

PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA – factores de desempate

Dado que la selección objetiva es uno de los principios medulares de la contratación estatal, la selección del futuro contratista no puede motivarse en razones subjetivas que afecten la imparcialidad de la entidad pública. Así lo determina el primer inciso del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, indicando que «Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva». Además, la norma citada agrega que los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta criterios como la experiencia y la capacidad jurídica, financiera y de organización, entre otros elementos que garanticen la escogencia de la mejor opción de negocio para la entidad estatal.

En esta perspectiva, los requisitos habilitantes o de participación, así como los criterios de evaluación o de calificación con puntos, son instrumentos por medio de los cuales se pretende la materialización del principio de selección objetiva en la contratación pública. Sin embargo, en algunas ocasiones, así se establezcan requisitos habilitantes y factores de calificación óptimos, se presentan circunstancias de empate una vez aplicados estos criterios. Como lo ha indicado la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el «Manual para el manejo de los incentivos en los procesos de contratación», «Dos ofertas resultan empatadas cuando obtienen la misma cantidad de puntos luego de aplicar las reglas establecidas en los pliegos de condiciones; u, ofrecen el mismo precio en los casos de mínima cuantía». Es decir, el empate es un evento en el cual dos o más oferentes alcanzan una puntuación similar, al ponderarse los criterios de calificación que, en principio, aplican al procedimiento de selección.

CRITERIOS DE SUBSANABILIDAD – LEY 2069 DE 2020

Para establecer responder la consulta es necesario precisar los siguientes aspectos: i) el momento en el que el proponente debe aportar los documentos que acreditan las causales del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, ii) si la no entrega de estos documentos es subsanable y iii) si es posible solicitar los documentos que acreditan los factores de desempate en la audiencia de adjudicación. Para estos efectos, es necesario realizar algunas consideraciones sobre el alcance de la regla de subsanabilidad en los procesos de selección.

La subsanabilidad es un mecanismo previsto en los procedimientos regulados por el Estatuto de Contratación Estatal de Colombia. Esta regla, prevista en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, permite que los proponentes puedan enmendar, corregir o modificar los errores en los documentos de la oferta respecto a los requisitos habilitantes. Además, la posibilidad de subsanar estos documentos tiene como propósito:

[...] 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

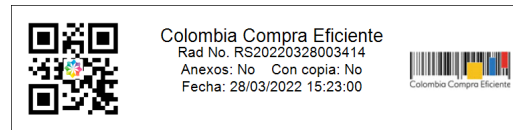
DOCUMENTOS TIPO – formatos 10 y 11 – LEY 2069 DE 2020 – artículo 35 – FACTORES DE DESEMPATE

Dado esto, esta Agencia expidió la Resolución 161 de 2021, en procura de acoger los factores establecidos en la mencionada ley y, al efecto, fue modificado el numeral 4.6 del documento base de los documentos tipo los documentos tipo de obra pública de infraestructura de transporte adelantados

bajo la modalidad de licitación pública -Versión 3-, adoptados mediante la Resolución 240 del 27 de noviembre de 2020 y de los documentos tipo de obra pública para proyectos de agua potable y saneamiento básico bajo la modalidad de licitación pública, expedidos a través de la Resolución 248 del 1 de diciembre de 2020 y los de la modalidad llave en mano, adoptados por la Resolución 249 del 1 de diciembre de 2020 con la finalidad de incluir los criterios establecidos por la Ley.

En concordancia con este propósito, el artículo 2 de la Resolución 161 de 2021 incluyó el «Formato 10 -Criterios de desempate» a los documentos tipo de obra pública de infraestructura de transporte adelantados bajo la modalidad de licitación pública -Versión3-, adoptados mediante la Resolución 240 del 27 de noviembre de 2020, a los documentos tipo de interventoría de obra pública infraestructura de transporte adelantados bajo la modalidad de concurso de méritos, incorporados por medio de la Resolución 256 del 11 de diciembre de 2020 y de los documentos tipo de obra pública para proyectos de agua potable y saneamiento básico adelantados bajo la modalidad de licitación pública, acogidos a través de la Resolución 248 del 1 de diciembre de 2020, y los de la modalidad llave en mano, adoptados por la Resolución 249 del 1 de diciembre de 2020.

Conforme a lo anterior, la finalidad del Formato 10 es, precisamente, la acreditación de factores de desempate en el caso de personas jurídicas pues, en virtud de la Resolución 161 de 2021, se preferirá a aquellas en las que «...participen mayoritariamente mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, para lo cual el representante legal o el revisor fiscal, según corresponda, diligenciará el «Formato 10A -Participación mayoritaria de mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar (persona jurídica)», mediante el cual certifica, bajo la gravedad de juramento, que más del cincuenta por ciento (50 %) de la composición accionaria o cuota parte de la persona jurídica está constituida por mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar. Además, deberá acreditar la condición indicada de cada una de las mujeres que participen en la sociedad, aportando los documentos de cada una de ellas, de acuerdo con los dos incisos anteriores».



