VERIFICACIÓN DE REQUISITOS HABILITANTES – SUBSANACIÓN

PROCESO DE MÍNIMA CUANTÍA Nro. MC-008-2021-NAR

OBJETO: "AMPARAR LA CONTRATACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS TÉCNICOS DE MANTENIMIENTO PREVENTIVO, CORRECTIVOS A LOS EQUIPOS DE AIRE ACONDICIONADO, INSTALADOS EN LA SEDE REGIONAL Y EN LOS OCHO CENTROS ZONALES DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, PASTO UNO, PASTO DOS, TUMACO, IPIALES, TUQUERRES, LA UNIÓN, BARBACOAS Y REMOLINO, SUMINISTRANDO POR SU CUENTA Y A SU COSTA LOS MATERIALES REQUERIDOS PARA DICHOS TRABAJOS."

Dentro del término establecido en la Invitación Pública Nro. MC-008-2021-NAR, se recibió seis (6) propuesta (s) la (s) cual (es) se relaciona a continuación, y a cuyo (s) sobre (s) se dio apertura el lunes doce (12) de julio de 2021, a partir de las 8:00 A.M., y en consecuencia se estableció el siguiente orden de elegibilidad:

Referencia de oferta	Entidad	Presentada	Oferta	Orden de Elegibilidad
MC-008-2021-NAR	servicio técnico mr	9/07/2021 1:22 AM	7.790.300 COP	1
Oferta economica de aire acondicionado copia	E.B. SOLUCIONES INTEGRALES	9/07/2021 4:14 PM	8.035.310 COP	2
MC-008-2021-NAR	CRR SOLUCIONES INTEGRALES S.A.S	9/07/2021 5:10 PM	8.171.890 COP	3
MTTO AA ICBF NARIÑO	GVL INGENIERIA SAS	9/07/2021 5:28 PM	10.369.700 COP	4
MC-008-2021-NAR	CONTROL SERVICES ENGINEERING S.A.S	9/07/2021 4:35 PM	10.487.400 COP	5
MANTENIMIENTO DE AIRES ACONDICIONADOS ICBF REGIONAL NARIÑO 2021 - INDUFRIO PASTO	INDUFRIO PASTO	9/07/2021 12:52 PM	13.860.000 CO	6

Serán objeto de verificación los siguientes requisitos mínimos habilitantes:

REQUISITOS MÍNIMOS HABILITANTES	RESULTADO
CAPACIDAD JURÍDICA.	Cumple /No cumple.
EXPERIENCIA ESPECIFICA	Cumple / No cumple

Que mediante informe de observaciones del día 13/07/2021, el comité evaluador, elevo observaciones a la oferta con el precio más bajo titulada SERVICIO TÉCNICO MR conforme al ítem 13, teniendo en cuenta que el oferente en su propuesta inicial no acredito la experiencia mínima relacionada mediante certificaciones y/o actas de liquidación o de terminación de contratos.

Que mediante informe de observaciones del 15/07/2021, se desestimó la oferta más baja, toda vez que el proponente SERVICIO TECNICO MR aporto mediante mensaje del 13/07/2021 6:29 PM, certificación de un contrato mayor a los últimos tres años y teniendo en cuenta lo establecido dentro del ítem de experiencia mínima en estudios previos, en el que se menciona "El proponente deberá acreditar que cuenta con experiencia mínima específica relacionada con el objeto de la presente convocatoria y cuyo valor sea igual o superior al presupuesto oficial, expresado en SMLMV mediante la presentación de máximo tres (3) certificaciones y/o actas de liquidación o de terminación de contratos ejecutados y terminados a satisfacción con entidades de derecho público, durante los últimos tres (3) años.

(...)
El objeto contractual deberá encontrarse ejecutado dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de cierre del proceso."

Se encuentra que el proponente si bien anexa certificación de Contrato No. 225 de 2017 suscrito con ICBF Regional Nariño, así como su acta de liquidación de terminación del mismo contrato, se puede evidenciar que la ejecución y terminación del contrato en comento, no se realizó dentro de los últimos tres años anteriores a la fecha de cierre del proceso, razón por la cual NO CUMPLE con lo establecido en los estudios previos y en la presente invitación.

Adicional a lo anterior, el proponente presenta certificación de ejecución de contrato suscrito con entidad pública el día 15/07/2021, la misma no se tiene en cuenta, por presentarse de manera extemporánea.

