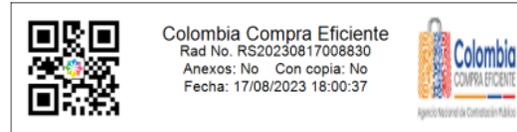


Bogotá D.C., 16 de agosto de 2023



Señor

Francisco Javier Reina Murillo

Corporación Vaupés Desarrollo y Cultura VDC

Mitú, Vaupés

Concepto C – 333 de 2023

Temas: EXPERIENCIA – Noción – Colombia Compra Eficiente /
SUBSANACIÓN – Requisitos Habilitantes – Reglas /
MÍNIMA CUANTÍA – Subsanación

Radicación: Respuesta a la consulta No. P20230704012940

Respetado Señor Reina,

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 4 de julio de 2023.

1. Problema planteado

Usted realiza la siguiente consulta

“En un proceso de selección de mínima cuantía donde se solicita como experiencia un solo contrato para acreditar este requisito y un oferente presenta un contrato que no cumple con lo exigido por la entidad, entonces ¿Este oferente puede subsanar este requisito presentando un contrato completamente diferente que cumpla con lo que exige la entidad?” (sic)

2. Consideraciones

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, resuelve consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública relacionadas en los artículos previamente



citados¹. En ese sentido, esta Subdirección dentro de los límites de sus atribuciones resolverá su consulta previo análisis de los siguientes temas: i) aproximación general al concepto de experiencia en la contratación pública; ii) subsanación de las ofertas; y, iii) la subsanación en los procesos de mínima cuantía.

Sobre la regla de subsanabilidad de la oferta esta entidad unificó concepto CU — 060 de 16 de enero de 2020, posición que ha sido reiterada en los conceptos C-082 de 27 de enero de 2020 y C-127 de 12 de febrero de 2020, C-044 de 24 de marzo de 2020, C-013 de 28 de abril de 2020, C-307 de 21 de mayo de 2020, C-372 de 30 de junio de 2020, C-410 de 26 de junio de 2020, C-481 de 27 julio de 2020, C-420 de 28 de julio de 2020, C-730 de 14 de diciembre de 2020, C-779 de 18 de enero de 2020, C-077 de 14 de enero de 2021, C-010 de 16 de febrero de 2021, C-250 del 2 de junio de 2021 C-568 del 11 de octubre de 2021, C-728 del 25 de enero de 2022, C-140 del 28 de marzo de 2022, C-285 del 20 de mayo de 2022, C-416 del 30 de junio de 2022, C-431 del 7 de julio de 2022, C-470 del 25 de julio de 2022, C-505 de 8 de agosto de 2022, C-681 de 19 de octubre de 2022, C-793 del 21 de noviembre de 2022, C-882 de 21 de diciembre de 2022, C-216 de 6 de junio de 2023, y C-261 de 13 de julio de 2023, entre otros². Por su parte, frente a la subsanación en procesos de mínima cuantía, la Agencia emitió el concepto C-877 del 26 de diciembre de 2023 y la respuesta con radicado de salida RS20230623006465 del 22 de junio de 2023. La tesis propuesta en estos conceptos se expone a continuación y se complementa en lo pertinente:

2.1. Aproximación general al concepto de experiencia en la contratación pública

¹ “Artículo 3º. Funciones. La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– ejercerá las siguientes funciones:

“[...]

“5. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública”.

“Artículo 11. Subdirección de Gestión Contractual. Son funciones de la Subdirección de Gestión Contractual las siguientes:

“[...]

“8. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”.

² Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.



El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 establece los requisitos habilitantes para participar en un procedimiento contractual, dentro de los cuales se destaca la experiencia. El propósito es que las entidades fijen unos requisitos mínimos que debe tener y acreditar el proponente, para que la entidad pueda verificar su aptitud para participar en el procedimiento de contratación y, si se le adjudica, ejecutar el contrato estatal³. Con los matices requeridos para la aplicación de los documentos tipo, la entidad, como responsable de la estructuración de su procedimiento de contratación, es autónoma para requerir la experiencia necesaria para el objeto contractual que se pretende satisfacer con el procedimiento, para lo cual, de acuerdo con el artículo 2.2.1.1.1.6.2. del Decreto 1082 de 2015, debe tener en cuenta el estudio del sector y sus componentes como la identificación de riesgos, el mercado y precio del bien, obra o servicio a contratar⁴.

La experiencia que se deriva de los contratos que el proponente ha celebrado y ejecutado con diferentes contratantes, sin importar la naturaleza de estos, se verifica, en principio con el Registro Único de Proponentes –RUP–⁵, cuando

³ Ley 1150 de 2007: “Artículo 5. De la selección objetiva. 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. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 60 de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación”.