Señor
Pablo García
Medellín, Antioquia

Concepto C – 140 de 2022

Temas: PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA – factores de desempate / CRITERIOS DE SUBSANABILIDAD – LEY 2069 DE 2020 / DOCUMENTOS TIPO – formatos 10 y 11 – LEY 2069 DE 2020 – artículo 35 – FACTORES DE DESEMPATE

Radicación: Respuesta a consulta P20220216001546

Estimado señor García:

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, 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, responde a su consulta del de febrero de 2022.

1. Problema planteado

Usted realiza las siguientes preguntas:

- «1. ¿La presentación del Formato 10 puede ser considerado como un requisito habilitante?»
2. ¿El formato 10 puede ser considerado como un requisito NO (sic) subsanable?»
3. Si un proponente no presenta en su propuesta información sensible, ¿Tiene obligación de presentar el Formato 11?».

2. Consideraciones

Para absolver los interrogantes formulados, esta dependencia analizará los siguientes temas: i) factores de desempate en la contratación estatal: concepto y características , ii)



vigencia y reglamentación de los criterios factores de desempate de la Ley 2069 de 2020, iii) forma de acreditación de los factores de desempate consagrados en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, iv) resolución 161 de 2021 de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente: Formatos 10 –factores de desempate- y 11 -tratamiento de datos sensibles- y v) alcance de la regla de subsanabilidad para acreditar los factores de desempate previstos en la Ley 2069 de 2020.

Es importante destacar que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció, en términos generales, sobre los factores de desempate en los procedimientos de contratación estatal, en los conceptos C-285 del 4 de mayo de 2020, C-481 del 27 de julio de 2020, C-514 y C-535 del 26 de agosto de 2020 y C-556 del 31 de agosto de 2020. De igual manera, Colombia Compra Eficiente estudió, en los conceptos C-006 del 5 de febrero de 2021, C-043 del 9 de febrero de 2021, C-044 del 2 de marzo de 2021, C-056 del 8 de marzo de 2021, C-069 del 12 de marzo de 2021, C-101 del 24 de marzo de 202, C-102 del 25 de marzo de 2021, C-136, C-138 y C-139 del 7 de abril de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-162 y C-165 de 13 de abril de 2021, C-164 del 19 de abril de 2021, C-166 del 23 de abril de 2021, C-191 del 26 de abril de 2021 y C-209 del 10 de mayo de 2021, se analizaron algunos aspectos sobre la aplicación de los factores de desempate introducidos por la Ley 2069 de 2020. Finalmente, en los conceptos 4201912000005659 del 21 de agosto de 2019, CU-060 del 24 de febrero de 2020, C-218 del 02 de abril de 2020, C-675 del 25 de noviembre de 2020, C-730 del 14 de diciembre de 2020, C-779 del 18 de enero de 2021 y C-010 del 16 de febrero de 2021 y C-207 de 10 de mayo de 2021, la Agencia se pronunció sobre el alcance de la regla de la subsanabilidad de las ofertas en los procedimientos de selección. Algunas de las consideraciones de estos conceptos se reiteran a continuación.

2.1. Factores de desempate en la contratación estatal: concepto y características

Dado que la selección objetiva es uno de los principios medulares de la contratación estatal, la selección del futuro contratista no puede motivarse en razones subjetivas que afecten la imparcialidad de la entidad pública. Así lo determina el primer inciso del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, indicando que «Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva». Además, la norma citada agrega que los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta criterios como la experiencia y la capacidad jurídica, financiera y de organización, entre otros elementos que garanticen la escogencia de la mejor opción de negocio para la entidad estatal.



En esta perspectiva, los requisitos habilitantes o de participación, así como los criterios de evaluación o de calificación con puntos, son instrumentos por medio de los cuales se pretende la materialización del principio de selección objetiva en la contratación pública. Sin embargo, en algunas ocasiones, así se establezcan requisitos habilitantes y factores de calificación óptimos, se presentan circunstancias de empate una vez aplicados estos criterios. Como lo ha indicado la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el «Manual para el manejo de los incentivos en los procesos de contratación», «Dos ofertas resultan empatadas cuando obtienen la misma cantidad de puntos luego de aplicar las reglas establecidas en los pliegos de condiciones; u, ofrecen el mismo precio en los casos de mínima cuantía». Es decir, el empate es un evento en el cual dos o más oferentes alcanzan una puntuación similar, al ponderarse los criterios de calificación que, en principio, aplican al procedimiento de selección.

Sin embargo, ni siquiera los casos de empate limitan el alcance de la selección objetiva en la contratación estatal. Por el contrario, en estos supuestos también debe mantenerse indemne tal postulado. En consecuencia, el desempate no puede propiciarse acudiendo arbitrariamente a consideraciones subjetivas que no estén amparadas en el ordenamiento jurídico, sino que deben aplicarse los factores permitidos por las disposiciones normativas que regulan esta materia, entre las que se cuenta, el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. La jurisprudencia comparte la idea de que los criterios de desempate deben estar establecidos de antemano y constituyen un límite a la discrecionalidad administrativa en los procedimientos de selección¹.