Que mediante observación del 15/07/2021 a las 6:45 pm, el proponente SERVICIO TÉCNICO MR, presenta observación por la cual solicita a la entidad:

"(...) dar aplicación a lo indicado por el consejo de estado, mediante reiteradas providencias en el sentido que los documentos tendientes a subsanar las propuestas podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, ***hasta la adjudicación***, de no darse aplicación estricta a lo establecido en la normatividad, el proceso adolecería de una nulidad absoluta por un cumplimiento conforme lo estableció en el articulo 44 de la LEY 80 DE 1993.

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA, SUB-SECCIÓN C, CONSEJERO PROPONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá D.C Veintinueve (29) de julio de dos mil quince (2015). Radicación 25000 23 31 000 2005 01178 01(40.660).

...Ahora bien, con la expedición de la Ley 1150 de 2007 se estableció un nuevo criterio de subsanabilidad colombiano de la mano con Entidades como los ICBF REGIONAL NARIÑO, por documentos los cuales no ponen en ningún momento el riesgo del proceso contractual que se está llevando a cabo. Ya para terminar muy respetuosamente y de manera formal me dirijo a quien corresponda dar aplicación el principio de la buena fé como lo cita la Constitución política de Colombia en su "Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas." Presenté mi oferta formal para el proceso de contratación esperando que se evalué y respete lo citado en el artículo y los artículos antes mencionados teniendo en cuenta los principios que rigen la contratación estatal en Colombia, tales como la transparencia, igualdad, equilibrio contractual entre otros. Expuesto lo anterior, y con la convicción de que la observación planteada sea acogida por la entidad solicito sea reevaluada mi oferta con los documentos allegados para la subsanación los cuales cumplen a cabalidad y de esa manera dar claridad al principio de transparencia en la contratación estatal, me suscribo con el respeto siempre acostumbrad que se encuentra consagrado en el artículo 5 parágrafo 1

...A partir de este momento, el criterio para diferenciar los requisitos subsanables de los que no lo son, dejo de ser tan abstracto empezó a ser determinado, circunscribiéndose a aquellos requisitos de la propuesta que no afecte la asignación de puntaje, caso en el cual pueden ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación del proceso de selección.

3.- Providencia del 26 de febrero de 201484, en donde la Subsección C se encargó de hacer un recuento normativo sobre la posibilidad de subsanar las ofertas y preciso las siguientes reglas y subreglas:

3.- Son subsanables los requisitos o documentos no necesarios para la comparación de las propuestas: aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento. Hasta la adjudicación (Decreto 1150 de 2007)

4.- Pregunta que debe hacerse para determinar lo subsanable o insubsanable 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 solicitaría al oferente que satisfaga la deficiencia, para poner su oferta en condiciones de ser evaluada, y no importa si se refiere o 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 suficientemente. (Artículo 5, parágrafo 1, de la Ley 1150 de 2007).

B. Subsanabilidad de requisitos e informe de evaluación.

Si en un Proceso de Contratación hay oferentes que no acreditaron con la presentación de la oferta requisitos que no afecten la asignación de puntaje, la Entidad Estatal en el informe de evaluación

debe indicarlo y advertir que la oferta correspondiente no será evaluada hasta que el oferente acredite tales requisitos. El oferente puede subsanar tales requisitos en cualquier momento antes de la adjudicación o de la subasta.

Si el oferente subsana y acredita tales requisitos, la Entidad Estatal debe actualizar el informe de evaluación y publicarlo en el SECOP incluyendo en la evaluación la oferta objeto de subsanación.

Las Entidades Estatales también deben dar a conocer el nuevo informe de evaluación en la audiencia de adjudicación si hay lugar a esta audiencia, y pueden recibir las observaciones pertinentes hasta la adjudicación.

De igual manera debo aclarar, que para la experiencia no hay límite ni tampoco se agota con el paso del tiempo como en reiterados conceptos de Colombia Compra eficiente, es claro y enfático al indicar que todo es subsanable excepto aquello que otorgue puntaje y en el caso que nos atañe, tenemos que la experiencia no otorgan puntaje, por lo tanto, y teniendo en cuenta que la oferta económica se encuentra ajustada a derecho la entidad debe ser objetiva y debe permitirme subsanar lo correspondiente a la experiencia como ya lo hice con las certificaciones que adjunte que cumple a cabalidad.