⁴ Decreto 1082 de 2015: “Artículo 2.2.1.1.1.6.2. Determinación de los Requisitos Habilitantes. La Entidad Estatal debe establecer los requisitos habilitantes en los pliegos de condiciones o en la invitación, teniendo en cuenta: (a) el Riesgo del Proceso de Contratación; (b) el valor del contrato objeto del Proceso de Contratación; (c) el análisis del sector económico respectivo; y (d) el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial. La Entidad Estatal no debe limitarse a la aplicación mecánica de fórmulas financieras para verificar los requisitos habilitantes”.

⁵ Decreto 1082 de 2015: “Artículo 2.2.1.1.1.5.3. Requisitos habilitantes contenidos en el RUP. Las cámaras de comercio, con base en la información a la que hace referencia el artículo anterior, deben verificar y certificar los siguientes requisitos habilitantes:



este certificado sea exigible de acuerdo con la ley, en el cual constan los requisitos habilitantes que se evalúan exclusivamente con este documento, que es plena prueba, sin que la entidad o el proponente puedan solicitar o aportar otra documentación⁶.

Respecto de la experiencia, en los procesos de mínima cuantía no es exigible el RUP, por lo tanto, la Entidad Estatal deberá establecer en la invitación la forma en la que se verificará la acreditación de este requisito, ya sea con la copia de los contratos o con certificados de los contratos celebrados por el proponente con diferentes contratantes, quienes son terceros que los expiden cuando el contrato fue ejecutado y recibieron los bienes, obras o servicios de parte del proponente⁷. De esta manera, la entidad deberá verificar que el proponente tenga experiencia

1. Experiencia – Los contratos celebrados por el interesado para cada uno de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, identificados con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel y su valor expresado en SMMLV.

[...]

⁶ Ley 1150 de 2007: “Artículo 6. De la verificación de las condiciones de los proponentes. Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

[...]

El certificado de Registro Único de Proponentes será plena prueba de las circunstancias que en ella se hagan constar y que hayan sido verificadas por las Cámaras de Comercio. En tal sentido, la verificación de las condiciones establecidas en el numeral 1 del artículo 5 de la presente ley, se demostrará exclusivamente con el respectivo certificado del RUP en donde deberán constar dichas condiciones. En consecuencia, las entidades estatales en los procesos de contratación no podrán exigir, ni los proponentes aportar documentación que deba utilizarse para efectuar la inscripción en el registro.

No obstante lo anterior, sólo en aquellos casos en que por las características del objeto a contratar se requiera la verificación de requisitos del proponente adicionales a los contenidos en el Registro, la entidad podrá hacer tal verificación en forma directa”.

⁷ Decreto 1082 de 2015: “Artículo 2.2.1.1.5.2. Información para inscripción, renovación o actualización. El interesado debe presentar a cualquier cámara de comercio del país una solicitud de registro, acompañada de la siguiente información. La cámara de comercio del domicilio del solicitante es la responsable de la inscripción, renovación o actualización correspondiente:

1. Si es una persona natural:

1.1. Bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, identificados con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel.

1.2. Certificados de la experiencia en la provisión de los bienes, obras y servicios que ofrecerá a las Entidades Estatales, los cuales deben ser expedidos por terceros que hayan recibido tales bienes, obras o servicios y deben corresponder a contratos ejecutados o copias de los contratos cuando el interesado no puede obtener tal certificado. El interesado debe indicar en cada certificado o en cada copia de los contratos, los bienes, obras y servicios a los cuales corresponde la experiencia que pretende acreditar, identificándolos con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel”.



en la ejecución del objeto que pretende contratar la entidad, esto es, que haya celebrado y ejecutado contratos que se asimilen a la necesidad que la entidad requiere satisfacer con el procedimiento contractual, sin que sea necesario que su objeto sea idéntico.

Por lo demás, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente puso a disposición de los interesados del Sistema de Compra Pública el Manual para determinar y verificar requisitos habilitantes en los procesos de contratación, donde se establecen las definiciones de cada requisito habilitante y se dan lineamientos sobre lo que las entidades pueden hacer para establecerlos. En relación con la experiencia, el Manual se centra en su carácter personal, lo cual significa que la experiencia se obtiene en razón a la participación, con anterioridad, en actividades que le permitieron conocer cómo ejecutar determinado objeto contractual, que la entidad ahora pretende desarrollar⁸.

