

Más adelante, el art. 30.7 retomó el tema, para agregar elementos de valoración sobre la subsanabilidad de las ofertas. Expresó que durante el lapso en que la administración las evalúa, debe pedirle al oferente que aclare y explique lo que necesite esclarecimiento.

7o. 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.

De conformidad con esta norma, para evitar el rechazo *in limine* de las ofertas, las entidades estatales tienen la carga de buscar claridad a los aspectos dudosos que surjan durante la evaluación de las ofertas. Por tanto, si no comprende algo, si existe contradicción, si un requisito fue omitido, etc., la entidad solicitará a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables, comportamiento que realiza el principio de economía vertido en el art. 25.15, de manera que la entidad no puede rechazar de plano la propuesta sin solicitar previamente que se aclare.

De esta manera, cabe advertirle a la administración que la posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el contratista; así que para aquéllas se trata de un deber, de una obligación, para que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, para bien del interés general. Por tanto, si las entidades no conceden a los proponentes la oportunidad de corregir la oferta incompleta o que no se comprende –sólo en aquellos aspectos susceptibles de corregirse– violan el derecho del oferente a hacerlo, e incumplirán la obligación que les asigna la ley.

En conclusión, que las ofertas se pueden corregir y aclarar lo confirma el art. 30.7 de la Ley 80. Si no se pudiera, ¿para qué solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables, si lo que respondieran no se pudiera tener en cuenta?¹⁰.

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de abril de 2014, Rad. 13001-23-31-000-1999-00113-01 (25.804) C.P. Enrique Gil Botero.

Así las cosas, si la formación académica de un equipo mínimo de trabajo es un aspecto que otorga puntaje, no es posible subsanar, pero sí aclarar. Por ejemplo, si no se relaciona un ingeniero civil que ha sido solicitado como parte del equipo mínimo de trabajo, no sería posible subsanar este defecto, pues no se puede corregir lo que no se aportó. Ahora, este requisito sí podría ser aclarado si, por ejemplo, se relaciona el profesional exigido por la entidad, pero se aportó un documento que deja dudas respecto de sus títulos. En este último caso, la entidad tiene el deber de pedirle al proponente que aclare un aspecto que ofrece dudas pero que ya existe dentro de la propuesta.

Si en el proceso de selección, la formación académica del equipo de trabajo no fue dispuesta como un requisito que otorgue puntaje, es posible subsanar y también aclarar. En este evento, si no se relaciona el ingeniero civil que ha solicitado la entidad, sería posible presentarlo, porque ese requisito no otorga puntaje y, por tanto, es subsanable. En los mismos términos, sería posible aclarar todos los aspectos dudosos de la oferta en relación con el equipo de trabajo.

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, siempre y cuando lo acreditado no constituyan circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, en los términos ya explicados.

3. Respuestas

- i) ¿Se considera que aportar certificaciones o documentos con falencias del equipo mínimo de trabajo debidamente propuesto en un —proceso público licitación, etc.— es mejorar la propuesta?

Es posible subsanar documentos o requisitos relativos al equipo mínimo de trabajo, cuando este aspecto no otorgue puntaje en la evaluación de las ofertas, siempre y cuando lo acreditado no constituyan circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, en los términos ya explicados. Para los procesos de selección de consultores y los demás en los que se haya determinado que la formación académica del equipo mínimo de trabajo es un aspecto que da puntaje no es posible subsanar. Sin embargo, en este evento, sí es posible aclarar o explicar aspectos oscuros o dudosos de la oferta.

- ii) ¿La conformación de un equipo mínimo de trabajo puede estipularse como factor de calificación —asignación de puntaje— o únicamente como habilitante?

Sí, la entidad contratante tiene discrecionalidad en la configuración de los pliegos de condiciones, y en uso de esta facultad puede determinar que la conformación de un equipo mínimo de trabajo sea un factor que otorgue puntaje. No obstante, esta facultad está restringida o limitada por el numeral 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que señala que el factor de experiencia no otorgará puntaje en los procesos de selección, razón por la



que la decisión de otorgar puntaje al equipo de trabajo estaría reducida a aspectos como la formación académica de los profesionales propuestos, pero nunca a su experiencia. Asimismo, en virtud del numeral 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en los procesos para la selección de consultores «se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate». De conformidad con el numeral 1º de la norma citada los requisitos habilitantes son la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, la capacidad financiera y de organización y no el equipo de trabajo.

iii) Si se estipula como puntuable ¿las deficiencias en sus documentos pueden ser subsanadas?

Los documentos o requisitos que se pueden subsanar en un proceso de selección de contratistas son aquellos que no otorgan puntaje. Entonces, si se presentan deficiencias en documentos que acreditan un factor puntuable, no es posible subsanar.

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

Atentamente,

Original firmado
Fabían Gonzalo Marín Cortés

FABIÁN GONZALO MARÍN CORTÉS
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Proyectó: Leider Gómez Caballero