En tal orden ni la Entidad ICBF REGIONAL NARIÑO ni la Invitación puede estar por encima de la Ley ya que en otros procesos esta misma Entidad ha dado a los posibles oferentes el derecho a subsanar documentos y aportes los cuales también hacen parte de documentos técnicos, debido a eso, la entidad está en la obligación de aceptar mis documentos subsanables y no rechazar mi oferta como lo a manifestado, ya que estaría en contravía a la Ley y en investigaciones administrativas y disciplinarias llegado al caso.

Desconociendo también por qué la entidad opta por rechazar la propuesta más favorable, en donde se evidencia la contradicción con la austeridad del gasto que lleva manejando el Estado Colombiano de la mano con Entidades como los ICBF REGIONAL NARIÑO, por documentos los cuales no ponen en ningún momento el riesgo del proceso contractual que se está llevando a cabo.

Ya para terminar muy respetuosamente y de manera formal me dirijo a quien corresponda dar aplicación el principio de la buena fé como lo cita la Constitución política de Colombia en su "Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas." Presenté mi oferta formal para el proceso de contratación esperando que se evalué y respete lo citado en el artículo y los artículos antes mencionados teniendo en cuenta los principios que rigen la contratación estatal en Colombia, tales como la transparencia, igualdad, equilibrio contractual entre otros (...)".

Para proceder a dar respuesta a la observación planteada, partiremos del concepto 4201814000005306 dado por COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, el cual nos permitimos transcribir:

"Sólo son subsanables aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, los cuales deberán ser solicitados por las entidades en cualquier momento y entregados por los proponentes hasta el término de traslado de la evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, siempre que no implique una mejora de la propuesta. De la misma forma, tampoco puede subsanarse aquello de lo cual se carece o no existe o al momento de presentar la oferta, puesto que esto la mejoraría.

Por lo anterior, la Entidad Estatal puede verificar documentos que, si bien son aportados con posterioridad a la fecha de cierre, tienen como fin acreditar situaciones ocurridas de manera previa a la presentación de las ofertas, de manera que no mejore la propuesta presentada.

• LA RESPUESTA SE SUSTENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

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 artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

2. 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, **excepto para la mínima cuantía y la subasta**.

3. El Consejo de Estado ha señalado que la subsanación de las ofertas por parte de un proponente se encuentra circunscrita o limitada a la posibilidad que tiene un proponente de remediar un defecto o error de su propuesta, siendo por lo tanto incorrecto entender que esta facultad le confiere a este, el derecho de aportar nuevos documentos que modifiquen o mejoren la oferta inicial.

4. Finalmente, el Consejo de Estado ha reiterado que "(...) Lo subsanable es aquello que, a pesar de que se tiene, no aparece claramente acreditado en el proceso de selección; pero, no se puede subsanar aquello de lo cual se carece o que no existe al momento de proponer, porque entonces se estaría hablando de la complementación, adición o mejora de la propuesta, lo cual está prohibido por el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. (...) Lo anterior supone que lo subsanable son las inexactitudes o las dudas que puedan surgir o que detecte la entidad pública al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos habilitantes o de revisar los demás documentos de la propuesta que no resulten necesarios para la comparación de las ofertas, es decir, a luz de la Ley 1150 de 2007, aquellos que no incidan en la asignación de puntaje; por el contrario, las carencias no son susceptibles de subsanar, pues lo que no se tiene no se puede corregir."

5. En este sentido, es posible que el proponente aporte documentos que no existían al momento de presentar la propuesta inicial en la etapa de subsanación, siempre que estén orientadas a complementar o aclarar información ya allegada con la oferta o que acrediten circunstancias ocurridas antes del cierre, esto es, un requisito que a pesar de que se tiene no aparecía acreditado en la oferta".

Consecuentemente en concepto Nro. 2201913000009530 del 23/12/2019, COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, manifiesta:

(...) "En un proceso de licitación en el cual se solicita como requisito habilitante técnico (no ponderable) una certificación de experiencia y el proponente allega una certificación que no cumple con lo exigido en el pliego de condiciones ¿el proponente en el término de traslado puede allegar una certificación de una experiencia diferente a la inicialmente aportada (esta certificación tiene fecha anterior al cierre de presentación de ofertas) que sí cumple con lo exigido en el pliego para habilitarse?"