Lo anterior es determinante, porque no es posible tener experiencia si en la práctica no se han ejecutado actividades similares previas; y precisamente de la experiencia se deriva el conocimiento del proponente, y para la contratación pública es importante, pues ello garantiza que no habrá improvisación ni mayores costos por errores o dificultades originadas en realizar una actividad por primera vez. Adicionalmente, el Manual explica que la experiencia puede obtenerse

⁸ Colombia Compra Eficiente, Manual para determinar y verificar requisitos habilitantes en los procesos de contratación: “La experiencia es el conocimiento del proponente derivado de su participación previa en actividades iguales o similares a las previstas en el objeto del contrato.

Los proponentes deben registrar en el RUP los contratos que hayan celebrado para prestar los bienes y servicios que pretenden ofrecer a las Entidades Estatales, identificando los bienes, obras y servicios con el Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel y expresar el valor del contrato respectivo en SMMLV. El registro debe contener la experiencia adquirida de forma directa o a través de la participación en proponentes plurales. Esta experiencia se obtiene con contratantes públicos, privados, nacionales o extranjeros. No hay límite frente al número de contratos o a la fecha en la cual estos fueron celebrados.

[...]

La experiencia requerida en un Proceso de Contratación debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato y su valor. La experiencia es adecuada cuando es afín al tipo de actividades previstas en el objeto del contrato a celebrar. Por ejemplo, si el Proceso de Contratación es para un servicio de aseo general, el proponente debe tener experiencia en el servicio de aseo, sin que sea relevante el lugar en el cual ha prestado el servicio o quién ha sido el contratante.

La experiencia es proporcional cuando tiene relación con el alcance, la cuantía y complejidad del contrato a celebrar. Por ejemplo, en un Proceso de Contratación de obra pública con un presupuesto oficial de 100 SMMLV, la experiencia exigida es proporcional si la Entidad Estatal exige que los proponentes hayan participado en Procesos de Contratación de 50 SMMLV del mismo tipo de obra.

[...]”.



directamente o por participar asociado con otra persona, como es el caso de los proponentes plurales, en cuyo evento la experiencia no deja de ser personal, sino que es proporcional a la participación como miembro de un consorcio o unión temporal, donde por tratarse de esquemas asociativos la experiencia es compartida. Por otra parte, la Agencia recomienda que la experiencia que se solicite sea proporcional y no igual al objeto que se va a contratar, ya que esto puede limitar la participación de los proveedores por no haber ejecutado un objeto igual pero sí similar, lo que ayuda a que exista pluralidad de oferentes. Finalmente, pueden extraerse cuatro (4) conclusiones relevantes respecto de la experiencia:

i) La experiencia es *personal*, esto es, se adquiere participando, directa o indirectamente, sin que sea posible no hacerlo y tener experiencia.

ii) La experiencia se puede *compartir*, sin que implique que la que le hayan compartido a una persona se entienda suya, ya que dentro del procedimiento contractual se reflejará que esa persona tiene la experiencia de otra, como es el caso de la que le aportan los socios a las sociedades con menos de 3 años de constitución, lo cual constará en el RUP; o de las figuras asociativas –consorcios y uniones temporales– que se verificará en el documento privado de constitución.

iii) La experiencia se puede *transferir*, y esto es diferente a compartir, lo que implica que la experiencia de una persona se traslada a otra, y esta última acredita la experiencia como propia, como sucede con algunas figuras y reformas estatutarias como la transformación, fusión o escisión.

iv) Solo es posible transferir o compartir la experiencia de una persona natural o jurídica a otra, en los casos señalados en los numerales anteriores, por lo cual no es posible que se acredite la experiencia adquirida por un tercero –que es otra persona diferente a la principal– sin que se relacione con lo establecido, ya que la experiencia es personal, esto es, de quien la adquirió. Asimismo, cuando la persona que adquirió la experiencia *desaparece* o se liquida no es posible que comparta o transfiera su experiencia, porque al ser personal sigue la suerte de quien la adquirió.

No obstante, las entidades estatales son autónomas en la estructuración de sus procedimientos contractuales, por lo cual en sus pliegos de condiciones pueden establecer una regla de acreditación de la experiencia que permita que el proponente incluya la de otras personas o terceros para cumplir el requisito habilitante. Lo anterior, salvo que se trate de objetos contractuales regidos por documentos tipo, evento en el cual las reglas relativas a la experiencia exigida y a la forma de acreditación están allí previstas.



2.2. Subsanación de las ofertas

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

En un *primer momento*, antes de la entrada en 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 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 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 30.7⁹, 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 30.8¹⁰, 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 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 párrafo 1º del artículo 5, determinó lo siguiente:

"Párrafo 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

⁹ 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".