En tal sentido, la Corte Constitucional explica que cuando la ley establece factores de desempate obligatorios, las entidades estatales no pueden inaplicarlos, porque ello podría vulnerar el principio de igualdad, especialmente, cuando algunos de estos criterios surgen como acciones afirmativas para ciertos sectores de la población². Más aún, el Consejo de Estado ha señalado que contrariar los factores de desempate genera la nulidad del contrato, conforme al artículo 44, inciso 1º de la Ley 80 de 1993³.

¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de octubre de 2.015. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo. Expediente: 31.918.

² Corte Constitucional. Sentencia T-684A del 14 de septiembre de 2011. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de diciembre de 2.013. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo. Expediente: 27.506. En efecto, el artículo 44, inciso 1º, de la Ley 80 de 1993 establece que «Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común [...]», y uno de los supuestos consagrados en el derecho común es el llamado «objeto ilícito», que se presenta cuando se contrarían las normas de orden público, de conformidad con el artículo 1.519 del Código Civil.



Ahora bien, en cumplimiento de los principios de reciprocidad y de *pacta sunt servanda*, los factores de desempate que rigen la contratación estatal deben guardar armonía con los tratados comerciales internacionales suscritos por el Estado colombiano. Por tanto, las normas internas deben acoplarse a lo establecido en los acuerdos, pues estos prevalecen. Así lo precisó la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el numeral IV, literal C, del «Manual para el manejo de los incentivos en los procesos de contratación».

2.2. Vigencia y reglamentación de los criterios factores de desempate de la Ley 2069 de 2020

El 31 de diciembre de 2020 se promulgó la Ley 2069, «Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia». De acuerdo con el artículo 84, «La presente Ley rige a partir del momento de su promulgación [...]», lo que significa que es obligatoria para sus destinatarios desde esa fecha. Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de que el gobierno nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, expida los decretos correspondientes que permitan la cumplida ejecución de esta Ley.

En cuanto a su contenido, es importante señalar que, como dispone el artículo 1, aquella «tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad»⁴. Esto, a partir de «[...] un enfoque regionalizado de acuerdo a las realidades socioeconómicas de cada región». En desarrollo de esta finalidad, se establecen medidas de apoyo para las micro, pequeñas y medianas empresas –mipymes–, mediante la racionalización y simplificación de los trámites y tarifas⁵, así como incentivos a favor de aquellas dentro del sistema de compras y contratación pública⁶. También se consagran mecanismos de acceso al financiamiento⁷, se unifican las fuentes de emprendimiento y de desarrollo empresarial, para fortalecer y promover los distintos

⁴ Texto del Proyecto de Ley 122 de 2020 Cámara. Exposición de motivos. Consultado el 29 de diciembre de 2021 en la página web: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos- radicados-senado/p-ley-2020-2021/1957-proyecto-de-ley-161-de-2020>

⁵ Artículos 2 al 29.

⁶ Artículos 30 al 36.

⁷ Artículos 37 al 45.



sectores de la economía⁸ y se prevén medidas de educación para el emprendimiento y la innovación⁹.

Como se indicó, parte de la Ley 2069 contiene normas que modifican algunos aspectos de la contratación estatal para promover el emprendimiento. Concretamente, aquellas se encuentran en el Capítulo III –artículos 30 al 36–. En su orden, tales artículos consagran: i) reglas sobre la participación de las mipymes en el procedimiento de mínima cuantía, ii) criterios diferenciales para mipymes en el sistema de compras públicas, iii) criterios diferenciales para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, iv) promoción del acceso de las mipymes al mercado de compras públicas, v) promoción del desarrollo en la contratación pública, vi) un nuevo régimen de factores de desempate y vi) un llamado a las entidades estatales para que promuevan compras públicas en el marco de la tecnología y la innovación. Teniendo en cuenta que la consulta está relacionada con la interpretación del artículo 35 de la referida ley, a continuación, se estudiará el contenido y alcance de dicha norma¹⁰.

En este contexto, el pasado 24 de diciembre, el gobierno nacional expidió el Decreto 1860 de 2021 «Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, con el fin reglamentar los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en lo relativo al sistema de compras públicas y se dictan otras disposiciones». Esta norma se expidió con el propósito de adecuar el marco reglamentario de la contratación pública a las modificaciones normativas que se desprenden del Capítulo III de la Ley 2069 de 2020 –con excepción de los artículos 33 y 36–, realizando las adecuaciones requeridas para aplicar estas disposiciones, tal como indica el artículo 1 del Decreto 1860 de 2021¹¹.

En lo relativo al artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, el artículo 3 del Decreto 1860 de 2021 adiciona el artículo 2.2.1.2.4.2.17 a la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015. Esta norma se encarga de regular los mecanismos de acreditación para los supuestos de hecho de cada de uno de

⁸ Artículos 46 al 73.