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en el concepto con radicado No. 4201913000006471 del 28 de octubre de 2019, analizó el régimen jurídico de la subsanabilidad. De igual forma, en los conceptos con radicados No. 4201912000006711 del 12 de noviembre de 2019, 4201912000006496 del 15 de noviembre de 2019, 4201912000007418 del 30 de octubre de 2019 reiteraron la tesis de esta Subdirección para subsanar los errores de los documentos presentados en la oferta. La idea propuesta en estos conceptos se expone a continuación.

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

En un primer momento, antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, el régimen jurídico de la subsanabilidad de las ofertas estaba compuesto por el Decreto-ley 150 de 1976 y el Decreto-ley 222 de 1983. Bajo el imperio de estas normas, la posibilidad de subsanar

errores era prácticamente inexistente, debido al excesivo formalismo procedimental que irradiaba la actuación administrativa. En este contexto, por ejemplo, no era extraordinario que una oferta fuera rechazada por no aportar una copia de esta.

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

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

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

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

Bajo el amparo de esta norma, el régimen jurídico de subsanabilidad de las ofertas sufre un cambio fundamental, pues ya no era posible rechazar las ofertas por falta de requisitos o documentos que no fueran "necesarios para la comparación de propuestas". De esta manera, la ley introdujo un primer criterio jurídico, aunque indeterminado, que servía como punto de partida en la posibilidad de subsanar las ofertas, pues verificada la ausencia de un requisito o documento, previo al rechazo de la oferta, la Administración debía verificar si este era o no necesario para la comparación de propuestas y de ese análisis surgiría la decisión sobre su rechazo o la oportunidad de subsanar.

Esta norma debía leerse en conjunto con otras de la Ley 80 de 1993, particularmente con el artículo 30.7 , 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 evaluación; 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 oferta.

A partir de la lectura integrada de estas tres normas debía concluirse que con la Ley 80 de 1993 era posible subsanar las propuestas, y la omisión o el error en algún aspecto de la misma no podía llevar a su rechazo, sin antes verificar que lo omitido fuera un aspecto necesario para la comparación.

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

Parágrafo 1°. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. <u>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</u>. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

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

<u>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</u>

requerimiento del proponente para que lo subsane, pues bastará con un simple ejercicio de verificación que consiste en corroborar si lo omitido hace parte de los aspectos que otorgan puntaje o no.

Si al verificar la Administración encuentra que lo omitido por el proponente es un aspecto que otorga puntaje no es posible subsanarlo; pero si lo omitido no otorga puntaje la Administración debe requerir al proponente para que lo subsane.

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

El Consejo de Estado, con particular sindéresis, concluyó que a partir del parágrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150, la definición de lo que es subsanable y lo que no lo es surge a partir del planteamiento de la pregunta sobre si el defecto asigna puntaje o no, en estos términos:

Esto significa que en adelante las entidades y los oferentes aplican directamente la regla que contempla el art. 5, parágrafo, de la Ley 1150, de manera que lo subsanable o insubsanable se define a partir de una pregunta, que se le formula a cada requisito omitido o cumplido imperfectamente: ¿el defecto asigna puntaje al oferente? Si lo hace no es subsanable, si no lo hace es subsanable; en el último evento la entidad le solicitará al oferente que satisfaga la deficiencia, para poner su oferta en condiciones de ser evaluada, y no importa si se refiere a no a problemas de capacidad o a requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfaga suficientemente.

Esa interpretación fue compartida por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente –, pues en la Circular Externa Única se precisó que si durante un proceso de contratación hay proponentes que no acreditaron en sus ofertas requisitos que no afectan la asignación de puntaje o la comparación de las mismas, la entidad estatal deberá indicarlo en el informe de evaluación y advertir que la correspondiente oferta no será evaluada hasta que se subsane.

En un cuarto momento, el legislador expidió la Ley 1882 de 2018, con la finalidad de introducir cambios y ajustes para fortalecer la contratación pública. El artículo 5 modificó el parágrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007:

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

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

El primero es el ámbito temporal para ejercer la facultad de subsanar la oferta, pues la Ley 1882 de 2018 fijó una regla general y una excepción. La regla general es que el límite para que la entidad

solicite y para que el proponente corrija lo que haga falta es hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección. La excepción es que el anterior límite no aplica para los procesos de mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta; en el último los documentos o requisitos subsanables pueden y deben solicitarse hasta el momento previo a su realización.

Frente a la regla general, la norma fijó un límite final para que la Administración y los oferentes subsanen los requisitos o documentos que puedan y deban ser subsanados, pero nada impide, y la norma no lo hace, que la Administración requiera al proponente antes de publicar el informe de evaluación.

En efecto, la redacción de la norma permite que la Administración solicite a los oferentes subsanar y que estos lo hagan hasta antes del término del traslado del informe de evaluación: "deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección".

No obstante, de la lectura de este aparte podrían, en la práctica, darse dos interpretaciones que dan lugar a dos formas de proceder en los procesos de selección, en lo que a la subsanabilidad de las ofertas se refiere. Primera, que la posibilidad para subsanar de los oferentes es el término del traslado del informe de evaluación, ya que es en este documento donde la Administración consigna los requisitos o documentos omitidos que los oferentes deben subsanar, so pena de rechazo; segunda, que el término del traslado del informe de evaluación es el límite para la subsanación de ofertas, pero no el único momento para hacerlo.

De acuerdo con la primera interpretación, el informe de evaluación se convierte en la oportunidad que adopta la Administración para decirle a los oferentes qué documentos o requisitos omitió y debe subsanar y, consecuentemente, el término del traslado es la oportunidad del proponente para cumplir con lo solicitado.

La segunda interpretación permitiría que la Administración requiera al oferente durante el proceso de evaluación de las propuestas tan pronto advierta que hace falta un documento o requisito que se puede subsanar. En este caso, el proceso de subsanación se lleva a cabo con anterioridad a la publicación del informe de evaluación, de manera que una vez se publica el informe ya se encuentren subsanadas las propuestas, sin perjuicio del término límite que concedió la ley.

En criterio de esta Subdirección, la segunda interpretación es la más ajustada a la norma, pero, además, es la más conveniente para el desarrollo del proceso de selección, porque garantiza que el informe de evaluación presente una comparación de propuestas más depurada y el término de traslado para observaciones al mismo sea una oportunidad en la que se planteen aspectos sustanciales o de fondo a la evaluación, teniendo en cuenta que ya las propuestas estarán consolidadas en lo formal. Subsanar antes del informe de evaluación ofrece mayor seguridad y certeza al proceso de selección, a la Administración y a los oferentes.

Así pues, la modificación introducida por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 si bien pudo significar, en la práctica de los procesos de selección, que el informe de evaluación fuera la oportunidad de la Administración para requerir al proponente para que subsane la oferta, y el término del traslado la oportunidad para hacerlo; lo cierto es que la norma no impide que esto se realice con anterioridad a la publicación del informe, inclusive, es más adecuado y conveniente que la subsanación de las ofertas se intente con anterioridad, de forma que, una vez la Administración advierta el defecto le solicite directamente al oferente que subsane. Esta interpretación es más consistente con los principios de economía, transparencia y selección objetiva.

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

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ya había tenido la oportunidad de precisar estas expresiones, a propósito de un concepto en el que se refirió al artículo 10 del derogado Decreto 2474 de 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 fecha:

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la última norma en cita -Decreto 2474de 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 .

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

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

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 aportada demuestre que el hecho, esto es, la inscripción en el registro, ocurrió con anterioridad al cierre del proceso; ii) si un oferente presentó la propuesta sin anexar 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 ofertar ; iii) si un oferente no anexó el Certificado de existencia y representación legal, el documento aportado con posterioridad debe dar cuenta de que la sociedad existe antes del cierre del proceso ; 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 aportó un certificado de experiencia, el documento que subsana -sin importar que tenga fecha posterior- debe demostrar que la experiencia que se pretende hacer valer se obtuvo antes de vencerse el término para presentar ofertas; vi) si el oferente olvidó firmar la propuesta o presentar una copia de ella, puede subsanar sin que con ello se entienda que acreditó una circunstancia ocurrida con posterioridad al cierre del proceso y vi) se podrán presentar certificaciones de experiencia que fueron allegados con posterioridad al cierre siempre y cuando acredite experiencia adquirida antes del cierre.