¹⁰ 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".



en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.”

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

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

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, además de consagrar un criterio más claro, y, de paso, reducir la discrecionalidad de la Administración, fijó un ámbito temporal para que las entidades requirieran 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 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 suficientemente¹¹.”

¹¹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2014. Expediente: 25.804. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.



Esa interpretación fue compartida por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, pues en la Circular Externa Única¹² 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, la Entidad Estatal deberá indicarlo en el informe de evaluación y advertir que la correspondiente oferta puede ser subsanada.

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

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

12 Ver en el siguiente link:

https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/cce-eicp-ma-06_circular_externa_con_comentarios_de_ciudadanos- v2f_002.pdf



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia

WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

El primero es el ámbito temporal para ejercer la facultad de subsanar la oferta, pues la Ley 1882 de 2018 fijó una regla general y una excepción. La regla general es que el límite para que la entidad solicite y para que el proponente corrija lo que haga falta es hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección. La excepción es que el límite anterior no aplica para los procesos de mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta¹³; en el último los documentos o requisitos subsanables pueden y deben solicitarse hasta el momento previo a la celebración de la audiencia. En cuanto al proceso de mínima cuantía, el Decreto 1860 de 2021 que modifica el Decreto 1082 de 2015, en su artículo 2.2.1.2.1.5.2., numeral 5° dispone que sin perjuicio de la oportunidad que deben otorgar las Entidades para subsanar las ofertas, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, para lo cual se establecerá un término preclusivo para recibir los documentos subsanables. En el evento que no se regule este término los proponentes podrán subsanar sus ofertas hasta antes que finalice el traslado del informe de evaluación¹⁴.

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

¹³Ley 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”.

¹⁴ “2.2.1.2.1.5.25. Procedimiento para la contratación de mínima cuantía. Las siguientes reglas son aplicables a la contratación cuyo valor no excede del diez por ciento (10%) de la menor cuantía de la Entidad Estatal, independientemente de su objeto: [...]

5. La Entidad Estatal debe revisar las ofertas económicas y verificar que la de menor precio cumple con las condiciones de la invitación. Si esta no cumple, la Entidad Estatal debe verificar el cumplimiento de los requisitos de la invitación de la oferta con el segundo mejor precio, y así sucesivamente. Lo anterior sin perjuicio de la oportunidad que deberán otorgar las Entidades Estatales para subsanar las ofertas, en los términos del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, para lo cual establecerán un término preclusivo en la invitación para recibir los documentos subsanables, frente a cada uno de los requerimientos. En caso de que no se establezca este término, los proponentes podrán subsanar sus ofertas hasta antes de que finalice el traslado del informe de evaluación”.



término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección”.

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

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ya había tenido la oportunidad de precisar estas expresiones, a propósito de un concepto en el que se refirió al artículo 10 del derogado Decreto 2474 de 2008, que había determinado que en ningún caso la entidad podía permitir que se acreditaran circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso. El Consejo de Estado precisó que por cierre del proceso debe entenderse el vencimiento del plazo para la presentación de las ofertas y que lo subsanable son las circunstancias que ocurrieron con anterioridad a esa fecha¹⁵.

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 cumplan con los requisitos para

¹⁵ “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 participar” (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 6 de noviembre de 2008. Expediente: 1927. Consejero Ponente: William Zambrano Cetina).



participar al momento de presentar las ofertas, y pretendan cumplirlos durante el proceso de selección o, inclusive, que se puedan variar condiciones de la oferta una vez presentada.

Un mejor entendimiento del significado de la expresión “*circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso*” implica distinguir entre la prueba de un hecho y el hecho mismo. En el caso de la subsanabilidad de las ofertas, una cosa es el requisito habilitante o el elemento de la propuesta y otra su prueba. Lo que prohíbe la norma es que se subsanen requisitos que no estaban materialmente cumplidos al momento de presentación de la oferta, o en palabras de la ley, que se acrediten hechos que ocurrieron después del cierre del proceso¹⁶.

Por ejemplo: i) si un oferente olvidó adjuntar con su propuesta el certificado que da cuenta de su inscripción en el RUP, el requisito será subsanable siempre que la prueba allegada demuestre que el hecho, esto es, la inscripción en el registro, ocurrió con anterioridad al cierre del proceso, estando está en firme para dicho momento; ii) si un oferente presentó la propuesta sin allegar la autorización al representante legal, por parte de la junta directiva de la sociedad, el certificado, aunque sea posterior, debe dar cuenta de que el hecho que pretende acreditar – la autorización de la junta– ocurrió antes del vencimiento del término para ofertar¹⁷; 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

¹⁶ En armonía con lo anterior, actualmente la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente señala lo siguiente: “De otro lado, cabe destacar que, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, durante el término otorgado para subsanar, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas luego del cierre del proceso. De esta manera, es subsanable la prueba de todas las circunstancias ocurridas antes del vencimiento del término para presentar las ofertas, por lo que no se podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad a dicho momento.

Lo anterior quiere decir que no es la prueba lo que debe ser anterior al cierre del proceso, sino el hecho que esta acredita. En ese sentido, ante la solicitud de la Administración de subsanar un requisito, el documento podría estar fechado con posterioridad al vencimiento del término para recibir propuestas, con la condición de que el hecho que acredite haya ocurrido antes, esto es, que no sea una circunstancia ocurrida con posterioridad al cierre del proceso. Un mejor entendimiento del significado de la expresión “circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso” implica distinguir entre la prueba de un hecho y el hecho mismo. En el caso de la subsanabilidad de las ofertas, una cosa es el requisito habilitante o el elemento de la propuesta que permite cumplir determinada exigencia del pliego de condiciones –o documento equivalente– y otra su prueba. Lo que prohíbe la norma es que se subsanen requisitos que no estaban materialmente cumplidos al momento del cierre del proceso”. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/content/circular-unica-externa>

¹⁷ Ver CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2011. C.P. Jaime Orlando Santofimio. Rad. 36.408.



existía antes del cierre del proceso¹⁸; iv) si un oferente olvidó adjuntar un certificado que demuestra un título universitario, el documento, aunque tenga fecha posterior al cierre del proceso, debe acreditar que el título académico se obtuvo con anterioridad al cierre del proceso; v) si un oferente no allegó un certificado de experiencia, el documento que subsana –sin importar que tenga fecha posterior– debe demostrar que la experiencia que se pretende hacer valer se obtuvo antes de vencerse el término para presentar ofertas y, vi) si el oferente olvidó firmar la propuesta o presentar una copia de ella, puede subsanar sin que con ello se entienda que acreditó una circunstancia ocurrida con posterioridad al cierre del proceso.

Lo anterior quiere decir que no es la prueba –usualmente un documento– lo que debe ser anterior al cierre del proceso, sino el hecho que ella acredita, es decir, ante la solicitud de la Administración de subsanar determinado requisito, el documento podría estar fechado con posterioridad al vencimiento del término para recibir propuestas, siempre y cuando el hecho que acredite haya ocurrido antes, esto es, que no sea una circunstancia ocurrida con posterioridad al cierre del proceso. Es por esto por lo 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”*¹⁹.

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

¹⁸ Ver CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2014. C.P. Enrique Gil Botero. Rad. 25.804.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de mayo de 2010. Expediente: 1992. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo.



prueba de una circunstancia o hecho que ocurrió con anterioridad al cierre del proceso.

2.3. La subsanación en los procesos de mínima cuantía

La memoria justificativa del Decreto 1860 de 2021²⁰ informa que a través de esta norma se da paso a la reglamentación de los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020 por medio de la cual “se impulsa el emprendimiento en Colombia”. Las razones de oportunidad y conveniencia de su reglamentación se justifican en señalar que el Capítulo III del Título I de la Ley 2069 de 2020 creó una serie de incentivos para las Mipymes, los emprendimientos y empresas de mujeres interesadas en celebrar contratos con el Estado, y el fomento en la ejecución de contratos de la provisión de bienes y servicios por parte de sujetos de especial protección constitucional, que requieren de reglamentación para poder introducir estos incentivos en el sistema de compras y contratación pública.

Aunado a ello, informa que, al modificarse varias disposiciones legales por el capítulo en mención, es necesario hacer las respectivas modificaciones en las normas reglamentarias, de tal modo que, a través de dicho decreto se ajuste la reglamentación a través de la cual las entidades estatales desarrollan los procedimientos con los que suplen sus necesidades de bienes y servicios, y se contemple a detalle la reglamentación de la introducción de nuevos incentivos contractuales, garantizando la efectividad de la *Ley de Emprendimiento*, además de “incluir algunas disposiciones adicionales para la reglamentación efectiva de la citada Ley”. Igualmente, dicho documento indicó que:

“La expedición de estas normas reglamentarias no solo se fundamenta en las atribuciones realizadas al Gobierno nacional en el articulado de la Ley 2069 de 2020, sino también en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, según el cual corresponde al Presidente de la República ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes” (Sic).