⁹ Artículos 74 al 83.

¹⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta No. 670 del 11 de agosto de 2020. Exposición de motivos del Proyecto de Ley No. 122 de 2020 Cámara. p. 13.

¹¹ Decreto 1860 de 2021. «Artículo 1. Objeto. El presente Decreto tiene como propósito reglamentar los artículos 30, 31, 32,34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en relación con: el procedimiento de mínima cuantía, incluyendo disposiciones particulares que se refieren a la contratación con Mipyme y grandes almacenes; los criterios diferenciales para Mipyme, y la definición y los criterios diferenciales para los emprendimientos y empresas de mujeres; las convocatorias limitadas a Mipyme; el fomento a la ejecución de contratos estatales por parte de población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y, sujetos de especial protección constitucional; así como la acreditación de los factores de desempate previstos en la Ley de Emprendimiento».



los factores de desempate introducidos por la Ley 2069 de 2020, de conformidad con el artículo 189.11 Superior.

Debe precisarse que la vigencia del Decreto 1860 de 2021 está regida por lo establecido en su artículo 8, el cual señala que «Las disposiciones contenidas en el presente Decreto se aplicarán a los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición». De acuerdo con esto, habiéndose expedido el referido decreto el 24 de diciembre de 2021, la aplicación de su contenido deberá comenzar una vez transcurridos tres meses contados a partir de entonces, en los procesos cuyos avisos de convocatorias, invitaciones o documentos equivalentes se publiquen con posterioridad a dicho momento¹².

2.3. Forma de acreditación de los factores de desempate consagrados en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020

El artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 modifica la regulación de los factores de desempate en la contratación estatal. En consideración a que en la consulta se solicita que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente efectúe ciertas precisiones hermenéuticas sobre este artículo, la Agencia se pronunciará sobre el alcance que otorga a esta disposición. Esto sin pasar por alto la novedad de la Ley 2069 de 2020 –dada su reciente entrada en vigencia– y la ausencia de pronunciamientos jurisprudenciales o estudios doctrinarios sobre el tema, que seguramente contribuirán a decantar la interpretación de las normas en comento.

Al respecto, pese a que el párrafo 3 dispone que el Gobierno Nacional podrá regular los supuestos en que concurren dos o más factores de desempate, se considera

¹² Decreto 1860 de 2021. «Artículo 8. Vigencia y derogatorias. Las disposiciones contenidas en el presente Decreto se aplicarán a los procedimientos de selección cuya invitación, aviso de convocatoria o documento equivalente se publique a los tres (3) meses contados a partir de su expedición. Este Decreto modifica la Subsección 5 de la Sección 1 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2, así como los artículos [2.2.1.2.4.2.2.](#), [2.2.1.2.4.2.3.](#), [2.2.1.2.4.2.4.](#), [2.2.1.2.1.2.2](#) y [2.2.1.2.4.2.8.](#); adiciona los artículos [2.2.1.2.4.2.14.](#), [2.2.1.2.4.2.15.](#), [2.2.1.2.4.2.16.](#), [2.2.1.2.4.2.17.](#) y [2.2.1.2.4.2.18.](#); adiciona un [párrafo](#) al artículo [2.2.1.2.3.1.9.](#); y deroga el artículo [2.2.1.1.2.2.9.](#) del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional.

»Párrafo. Los Procesos de Contratación que se rijan por los Documento Tipo continuarán aplicando estos instrumentos y las normas vigentes anteriores a la expedición de este Decreto. Por tanto, estos procedimientos de selección se realizarán conforme la regulación actual contenida en los Documentos Tipo hasta que la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente expida las modificaciones a que haya lugar, conforme con las disposiciones de esta reglamentación.

»La Agencia tendrá un plazo máximo de seis (6) meses contados a partir de la expedición de este Decreto para adecuar los Documentos Tipo a las disposiciones previstas en este reglamento. Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 5 del presente Decreto regirá en los procesos sometidos a los Documentos Tipo en las condiciones establecidas en este artículo».



que el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 goza de aplicación directa desde la fecha de su promulgación, es decir, no requiere de una reglamentación previa como presupuesto para su eficacia. Esta precisión reviste importancia, porque algunos enunciados normativos de la Ley bajo análisis establecen un mandato de reglamentación, dirigido al gobierno nacional, como condición para aplicar lo dispuesto en dicha Ley.

Por ejemplo, en lo que a las compras públicas se refiere, el párrafo primero del artículo 30, que alude a la participación de mipymes en procedimientos de mínima cuantía, establece que «Las particularidades del procedimiento aquí previsto, así como la posibilidad que tengan las entidades de realizar estas adquisiciones a Mipymes o establecimientos que correspondan a la definición de "gran almacén" señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinarán en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional». En un sentido similar, el párrafo segundo del mismo artículo expresa que «La contratación a que se refiere el presente artículo se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación. [...]».

Así mismo, el artículo 31, en el segundo inciso, determina que «El Gobierno Nacional reglamentará la definición de los criterios diferenciales, sobre reglas objetivas que podrán implementar las Entidades Estatales». Del mismo modo, el párrafo primero del artículo 32 establece que «La definición de emprendimientos y empresas de mujeres se reglamentará por el gobierno nacional», en tanto que el inciso cuarto del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 34 de la Ley 2069 de 2020, indica que en los pliegos de condiciones las entidades estatales deben prever mecanismos que garanticen la provisión de bienes y servicios por parte de sujetos de especial protección constitucional «[...] en las condiciones que señale el reglamento».

Lo mismo no sucede con el artículo 35. En efecto, si bien los factores de desempate regulados en el artículo 35 deben aplicarse «[...] de forma sucesiva y excluyente para seleccionar al oferente favorecido, respetando en todo caso los compromisos internacionales vigentes» –según lo dispone el inciso primero–, el párrafo tercero del mencionado artículo establece que «El Gobierno Nacional podrá reglamentar la aplicación de factores de desempate en casos en que concurren dos o más de los factores aquí previstos». En otras palabras, dicho párrafo le asigna potestad reglamentaria al gobierno nacional para definir factores que permitan desempatar las ofertas en aquellos casos en que varios oferentes reúnan al tiempo dos o más de los factores previstos en el artículo 35.

A continuación, el artículo en mención establece los factores de desempate que se deben seguir de manera sucesiva, sin indicar tampoco en cada numeral que su eficacia dependa de lo que determine el reglamento. La única alusión que se hace al reglamento se encuentra en el párrafo tercero del artículo que se viene comentando, no para condicionar la aplicación de todo lo dispuesto en aquel, sino para indicar que «El Gobierno

Nacional *podrá reglamentar* la aplicación de factores de desempate en casos en que concurren dos o más de los factores aquí previstos» (Énfasis fuera de texto).

2.4. Resolución 161 de 2021 de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente: Formatos 10 –factores de desempate- y 11 -tratamiento de datos sensibles-

Conforme se explicó en el numeral anterior, el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 modificó la regulación de los factores de desempate en la contratación estatal. Dicha circunstancia generó la necesidad de adecuar el contenido de los documentos tipo entonces vigentes, –que desarrollaban los factores de desempate conforme al artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015–, con el fin de adecuar su contenido a los nuevos criterios de desempate.

Dado esto, esta Agencia expidió la Resolución 161 de 2021, en procura de acoger los factores establecidos en la mencionada ley y, al efecto, fue modificado el numeral 4.6 del documento base de los documentos tipo los documentos tipo de obra pública de infraestructura de transporte adelantados bajo la modalidad de licitación pública -Versión 3-, adoptados mediante la Resolución 240 del 27 de noviembre de 2020 y de los documentos tipo de obra pública para proyectos de agua potable y saneamiento básico bajo la modalidad de licitación pública, expedidos a través de la Resolución 248 del 1 de diciembre de 2020 y los de la modalidad llave en mano, adoptados por la Resolución 249 del 1 de diciembre de 2020 con la finalidad de incluir los criterios establecidos por la Ley.

En concordancia con este propósito, el artículo 2 de la Resolución 161 de 2021 incluyó el «Formato 10 -Criterios de desempate» a los documentos tipo de obra pública de infraestructura de transporte adelantados bajo la modalidad de licitación pública -Versión 3-, adoptados mediante la Resolución 240 del 27 de noviembre de 2020, a los documentos tipo de interventoría de obra pública infraestructura de transporte adelantados bajo la modalidad de concurso de méritos, incorporados por medio de la Resolución 256 del 11 de diciembre de 2020 y de los documentos tipo de obra pública para proyectos de agua potable y saneamiento básico adelantados bajo la modalidad de licitación pública, acogidos a través de la Resolución 248 del 1 de diciembre de 2020, y los de la modalidad llave en mano, adoptados por la Resolución 249 del 1 de diciembre de 2020.

Conforme a lo anterior, la finalidad del Formato 10 es, precisamente, la acreditación de factores de desempate en el caso de personas jurídicas pues, en virtud de la Resolución 161 de 2021, se preferirá a aquellas en las que «...participen mayoritariamente mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, para lo cual el representante legal o el revisor fiscal, según corresponda, diligenciará el «Formato 10A - Participación mayoritaria de mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de violencia intrafamiliar (persona jurídica)», mediante el cual certifica, bajo la gravedad de juramento, que más del cincuenta por ciento (50 %) de la composición accionaria o cuota parte de la persona jurídica está constituida por mujeres cabeza de familia y/o mujeres víctimas de

violencia intrafamiliar. Además, deberá acreditar la condición indicada de cada una de las mujeres que participen en la sociedad, aportando los documentos de cada una de ellas, de acuerdo con los dos incisos anteriores».

Por su parte, y como ilustración, el Formato 10 de los documentos tipo de infraestructura para licitación de obra pública de transporte indica que «Este formato se diligencia por el representante legal o el revisor fiscal, según corresponda, de la persona jurídica en el que mayoritariamente participen mujeres cabeza de familia y mujeres víctima de violencia intrafamiliar. En el evento que la oferta la presente una entidad privada sin ánimo de lucro, ya sea, fundación, corporación o asociación se ajustará el formato en lo pertinente. La información vertida en este formato contiene datos sensibles la cual está sujeta a reserva legal y, por tanto, no se podrá publicar en el SECOP I y II para su conocimiento».

Por su parte, el artículo 3 de la Resolución 161 de 2021 incluyó el «Formato 11 - Autorización para el tratamiento de datos personales» para cumplir lo dispuesto en la Ley 1581 de 2012 y el Decreto 1377 de 2013, con el fin de garantizar un adecuado manejo de los datos sensibles en los mismos documentos tipo relacionados atrás. En este caso, y como ilustración, el Formato 11 de los documentos tipo de infraestructura para licitación de obra pública de transporte indica que «El presente Formato lo diligenciará toda persona (proponente, socia o trabajador) que al momento de presentar su oferta contenga datos sensibles, para que la Entidad Estatal contratante garantice el tratamiento adecuado a estos datos.»

Así las cosas, se evidencia que se trata de dos formatos que contienen, por un lado, información relativa a los hechos que solucionan empates –factores de desempate– y, por el otro, información relativa a la protección de datos personales, que es presupuesto para acreditar el criterio de desempate. No obstante, para determinar si estos constituyen o no documentos subsanables, es necesario detenerse en los supuestos en atención a los cuales opera la regla de subsanabilidad de las ofertas, prevista en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

2.5 Alcance de la regla de subsanabilidad para acreditar los factores de desempate previstos en la Ley 2069 de 2020

Para establecer responder la consulta es necesario precisar los siguientes aspectos: i) el momento en el que el proponente debe aportar los documentos que acreditan las causales del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, ii) si la no entrega de estos documentos es subsanable y iii) si es posible solicitar los documentos que acreditan los factores de desempate en la audiencia de adjudicación. Para estos efectos, es necesario realizar algunas consideraciones sobre el alcance de la regla de subsanabilidad en los procesos de selección.



La subsanabilidad es un mecanismo previsto en los procedimientos regulados por el Estatuto de Contratación Estatal de Colombia. Esta regla, prevista en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, permite que los proponentes puedan enmendar, corregir o modificar los errores en los documentos de la oferta respecto a los requisitos habilitantes. Además, la posibilidad de subsanar estos documentos tiene como propósito:

[...] 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 falencias¹³.

A raíz de lo anterior, no podrán rechazarse las propuestas por ausencia de requisitos o falta de documentos que verifiquen las condiciones habilitantes del proponente, y que, a su vez, estos no se constituyan como factores de comparación entre propuestas. Ahora bien, la posibilidad de subsanar 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 vigor de la Constitución Política de 1991, el régimen jurídico de la subsanabilidad de las ofertas estaba compuesto por el Decreto Ley 150 de 1976 y el Decreto Ley 222 de 1983. Bajo el imperio de estas normas, la posibilidad de subsanar errores era prácticamente inexistente, debido al excesivo formalismo procedimental que irradiaba la actuación administrativa. En este contexto, por ejemplo, no era extraordinario que una oferta fuera rechazada por no aportar una copia de esta.

En un *segundo momento* se expidió la Ley 80 de 1993, bajo el nuevo paradigma que supuso la Constitución de 1991, particularmente en la forma como se relaciona lo formal y lo sustancial en las actuaciones judiciales y administrativas. 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 artículo 25.15 de la Ley 80 de 1993 dispuso lo siguiente:

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.

¹³ 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.



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 constatar si este era o no necesario para la comparación de las propuestas y de ese análisis surgiría la decisión sobre su rechazo o la oportunidad de subsanar.

Esta norma debía leerse en conjunto con otras de la Ley 80 de 1993, particularmente con el artículo 30.7, 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 evaluación¹⁴; y con el artículo 30.8, que consagró el término de 5 días hábiles para que los oferentes presenten observaciones al informe de evaluación de las propuestas, sin que sea posible completar, adicionar, modificar o mejorar su oferta¹⁵.

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 esta no podía llevar a su rechazo, sin antes verificar que lo omitido fuera un aspecto necesario para la comparación.

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

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, 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.

¹⁴ 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».

¹⁵ 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».



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

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

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, además de consagrar un criterio más claro, y, de paso, reducir la discrecionalidad de la Administración, fijó un ámbito temporal para la subsanación de las ofertas: «en cualquier momento, hasta la adjudicación». El Consejo de Estado 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 estos términos:

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 suficientemente¹⁶.

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 párrafo 1º y adicionó algunos otros, entre ellos el 4º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007:

¹⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2014. Expediente: 25.804. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.



Artículo 5°. De la selección objetiva.
[...]

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

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 (3) aspectos que se analizarán a continuación:

El primero es el ámbito temporal para ejercer la facultad de subsanar la oferta, pues la Ley 1882 de 2018 fijó una regla general y una excepción. La regla general es que el límite para que la entidad solicite y para que el proponente corrija lo que haga falta es hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección. La excepción es que el anterior límite no aplica para los procesos de mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta: en este último los documentos o requisitos subsanables deben solicitarse, como límite final, hasta el momento previo a su realización¹⁷.

Frente a la regla general, como se explica en el Concepto CU-060 del 24 de febrero de 2020, 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.

¹⁷ 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».



De otro lado, el segundo cambio importante de la Ley 1882 de 2018 es el correspondiente a la garantía de seriedad. 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 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». 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 6° 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.¹⁸

De igual manera, en los documentos tipo adoptados mediante las Resoluciones No. 240 y 241 del 27 de noviembre 2020, la obligación del proponente de presentar su oferta de manera íntegra es congruente con el numeral 1.6. del documento base. Al respecto, el pliego dispone que:

El Proponente tiene la responsabilidad y carga de presentar su oferta en forma completa e íntegra, esto es, respondiendo todos los puntos del Pliego de Condiciones y adjuntando todos los documentos de soporte o prueba de las condiciones que pretenda hacer valer en el Proceso.

En caso de ser necesario, la Entidad deberá solicitar a los Proponentes durante el proceso de evaluación, y a más tardar en el informe de evaluación, las

¹⁸ 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.



aclaraciones, precisiones o solicitud de documentos que puedan ser subsanables.

Bajo la premisa de que el proponente deberá presentar su oferta de manera completa, es que se debe interpretar la expresión «circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso». Como se explicó en el Concepto CU-060 del 24 de febrero de 2020, esto lleva a la necesidad de 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, en tanto esto implicaría que el proponente pueda hacer mejoras o adicione circunstancias que no corresponden a la oferta inicialmente presentada¹⁹.

Analizada la regla del párrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, los criterios de desempate afectan la asignación de puntaje, por lo que los documentos que los acreditan son insubsanables. Estos factores definen la adjudicación del contrato cuando, después de aplicar los criterios de evaluación del pliego de condiciones, dos o más proponentes obtienen resultados similares. De hecho, el primer inciso del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 dispone que los factores de desempate aplican cuando el puntaje total de dos o más ofertas es el mismo. Por tanto, el oferente que resulta adjudicatario es aquel que acredita alguno de esos criterios de desempate, por lo que afectan la asignación de puntaje y deciden el resultado del proceso de selección.

Para los documentos tipo de licitación –versión 3– y selección abreviada –versión 2– de obra pública de infraestructura de transporte, esta idea es congruente con el numeral 1.6 del pliego de condiciones. Al respecto, el numeral 1.6 del documento base dispone que «Todos aquellos requisitos de la oferta que afecten la asignación de puntaje, *incluyendo los necesarios para acreditar requisitos de desempate*, no son subsanables, por lo que los mismos deben ser aportados por los proponentes desde la presentación de la oferta. No obstante, pueden ser aclarados o ser objeto de explicación» (Énfasis fuera de texto).

Es necesario tener en cuenta que los factores desempate complementan los criterios de evaluación, es decir, si después de aplicar estos últimos, varias propuestas terminan empatadas, aplica el artículo 35 de la Ley de Emprendimiento. En esta medida, los documentos que acreditan cada causal no podrían definirse como «condiciones habilitantes», ya que –en los términos del artículo 5.1 de la Ley 1150 de 2007– ninguno de ellos está relacionado con la prueba de la capacidad jurídica o la certificación de las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes.

¹⁹ 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.



De considerarse «condiciones habilitantes», se llegaría a la idea de que –so pena de rechazo– la participación en el procedimiento contractual está sujeta a la prueba de por lo menos una de las causales del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Esta conclusión no tendría sentido, ya que es posible la acreditación de los requisitos previstos en el artículo 5.1 de la Ley 1150 de 2007, sin que la ausencia de prueba del criterio de desempate condicione la aplicación de los factores de evaluación previstos en el pliego de condiciones. Naturalmente, en caso de empate, la consecuencia es que la adjudicación se resuelve con los participantes que acreditaron alguno de los factores, excluyendo a quienes no lo hicieron.

De esta manera, los factores de desempate afectan la «asignación de puntaje» en los términos del párrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en la medida que influyen en la «comparación de las propuestas». En efecto, algunos de los factores de evaluación también son criterios de desempate: este es el caso de los previstos en el artículo 2 de la Ley 816 de 2003 y en el artículo 2.2.1.2.4.2.6 del Decreto 1082 de 2015 para los proponentes que oferten bienes y servicios nacionales o vinculen personas en situación de discapacidad, respectivamente²⁰. Por tanto, si no es posible subsanar los factores de evaluación previstos en las normas citadas, mucho menos es posible subsanarlos tratándose de los factores de desempate. Esta conclusión se extiende al resto de las causales de esta norma, ya que definen la adjudicación del contrato en caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas en los procesos de contratación.

Dado que los factores de desempate influyen en la ponderación de las ofertas presentadas, la acreditación de las causales previstas en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 es insubsanable. Esto considerando que no son criterios puramente formales de las propuestas ni requisitos para la verificación de las condiciones habilitantes en el proceso de selección en los que aplique la regla del párrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Por tanto, dado que no existe oportunidad posterior, la documentación relacionada con los factores de desempate debe entregarse con la oferta de forma completa e íntegra, antes del cierre del proceso de selección.

De conformidad con lo anterior, si bien los formatos 10 y 11 no son documentos destinados a definir la evaluación en todos los casos, eventualmente, pueden ser

²⁰ El primer inciso del artículo 2º de la Ley 816 de 2003 dispone lo siguiente: «Las entidades de que trata el artículo 1º asignarán, dentro de los criterios de calificación de las propuestas, un puntaje comprendido entre el diez (10) y el veinte por ciento (20%), para estimular la industria colombiana cuando los proponentes oferten bienes o servicios nacionales». Por su parte, el artículo 2.2.1.2.4.2.6 del Decreto 1082 de 2015 prescribe que «En los procesos de licitaciones públicas y concursos de méritos, para incentivar el sistema de preferencias a favor de las personas con discapacidad, las entidades estatales deberán otorgar el uno por ciento (1%) del total de los puntos establecidos en el pliego de condiciones, a los proponentes que acrediten la vinculación de trabajadores con discapacidad en su planta de personal [...]».



determinantes para la evaluación, al ser requeridos para la comparación de ofertas en situaciones de empate. En ese sentido, la posibilidad de subsanar tales documentos no se encuentra conforme a la regla de subsanabilidad prevista en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, al referirse los mismos a requisitos determinantes para definir la oferta ganadora, razón por la que en el documento base en su numeral 1,6, expresamente, se excluyó la posibilidad de que se subsanaran los documentos referidos a los criterios de desempate.

3. Respuesta

- «1. ¿La presentación del Formato 10 puede ser considerado como un requisito habilitante?
2. ¿El formato 10 puede ser considerado como un requisito NO (sic) subsanable?
3. Si un proponente no presenta en su propuesta información sensible, ¿Tiene obligación de presentar el Formato 11?».

Conforme a lo expuesto, es necesario resaltar que los requisitos habilitantes son aquellos que, por expresa disposición legal, no otorgan puntaje y no están destinados a la comparación de las ofertas, salvo que excepcionalmente se permita lo contrario. Esto comoquiera que estos no se refieren a la oferta misma, sino a la idoneidad y aptitud del oferente para asumir adecuadamente la ejecución del contrato. En este sentido, los requisitos *habilitantes* son aquellos que deben cumplir en igualdad de condiciones los proponentes y cumplido el mínimo establecido en el pliego de condiciones o documento equivalente hacen que los proponentes se habiliten en el procedimiento de selección y sean susceptibles de ser seleccionados como futuros contratistas.

De acuerdo con el parágrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, es posible concluir que, en los casos concretos, una vez verificada la ausencia de requisitos y/o documentos de la oferta, para saber si se puede subsanar, la entidad estatal 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 o que no se permita comparar las ofertas, 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.



El Formato 10 está dirigido a acreditar los supuestos de hecho los factores de factores de desempate, mientras que el Formato 11 es el documento donde se debe recoger el consentimiento de los proponentes para el tratamiento de los datos sensibles asociados a la acreditación de los factores de desempate. Analizados dichos formatos a la luz de regla general del párrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, se advierte que los mismos son documentos relacionados con la acreditación de los factores de desempate, que, si bien en principio no afectan la asignación de puntaje, eventualmente, pueden ser determinantes para la comparación de ofertas en caso de presentarse un empate. Por tanto, dado que los factores de desempate influyen en la ponderación de las ofertas presentadas, la acreditación de los mismos es insubsanable, pues no son criterios puramente formales de las propuestas ni requisitos para la verificación de las condiciones habilitantes.

Sin perjuicio de lo anterior, si el proponente no cumple con ninguno de los factores de desempate establecidos en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 y recopilados en el Formato 10 de los documentos tipo, no estará obligado a presentar dicho formato, ni tampoco el numerado con el 11, al no acreditarse factores de desempate y no existir información sensible que la entidad estatal deba manejar con relación a los mismos.

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

Atentamente,

Original Firmado
Jorge Augusto Tirado Navarro

JORGE AUGUSTO TIRADO NAVARRO
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Elaboró: Camilo Perdomo Villamil
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Alejandro Sarmiento Cantillo
Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Jorge Augusto Tirado Navarro
Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE