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

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

Visto lo anterior, una vez verificada la ausencia de requisitos y/o documentos de la oferta, para saber si se puede subsanar, la Administración se debe preguntar, en primer lugar, si lo que hace falta es un ítem que otorga puntaje o no y, en segundo lugar, si el cumplimiento del requisito constituye una circunstancia ocurrida con anterioridad o con posterioridad al cierre del proceso. Para arribar a la conclusión de que lo omitido puede subsanarse, la respuesta al primer interrogante debe ser negativa, es decir, que lo omitido no sea un factor que otorgue puntaje y la respuesta al segundo interrogante debe dar cuenta de que lo omitido sea la prueba de una circunstancia o hecho que ocurrió con anterioridad al cierre del proceso.

Finalmente, el parágrafo 3 del artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 determinó, de manera expresa, que "la no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma", dejando claro que se trata de un documento de obligatoria presentación junto con la propuesta y que materializa los principios de seriedad e irrevocabilidad de la oferta.

3. Respuesta

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 establece que los requisitos habilitantes son la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes, y por lo tanto no otorgarán puntaje, salvo en el proceso de consultoría, donde es posible asignar puntaje a la experiencia. En este sentido, la experiencia, al ser un requisito habilitante que no afecta la comparación de las ofertas, se puede subsanar hasta el término de traslado del informe de evaluación; y, por consiguiente, aportar la experiencia con la que contaba el proponente hasta antes del cierre del proceso.

De esta forma, el oferente podrá acreditar su experiencia con certificaciones de contratos diferentes a los inicialmente aportados, siempre que acrediten la experiencia adquirida antes del cierre del proceso. Si las certificaciones prueban que la experiencia del proponente se adquirió con posterioridad al cierre del proceso no se podrá aportar, porque esto implicaría una mejora, adición o complemento de la oferta.

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

Por lo anterior, el Comité evaluador bajo los criterios de que lo subsanable es aquello que, a pesar de que se tiene, no aparece claramente acreditado en el proceso de selección, es decir, que todos aquellos documentos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser aportados por el proponente, siempre que estén orientadas a complementar o aclarar información ya allegada con la oferta o que acrediten circunstancias ocurridas **ANTES DEL CIERRE**, esto es, un requisito que a pesar de que se tiene no aparecía acreditado en la oferta.

En consecuencia, el Comité Evaluador procede a verificar el documento que, si bien es aportado con posterioridad a la fecha en que debía realizarse la subsanación el mismo es presentado antes del cierre de la selección, y tiene como fin acreditar situaciones ocurridas de manera previa a la presentación de las ofertas, como se desprende de la certificación allegada por el proponente con la oferta más baja **SERVICIO TÉCNICO MR,** mediante la cual acredita que cuenta con experiencia mínima específica

relacionada con el objeto de la presente convocatoria ("**Proveedor de repuestos y mantenimiento preventivo y correctivo de equipos de Aires acondicionados de la unidad en la vigencia 2019 contrato 028-BISOL49-2019"**) y cuyo valor es superior al presupuesto oficial, expresado en SMLMV (**presupuesto oficial igual a 13.20 SMLMV, valor ejecutado según certificación 18.05 SMLMV**), contrato ejecutado y terminado a satisfacción con una entidad de derecho público (**Ejército Nacional – Batallón de Infantería de Selva Nro. 49 "J.B.S.O"**), durante los últimos tres (3) años (**contrato terminado el 15 de noviembre de 2019**).

En conclusión y de acuerdo con lo anterior el Comité Evaluador, una vez revisada la subsanación del Primer orden de elegibilidad, encuentra validos los argumentos, subsana, cumple, y por tanto **RECOMIENDA** aceptar la oferta al proponente **SERVICIO TÉCNICO MR**, en este orden de ideas se informa al segundo oferente E.B. SOLUCIONES INTEGRALES a quien se solicitó subsanar, que derivado lo anterior el comité no evaluara la propuesta en mención, de conformidad al marco normativo que rige el proceso y las consideraciones antes descritas.

COMITÉ EVALUADOR

NOMBRE	CARGO	FIRMAS
OSCAR ABEL HURTADO NARVAEZ	Coordinador del Grupo Jurídico	original firmado
JAHISON JEHISMMY INSUASTY ORDONEZ	Abogado Grupo de Contratación	
JOSE ANTONIO PERUGACHE ESCOBAR	Coordinador del Grupo Administrativo	
KAREN ALEJANDRA ARMERO BETANCUR	Abogada Grupo Administrativo	