20

Ver

en

línea

<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Normatividad/Memoria%20justificativa%20-%20Compras%20publicas.pdfm>



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia

WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

Al respecto, sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria, esta Agencia ha reiterado lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-1005 de 2008²¹ y por el Consejo de Estado en sentencia del 20 de noviembre de 2014²², que coinciden en afirmar que aquella tiene dos elementos fundamentales, a saber, el primero de ellos es la necesidad, consistente en que el ejercicio de la potestad reglamentaria se justifica en la medida en que la ley deje espacios de regulación que necesitan llenarse para la ejecución de esta, mediante la expedición de actos jurídicos de contenido normativo, y el segundo, consistente en la finalidad, que se refiere a que el contenido de estas normas reglamentarias no pueden ni ampliar ni restringir los efectos de la Ley.

En efecto, en la memoria justificativa del Decreto 1860 de 2021 se informa que la norma reglamentaria cumple con los dos elementos fundamentales de regulación, y, en esa medida, indicó que era procedente reglamentar la Ley de 2069 de 2020 por dicha vía, pues con el Decreto no se está contraviniendo ni dando mayor alcance a la extensión de la ley, ni mucho menos se está desfigurando la situación regulada, ni tampoco la hace nugatoria.

Conforme a lo anterior, en lo que respecta a los artículos 30 y 35 de la Ley 2069 de 2020, la memoria justificativa indicó que estas son normas de aplicación directa, por lo que, en principio, la intervención del reglamento es accesorio, más no necesaria para su aplicación. Sin embargo, resaltó que su reglamentación resultaba ser necesaria puesto que cualquier espacio abierto de decisión, siempre que no esté sometido a reserva, habilita el ejercicio de potestades discrecionales por parte de las entidades estatales y demás sujetos que deben aplicar tales normas, salvo que el reglamento eventualmente los limite, lo que podría afectar los principios de transparencia y de selección objetiva que operan en la contratación estatal.

Por tal razón, y teniendo en cuenta el objeto de su consulta, la memoria justificativa del Decreto 1860 de 2021 indicó que, en relación con las Mipymes y el procedimiento de mínima cuantía, el artículo 30 de la Ley 2069 de 2020 reguló aspectos como: i) el término mínimo para publicar la invitación, ii) el plazo mínimo

²¹ Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-1005 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²² Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 20 de noviembre de 2014. Rad. 1101-03-24-000-2010-00119-00.



de recepción de las ofertas, iii) el factor de evaluación que define la selección del proponente y iv) el perfeccionamiento del contrato. Con los anteriores parámetros las entidades podían estructurar sus procedimientos de selección, sin embargo, señaló que “en virtud de lo dispuesto en el parágrafo 1 del citado artículo, el Gobierno nacional puede ejercer su potestad reglamentaria para regular tanto las particularidades del procedimiento de selección como la posibilidad de realizar estas adquisiciones a Mipymes o establecimientos que correspondan a la definición de “gran almacén”.

Adicionalmente, se indicó que era necesario reglamentar la subsanabilidad de las ofertas y la aplicación de los factores de desempate dentro del proceso de selección de mínima cuantía, considerando que las entidades “(...) establecerán un término preclusivo en la invitación para recibir los documentos subsanables, frente a cada uno de los requerimientos. En caso de que no se establezca este término, los proponentes podrán subsanar sus ofertas hasta antes de que finalice el traslado del informe de evaluación”.

Ahora bien, en cuanto al alcance de la reglamentación de límites temporales para la subsanación de ofertas en la modalidad de mínima cuantía, dicha reglamentación se justificó con el fin de acotar criterios discrecionales en el mencionado proceso de selección por parte de las entidades estatales y demás personas intervinientes en los Procesos de Contratación, más aún cuando se ha establecido por vía jurisprudencial y doctrinaria el derecho a la subsanación de las ofertas, en virtud de lo cual no pueden rechazarse a proponentes por aspectos meramente formales.

Sobre este tema, la Agencia se ha pronunciado en desarrollo del principio de selección objetiva en los conceptos con radicados No: 4201913000006471 del 28 de octubre de 2019, 4201912000006711 del 12 de noviembre de 2019 y 4201912000006496 del 15 de noviembre de 2019, los cuales se unificaron en el Concepto CU-060 del 24 de febrero de 2020, que se reitera en forma pacífica, entre otros, en los conceptos: C-121 del 3 de marzo de 2020, C-160 del 3 de abril de 2020, C-013 del 17 de abril de 2020, C-465 del 27 de julio de 2020, C-557 del 21 de agosto de 2020, C-573 del 27 de agosto de 2020, C-595 del 21 de septiembre de 2020, C-634 de 21 de noviembre de 2020, C-779 del 18 de enero de 2021, C-802 del

1 de febrero de 2021, C-010 del 16 de febrero de 2021, C-217 del 14 de mayo de 2021 y C-250 del 2 de junio de 2022²³.

En los mencionados conceptos se ha indicado que uno de los principios transversales de los procedimientos de selección es el de *selección objetiva*, que exige que la escogencia de la oferta ganadora se debe fundamentar en factores objetivos, de carácter técnico, jurídico y financiero, y no en criterios subjetivos, como el afecto, la amistad, el ánimo de ayuda, el interés personal, etc. Si bien dentro de la historia de la contratación pública en Colombia, se vislumbran antecedentes normativos que consagraban dicho principio²⁴, en la actualidad la disposición legal que lo prevé de manera más clara y contundente es el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011 y por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018.

De acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, y conforme con lo expresado en el concepto C-166 del 23 de abril de 2021, emitido por esta Agencia, el deber de selección objetiva supone que las entidades escojan en los Procesos de Contratación el “[...] ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca [...]”. Tal favorabilidad debe determinarse a partir de criterios que pueden variar de acuerdo con el objeto contractual o la modalidad de selección aplicable, los cuales, en todo caso, para que la selección sea objetiva, deben estar señalados en el pliego de condiciones o documento equivalente.

²³ Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.

²⁴ Al respecto, conviene recordar el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, que establecía: “La selección de contratistas será objetiva.

“Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace 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.

“Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no será objeto de evaluación”.

“El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

“En caso de comparación de propuestas nacionales y extranjeras, se incluirán los costos necesarios para la entrega del producto terminado en el lugar de su utilización”.



Por su parte, en virtud de dicho principio se ha indicado que las entidades estatales deben garantizar la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen nacional y para ello deben definir reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación. Asimismo, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha dicho que:

“la selección de contratistas, para cumplir con el requisito de objetividad, debe caracterizarse por: 1. Ausencia total de subjetividad; 2. Estar determinada por la comparación de distintos factores, establecidos con anterioridad por la Administración en el pliego de condiciones; 3. Estar determinada la forma como los factores de selección serán evaluados y el valor que corresponde a cada uno de ellos en el pliego de condiciones y 4. Estar determinada la adjudicación y celebración del negocio jurídico por un análisis, comparación y evaluación objetiva de las propuestas presentadas”²⁵. Igualmente, ha señalado que “el principio de escogencia o selección objetiva de los contratistas fundamenta uno de los principales deberes de todos los responsables de la contratación estatal en el derecho colombiano, cual es el de mantener intacta la institucionalidad por encima de los intereses personales, individuales o subjetivos cuando se trate de escoger al contratista, al margen del procedimiento utilizado, con miras a evitar el actuar arbitrario, abusivo o violatorio de norma superior (numeral 8, art. 24, ley 80) por parte de los servidores públicos”²⁶.

Ahora bien, para garantizar el principio de selección objetiva, se ha indicado que es necesario que las Entidades Estatales se abstengan de rechazar las ofertas, por el incumplimiento de requisitos meramente formales, sacrificando la favorabilidad que podría representar la oferta que adolezca de estos defectos, si se permitiese su corrección. En otras palabras, es consustancial a la selección objetiva la obligación que tienen las Entidades Estatales de permitir la subsanación de los requisitos de participación, bajo las condiciones indicadas en la ley, antes de tomar la decisión de rechazar las propuestas que hayan omitido la observancia de los requisitos habilitantes.

En este sentido, la postura que se reitera en el presente concepto es la siguiente: por regla general, i) la falta de entrega o ii) los defectos, de los requisitos habilitantes, son subsanables. La excepción se encuentra en los casos, previstos en

²⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 25 de octubre de 2019. Exp. 39.945. Consejera Ponente: María Adriana Marín.

²⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 5 de julio de 2018. Exp. 37.834. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera.



la ley, que limitan la subsanabilidad, es decir, en la prohibición de permitir la entrega de la garantía de seriedad de la oferta que no fue aportada con la propuesta y de valer la acreditación de circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, con fundamento en el parágrafo 4 de la Ley 1150 de 2007.

Finalmente, en relación con el término para subsanar ofertas, esta Subdirección indicó en los conceptos C-082 del 25 de febrero de 2020, C-013 del 17 de abril de 2020 y C-250 del 2 de junio de 2021, que los requisitos a subsanar “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* [...]”, señalando que si bien no se observa una disposición legal que expresamente establezca un término para aportar tales documentos en los procesos de selección por mínima cuantía, previo a la expedición del Decreto 1860 de 2021, surgían tres posibles interpretaciones: i) que en la mínima cuantía no se permite la subsanabilidad –interpretación que no es acorde con el principio de la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal–, ii) que el término para presentar los requisitos subsanados es el mismo de publicación del informe de evaluación, es decir, un (1) día hábil, iii) que existe un vacío y que este puede llenarse discrecionalmente por la entidad estatal, disponiendo de un término razonable de subsanabilidad.

Esta Subdirección acogió hasta la expedición del Decreto 1860 de 2021 la tercera opción, en concordancia con el numeral 6.1. de la Circular Externa Única de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, que atiende a la discrecionalidad administrativa, respetando los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Sin embargo, esto evidenció la necesidad que a través de la facultad reglamentaria el Gobierno Nacional limitara estos criterios interpretativos en los procesos de mínima cuantía, y se establezca un plazo límite para recibir los documentos subsanables, so pena de verificar la oferta con el siguiente proponente que ofrezca el mejor precio.

Se destaca nuevamente, que el inciso final del artículo 150 de la Constitución estableció que al Congreso le compete expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, norma con fundamento en la cual la Corte Constitucional reconoce un amplio margen de configuración del legislador para desarrollar dicho estatuto, y que en virtud de la leyes expedidas, dejó en manos del Gobierno Nacional la reglamentación de ciertos procedimientos como los que reglamentó el Decreto 1860 de 2021, y especialmente, sobre la posibilidad



de subsanar las ofertas en los procesos de selección de mínima cuantía, se consideró necesaria su inclusión en virtud de garantizar: i) una prevalencia de lo sustancial sobre lo formal; ii) una mayor concurrencia real en los procedimientos de selección; iii) una mayor posibilidad de que las entidades estatales se beneficien al poder seleccionar entre un abanico más amplio la oferta que le resulte materialmente más favorable a sus intereses, por lo que beneficia y robustece el principio de selección objetiva.

Finalmente, es importante señalar que las ideas en torno al régimen de subsanabilidad de las ofertas desarrolladas en este concepto y en otros anteriores, se basa exclusivamente en la interpretación del ordenamiento jurídico, particularmente, de lo establecido por el legislador.

3. Respuesta:

“En un proceso de selección de mínima cuantía donde se solicita como experiencia un solo contrato para acreditar este requisito y un oferente presenta un contrato que no cumple con lo exigido por la entidad, entonces ¿Este oferente puede subsanar este requisito presentando un contrato completamente diferente que cumpla con lo que exige la entidad?” (sic)

De acuerdo con lo expuesto, por regla general, i) la falta de entrega o ii) los defectos, de los requisitos habilitantes, son subsanables. La excepción se encuentra en los casos, previstos en la ley, que limitan la subsanabilidad, como, por ejemplo, la prohibición de permitir la entrega de la garantía de seriedad de la oferta que no fue aportada con la propuesta, con fundamento en el parágrafo 4 de la Ley 1150 de 2007.

En consecuencia, la Entidad Estatal al momento de verificar la ausencia de requisitos y/o documentos de la oferta, para efectos de saber si se pueden subsanar o no, debe de preguntarse, en primer lugar, si lo que hace falta o debe corregirse es un documento que afecte la asignación de puntaje o no y, en segundo lugar, si el cumplimiento del requisito constituye una circunstancia ocurrida con anterioridad o con posterioridad al cierre del proceso. Para arribar a la conclusión de que lo omitido o un requisito puede subsanarse en los procesos de selección adelantados por mínima cuantía, la respuesta al primer interrogante debe ser negativa, es decir, que lo omitido no sea de un factor o requisito que afecte directamente el orden de elegibilidad, es decir, resulta insubsanable la



oferta económica pues el menor valor es el único criterio de elegibilidad o selección en los procesos de mínima cuantía. Por su parte, la respuesta al segundo interrogante debe dar cuenta de que lo omitido o el documento que se vaya a aportar sea la prueba de una circunstancia o hecho que ocurrió con anterioridad al cierre del proceso.

Finalmente, en relación con el término para subsanar ofertas en los procesos de mínima cuantía el numeral 5 del Decreto 1082 de 2015 del artículo 2.2.1.2.1.5.2. indica que las Entidades Estatales deberán establecer en la invitación el término preclusivo previsto para subsanar las ofertas, en los términos del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. En caso de que no se establezca este término, el Decreto incorporó un término supletivo concerniente a que los proponentes podrán subsanar sus ofertas hasta antes de que finalice el traslado del informe de evaluación.

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

Atentamente,

Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Any Alejandra Tovar Castillo
Contratista Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Ximena Ríos López
Gestor código T1 grado 11 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE