RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN DEFINITIVO DE LA LICITACIÓN PÚBLICA No. LIC 016 MT 2022

En el Municipio de Tocancipá, a los trece (13) días del mes de septiembre de 2022 se procede a resolver las observaciones presentadas al informe de evaluación definitivo, durante la audiencia de adjudicación de la Licitación Pública No. LIC 016 MT 2022, por parte de los proponentes.

En el presente documento no se transcriben las observaciones presentadas por los proponentes, ya que la grabación magnetofónica de las mismas será publicada en el SECOP II.

1. OBSERVACIONES PRESENTADAS POR AUDIO DAZ P.A SYSTEM S.A.S.

1.1 En relación con el perfil del presentador ofertado por MAKROEVENTOS COLOMBIA LIMITADA.

Síntesis de la observación: El proponente manifiesta que el presentador ofertado por MAKROEVENTOS COLOMBIA LIMITADA, no cumple con el perfil solicitado en los pliegos de condiciones, toda vez que aporta un titulo que no es profesional.

Respuesta:

El pliego de condiciones definitivo en relación con los requisitos de formación y experiencia que debía acreditar el presentador dispuso lo siguiente:

> ***"Un (1) presentador:*** *Locutor profesional con experiencia mínima de 10 años en medios radiales y en presentación de eventos culturales a tipo de encuentros, festivales y/o concursos de Bandas Sinfónicas, Bandas Marciales, Músicas tradicionales, Festivales de Danzas Folclóricas y Festivales Internacionales de Música. Se debe presentar hoja de vida con soporte del título profesional, experiencia en medios radiales y mínimo una certificación como presentador oficial en cada uno de los eventos anteriormente descritos".*

Al realizar la consulta de programas en el Sistema Nacional de Información de la Educación Superior – SNIES, se evidencia que no existe un programa profesional mediante el cual en Colombia se otorgue titulo profesional como locutor.

Por consiguiente, es claro que el requisito, a fin de no establecer una condición de imposible cumplimiento, debía ser interpretado, acudiendo a una de las connotaciones del concepto "profesional" señaladas por la Real Academia Española, según la cual, es aquella persona que practica habitualmente una actividad.

Ahora bien, mediante la interpretación previamente expuesta, se da aplicación al principio hermenéutico de la interpretación contra proferentem, acorde con la cual ante varias interpretaciones posibles y no existiendo otros criterios hermenéuticos de mayor jerarquía, los documentos deben interpretarse en favor del sujeto que no participó en su redacción, es decir, a favor de los proponentes.

Así mismo, acorde con la jurisprudencia proferida por el Consejo de Estado, resolver las diferencias interpretativas en el sentido más favorable para los oferentes, garantiza el principio de la concurrencia y de la selección objetiva, toda vez que impide descartar una propuesta que podría ser la más favorable para la Entidad,

Valga señalar que, en el presente caso, la interpretación contra proferentem favorece a los dos proponentes que presentaron documentos para acreditar el ofrecimiento del presentador, ya que en caso de exigir un titulo de locutor profesional tanto

MAKROEVENTOS COLOMBIA LIMITADA como AUDIO DAZ P.A SYSTEM S.A.S. no cumplirían el requisito.

Con base en las consideraciones anteriormente expuestas, no se acepta la observación y se ratifica la conclusión expresada en el informe de evaluación definitivo, según la cual MAKROEVENTOS COLOMBIA LIMITADA cumplió con los requisitos solicitados para acreditar el presentador.

1.2 En relación con la experiencia presentada por MAKROEVENTOS COLOMBIA LIMITADA para acreditar el requisito habilitante.

Síntesis de la observación: El proponente manifiesta que la certificación presentada por MAKROEVENTOS COLOMBIA LIMITADA del contrato 2-05-14500-00463-2017 celebrado con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá presenta inconsistencias, razón por la cual no debe ser tenida en cuenta, y en esa medida el proponente MAKROEVENTOS COLOMBIA LIMITADA no cumple con la cuantía solicitada.

Respuesta:

Las actividades desarrolladas por el Comité Evaluador del presente proceso de selección se enmarcan en las condiciones establecidas por los pliegos de condiciones y por la ley, para efectos de poder recomendar al ordenador del gasto la decisión del proceso contractual. En ese marco, la labor de evaluación, calificación y verificación de la información y documentación aportada en la propuesta debe tener completo asidero en la ley, la jurisprudencia y lo establecido en los pliegos de condiciones.

En efecto, los pliegos de *condiciones* establecieron la posibilidad de que el Comité Evaluador pudiera verificar la autenticidad de la información aportada en la propuesta, así: "*EL MUNICIPIO se reserva el derecho de corroborar la veracidad de la información suministrada por los proponentes en sus ofertas. El MUNICIPIO rechazará la propuesta cuando aparezca demostrado que no es veraz la información suministrada en la propuesta, relacionada con la validez jurídica de la misma o con cualquiera de los criterios de verificación. EL MUNICIPIO podrá designar funcionarios para que realicen visitas a las instalaciones o sedes de cada uno de los proponentes con el fin de verificar la información que los mismos han consignado en sus propuestas y calificar aspectos relacionados con el presente pliego de condiciones. El MUNICIPIO podrá igualmente obtener por cualquier medio idóneo la información que requiera para verificar la información suministrada en las propuestas solicitada*".

Adicionalmente la jurisprudencia del Consejo de estado ha manifestado reiteradamente que "*El acto de calificación de una oferta entraña la expresión o declaración de un juicio de valor por parte de la entidad estatal, lo cual comporta que ésta juzgue efectivamente el grado de suficiencia o insuficiencia de los diferentes componentes que previamente se han señalado como objeto de evaluación por los términos de referencia respectivos. Y ese acto de avaluar, esto es, de señalar el valor de las propuestas, supone no contraerse a dar por cierta la información que eventualmente se consigne en un cuadro resumen de la propuesta, sino que entraña ir más allá y constatar- como lo hizo la entidad accionada en el sub-lite- con toda la información disponibles si lo expresado en un documento corresponde o no a la realidad*"[1].

Por ello, el suscrito Comité Evaluador realizó la evaluación considerando la información contenida en el registro único de proponentes de MAKROEVENTOS COLOMBIA LIMITADA, así como la documentación adicional aportada para efectos de verificar la información adicional que no se encuentra en dicho registro.

Precisamente lo que no se ajustaría a las condiciones exigidas por el pliego de condiciones y los principios de contratación sería que, se presenten situaciones o pruebas que puedan hacer dudar inicialmente de la veracidad de una información de la que se dispone, y que,

[1] Sentencia del Consejo de Estado

el Comité Evaluador se limitara a dar, por cierto -o por falso- una simple aseveración de un proponente, desconociendo el contenido del documento y la presunción de autenticidad y veracidad de los documentos, así como la presunción de buena fe.

En cuanto al punto objeto de debate, relacionado con las presuntas inconsistencias de una certificación presentada por MAKROEVENTOS COLOMBIA LIMITADA para acreditar su experiencia habilitante, encuentra este Comité Evaluador que no resulta suficiente para desechar el ofrecimiento ni se configura la causal de rechazo, presentar una comunicación de la la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, en la cual, además de indicar que las certificaciones sobre las cuales se realizan las averiguaciones no reposan en el expediente contractual, no realiza manifestación alguna que permita dudar de la autenticidad de tales documentos.

Adicionalmente, se pudo establecer que en las certificaciones aportadas por el proponente MAKROEVENTOS COLOMBIA LIMITADA, se evidencia que el valor del contrato objeto de reproche fue adicionado, por lo cual no es cierto que existan discrepancias respecto de la cuantía del mismo, ya que los documentos aportados dan cuenta de tales modificaciones.

En ese sentido, no solo la lógica, sino la doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado reiteradamente en el sentido que, no resulta viable el pretender imputar o irrogar a un oferente, la incursión en una causal de rechazo, basados en la simpleza de un hecho aparente o presunto, según el cual, no cumple éste con los requisitos del pliego respecto de su experiencia habilitante.

Una vez expuesto lo anterior, es pertinente entonces para determinar el resultado del presente proceso de selección, poner de presente el criterio jurisprudencial y doctrinal reinante en materia de rechazo de ofrecimientos. Al efecto, el primer derrotero normativo, lo constituye la Ley 1150 de 2007, la cual, recogiendo el postulado de primacía de la sustancia sobre la forma, expuso en su artículo 5:

"Ley 1150, Artículo 5, Parágrafo. 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".

Precisado ello, es claro que para el ordenamiento jurídico, el objetivo de la evaluación es determinar el cumplimiento de los requisitos mínimos habilitantes con estricto apego a los pliegos de condiciones, sin que sea posible disponer el rechazo de los ofrecimientos basados en aspectos que no resultan cardinales, sustanciales o trascendentales, calificativos que se han de analizar bajo la luz de si el hecho objeto de análisis resulta determinante o no para el éxito y la debida ejecución del contrato futuro, pretendido como conclusión del proceso precontractual.

Tal criterio, encuentra sustento en los apartados jurisprudenciales y doctrinales según los cuales:

"En ese sentido se pronunció el Consejo de Estado [2], y fue expresamente comentado por la doctrina reciente en el tema. Así, por ejemplo, el Doctor Ernesto Matallana establece lo siguiente en el Capítulo tercero ("Principios de la Contratación Administrativa") de su libro "Manual de Contratación de Administración Pública":

[2] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 19 de junio de 1998. CP. Ricardo Hoyos Duque.

"... las entidades estatales tendrán que calificar con mucho cuidado cuando los documentos de la oferta son comparativos y cuando no, pues en este último caso los documentos serian de carácter formal, y en consecuencia la entidad estatal podría requerir las aclaraciones pertinentes para evitar el rechazo de la oferta." (Subrayado fuera de Texto)

"En sentencia de 1998 el Consejo de Estado se pronunció sobre el no rechazo de las ofertas; ... "Sostuvo el Consejo de Estado, basado en la jurisprudencia anterior, que para el estudio de las propuestas que se aparten de alguna de las exigencias del pliego de condiciones, ***la entidad estatal contratante puede tener un manejo flexible del mismo siempre y cuando se trate de un asunto en donde el no cumplimiento de un requisito establecido en el pliego por parte del proponente NO SEA DE AQUELLOS CONSIDERADOS COMO REQUISITOS SUSTANCIALES NI DETERMINANTES DE LAS CONDICIONES DE CONTRATACIÓN****".*

"En sentencia de 1998 el Consejo de Estado citando a GARCIA DE ENTERRIA transcribió lo siguiente: ***.... Hay que tener presente que ... "no todos los preceptos ni condiciones del pliego tienen el mismo rango, ni su falta por tanto determina los mismos efectos, sino que depende de su entidad y de la naturaleza de la disposición o condición incumplida****. *(caso derecho administrativo CIVITAS. Pág. 657)."*

"POR LO TANTO PARA EL CONSEJO DE ESTADO SE DEBE ADMITIR QUE CUANDO EL PROPONENTE SE APARTE DE ALGUNA DE LAS CLÁUSULAS DEL PLIEGO DE CONDICIONES EN CUESTIONES QUE NO TIENEN TRASCENDENCIA, RESPETANDO ASÍ TODO LO DEMÁS DEL CONTENIDO DE LAS BASES DE CONTRATACIÓN EN ESPECIAL AQUELLAS QUE SE CONSIDERAN FUNDAMENTALES, "NO EXISTE INCONVENIENTE PARA QUE, SI SE ESTA EN PRIMER TERMINO, SE LE DECLARE ADJUDICATARIO." [3]

La Constitución Política de 1991 hace prevalecer el derecho sustancial sobre el derecho procesal y lo consagra expresamente en el artículo 228 de la CP, en desarrollo de una nueva organización estatal como un Estado Social de Derecho, cuyo fin esencia es la efectividad de los derechos. La consagración de este artículo en la Constitución de 1991 constituye quizás el mayor avance en materia de interpretación del derecho, que le da un vuelco a la forma tradicional de interpretar y ver el derecho en el país, que venía de una ***tradición exageradamente formalista****, donde en ocasiones se apartaba de la justicia material. Hoy gracias a la concepción de la nueva carta Magna, los procedimientos deben venir siempre de la mano del logro de la* ***justicia material****, pues en el momento en que estas se divorcien de esta, pasan a un segundo plano y dan paso a su razón de ser: el logro de la justicia material, y de los derechos y garantías consagrados en la Constitución. Atrás queda la pleitesía por lo formal y los procedimientos vacíos".*

Desarrollando un caso muy similar al que aquí se trata, el H. Consejo de Estado y la Doctrina autorizada, han encontrado que, tal como lo hemos aquí demostrado, el dejar de valorar una oferta que satisface las necesidades de la Entidad inclusive por un mejor precio, so pretexto de atender formalismos vacíos y nada sustanciales, revela una grave violación a la Carta Política y al interés general con que se debe guiar no solo la función pública sino en especial la ley actividad contractual administrativa. Obsérvese como dispuso el máximo Tribunal:

"El Titulo Primero de la Constitución Política, denominado "Principios Fundamentales" proclama en su artículo 1 la prevalencia del interés general como uno de los principios fundamentales del Estado colombiano. [4] ***En consecuencia, los fines de contratación del Estado deben ir de la mano de la prevalencia del derecho sustancial y del logro***

[3] Matallana Ernesto. "Manual de Contratación Publica." Ley 80 de 1993. PAG. 217 y 218.

[4] " ***TITULO I. DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES*** Articulo 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general."

efectivo de tales fines, adjudicando los contratos a las propuestas que mejor satisfagan los intereses de la nación al contratar. EL MEJOR PRODUCTO AL MEJOR PRECIO, PARA HACERLO DEBE TENER PROCESOS DE CONTRATACIÓN QUE NO RINDAN PLEITESÍA VACÍA NI EXCESIVA A LO FORMAL. MENOS CUANDO ESO IMPLIQUE EVALUAR MENOS OFERTAS, LA SUSTANCIA DEBE PRIMAR, POR ESO LOS PROCEDIMIENTOS NO SON MÁS QUE UN MEDIO, Y DEBEN IR DE LA MANO DEL LOGRO DE LA JUSTICIA MATERIAL. SOLO ASÍ SE LOGRARÁN LOS OBJETIVOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL Y SE GARANTIZARA LA REALIZACIÓN DE LOS FINES DEL ESTADO DE MANERA ADECUADA Y SATISFACTORIA.

Así las cosas, el principio de la prevalencia del interés público y el de la prevalencia del derecho sustancial antes explicado, fueron fundamento filosófico del desarrollo de los principios de la contratación administrativa, dentro de los cuales son de particular relevancia el de la "Prohibición de Rechazar las ofertas por cuestiones formales".[5] Principios desarrollados por la Jurisprudencia y la doctrina ...".

Así mismo, con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado, se ha estimado que "*una causal dirigida a sancionar con el rechazo a una propuesta que suministre información que no concuerde con la realidad resultará válida, en la medida en que comporta un desarrollo del principio constitucional de la buena fe (artículo 83 de la Constitución), que impone a las partes el deber de actuar con rectitud, lealtad y honestidad en su gestión negocial. También entraña una expresión del principio de selección objetiva, puesto que solo será posible la escogencia de la oferta más favorable a partir de la verificación de datos verdaderos, confiables y fidedignos que reflejen la real sujeción de la propuesta al interés que se pretende satisfacer con la celebración del contrato que se aspira a adjudicar.*

Sin embargo, en caso de que la información reportada que, en principio, no concuerda con la realidad recaiga sobre un aspecto que no otorga puntaje, la Sala considera que, en atención al mandato impuesto en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, aquella no podrá aplicarse de plano, sin brindar un espacio a los oferentes para que rindan las aclaraciones del caso, evento en el cual la entidad, una vez escuchados, decidirá si las explicaciones se ajustan al catálogo constitucional, legal y reglamentario que sirve de base para el procedimiento de selección."[6]

Por ello, en esta oportunidad el Municipio de Tocancipá ha podido determinar, luego de revisar los documentos aportados junto con la propuesta presentada por MAKROEVENTOS COLOMBIA LIMITADA, así como la intervención de su representante legal en la audiencia de adjudicación, que las supuestas inconsistencias en la certificación de su experiencia, no tienen la virtualidad de generar el rechazo de la propuesta.

En resumen, el Municipio de Tocancipá obrando con apego y conforme tales lineamientos jurídicos, ha considerado como idóneos, útiles, pertinentes, conducentes y suficientes los medios de prueba través de los cuales se ha logrado arribar a una verdadera certeza de las condiciones de la oferta, así mismo, se ha dado aplicación del principio de buena fe que exige al Municipio, considerar como verdad, legítimo y real la verdad procesal que acá se ha evidenciado, cual es, que MAKROEVENTOS COLOMBIA LIMITADA celebró y ejecutó un contrato con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá que cumple con las condiciones requeridas en el pliego de condiciones y le permite acreditar su experiencia habilitante, y por ello debe ser objeto de habilitación y calificación según las condiciones establecidas en los pliegos de condiciones.

Así las cosas, los argumentos y documentos presentados por el proponente AUDIO DAZ P.A SYSTEM S.A.S. no han tenido la contundencia suficiente para desvirtuar la presunción de buena fe, y los aportados por el proponente MAKROEVENTOS COLOMBIA LIMITADA.

[5] MATALLANA ERNESTO. "Manual de contratación Pública. Ley 80 de 1993". Universidad Externado de Colombia. Pág. 217.
[6]

Para valorar todo lo anterior, el Comité Evaluador ha tenido en cuenta que el principio de Buena Fe está consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política, según el cual "[*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 aquéllos adelanten ante éstas.*"[65]

La Buena fe –*o bona fides*- es un principio general del derecho que irradia todas las relaciones jurídicas, y significa fundamentalmente **rectitud y honradez** en el trato entre las personas en una determinada situación social y jurídica. La consagración de éste principio descansa en la confianza respecto de la **conducta justa, recta, honesta y leal del otro**, y se constituye en un comportamiento que resulta exigible a todos como un deber moral y jurídico propio de las relaciones humanas y negociables.[66]

Como lo expresó el Consejo de Estado en Sentencia del Tres (3) de Diciembre de dos mil siete (2007), MP. RUTH STELLA CORREA PALACIO, éste principio "*En el ámbito de la contratación se traduce en la obligación de rectitud y honradez recíproca que deben observar las partes en la celebración, interpretación y ejecución de negocios jurídicos, esto es, el cumplimiento de los deberes de fidelidad, lealtad y corrección tanto en los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción o formación del contrato, como durante el transcurso y terminación del vínculo jurídico contractual ya establecido*".

En el derecho público, la Corte Constitucional destacó la importancia de la aplicación de la buena fe en los siguientes términos:

Así, en materia de contratación pública, la buena fe es considerada como un modelo o **criterio de actitud y conducta**, que debe preceder al contrato, permanecer, durante la ejecución y perdurar luego de su cumplimiento.

La Ley 80 de 1993, incorpora este principio general en el Artículo 28 en el que estableció que este principio se tendrá en cuenta en la interpretación de las normas de los contratos estatales, **de los procedimientos de selección y escogencia de los contratistas** y de las cláusulas y estipulaciones de ellos.

Por lo tanto, circunscritos a las actuaciones administrativas de selección contractual, la buena fe impone a la administración y a los interesados en contratar con el Estado un proceder **caracterizado por la mutua confianza, diligencia, prudencia y colaboración** en la construcción del vínculo jurídico para la satisfacción de la necesidad colectiva y de interés público que se persigue con la contratación estatal.

Igualmente, atenta contra la buena fe la interrupción intempestiva y sin causa justa que da lugar a la frustración del proceso de selección o la adjudicación irregular de la licitación.

En la misma sentencia, el Consejo de estado expresa que, respecto del oferente, impone "*entre otros deberes de honestidad: i) no incluir en su propuesta información falsa o que no consulte la realidad (…), con el propósito de hacer incurrir a la administración en un error y obtener así la adjudicación del contrato, eventos en los cuales compromete su responsabilidad*".

En aplicación del principio de buena fe, la administración debe mantener la habilitación de la propuesta, sin que sea competente para juzgar la veracidad del documento por el simple hecho de que el proponente AUDIO DAZ P.A SYSTEM S.A.S. la haya puesto en entredicho; así como que en aplicación del principio de legalidad se debe mantener la evaluación solamente con las reglas contenidas en el pliego.

Así, resulta procedente y legal, el otorgar certeza y validez a la certificación de experiencia aportada por el proponente, lo cual conlleva a ratificar el sentido del informe de evaluación, y dar por no procedente la observación presentada por AUDIO DAZ P.A SYSTEM S.A.S. .

En tal contexto, debe el Municipio de Tocancipá dar primacía al principio de la buena fe y de la primacía de la sustancia por sobre las formas, criterio que conlleva a que debe

confirmarse la habilitación y calificación del proponente MAKROEVENTOS COLOMBIA LIMITADA, y proceder en el trámite del proceso al oferente que haya logrado la obtención del mayor puntaje conforme el rigor del proceso de asignación de puntajes, como se verificará más adelante.

1.3 En relación con la posibilidad de subsanar la oferta presentada por AUDIO DAZ P.A SYSTEM S.A.S.

Síntesis de la observación: El proponente manifiesta que la Entidad debe permitir la subsanación de su oferta, toda vez que corresponde a la acreditación de un requisito que no otorga puntaje y la presentación de documentos del personal que no fue inicialmente aportado con la oferta, no constituye una mejora de la misma.

2. OBSERVACIONES PRESENTADAS POR MAKROEVENTOS COLOMBIA LIMITADA.

2.1 En relación con la mejora de la oferta presentada por AUDIO DAZ P.A SYSTEM S.A.S.

Síntesis de la observación: El proponente manifiesta que la Entidad no debe aceptar la subsanación del personal que no fue inicialmente ofertado por el proponente AUDIO DAZ P.A SYSTEM S.A.S., ya que esto constituiría una mejora sustancial de la oferta.

Respuesta: la observación 1.3 presentada por AUDIO DAZ P.A SYSTEM S.A.S. así como la observación presentada por MAKROEVENTOS COLOMBIA LIMITADA. Se responderán de forma conjunta en los siguientes términos:

Teniendo en cuenta que uno de los puntos principales de debate corresponde al concepto, y alcance de la Subsanabilidad de las Ofertas, el Comité Evaluador procederá en un primer momento a analizar los postulados generales aplicables de manera conjunta, para proceder finalmente a determinar las consecuencias finales de dichos postulados en cada una de las observaciones presentadas por los oferentes, tanto en las observaciones a la evaluación, como a las consideraciones presentadas en desarrollo de la Audiencia Pública.

Al respecto, se debe considerar las reglas que la legislación y la jurisprudencia aplicable han establecido en desarrollo del Principio de Selección Objetiva y del Principio de la primacía de lo sustancial sobre lo formal como expresión del Principio de Economía, así como la consideración de la doctrina que sobre el punto se han desarrollado.

Para el efecto, se debe considerar los establecido por el Parágrafo 5 del Artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por la Ley 1882 de 2018, que estableció que:

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

Al respecto, se debe tener en cuenta que las reglas de Subsanabilidad introducidas por la ley 1882 de 2018 generó, además de un cambio en el criterio de evaluación de la Ley 1150 de 2007, importantes consecuencias en las reglas que deben seguir las entidades públicas y de manera específica el Comité Evaluador en la labor de evaluación de las propuestas, así como generó un cambio en las posibilidades que le asisten a los proponentes en la búsqueda de obtener la habilitación y calificación de sus ofertas. Las reglas legales de subsanación, y las subreglas jurisprudenciales vinculan, por tanto, a las entidades públicas

contratantes en el proceso de evaluación y como sustento de las decisiones de la habilitación, rechazo, calificación y adjudicación en el marco de los procesos de selección a su cargo.

En el mismo sentido ha precisado la jurisprudencia del Consejo de Estado que "*Los requisitos habilitantes corresponden a exigencias básicas que debe acreditar el proponente para cumplir con el contrato proyectado, se refieren a factores como la experiencia y la capacidad financiera, jurídica y de organización de los oferentes, los cuales no otorgan puntaje puesto que solo son objeto de verificación por parte de la Administración; es decir, sirven como criterios útiles que comprueban la idoneidad del contratista y conducen a definir sobre la admisión o rechazo de una propuesta, en atención a unas condiciones mínimas que se exigen para ejecutar el objeto a contratar.*

Por ende, al tratarse de elementos que, aunque de manera afirmativa, restringen la libre concurrencia al proceso de selección, se entienden razonables en función del interés general que involucra el proceso de selección y la realización de su objeto, los que, a su turno, se proyectan como criterios necesarios para constatar la idoneidad del oferente; de modo que lo allí exigido, debe ser adecuado y proporcional a la naturaleza y objeto del contrato y a su valor.

A su turno, los factores de calificación se examinan directamente en función de la propuesta, entendida como la manifestación de voluntad de quien participa en el proceso de selección que contiene los elementos del negocio jurídico respecto de los cuales la entidad licitante va a efectuar la comparación de las propuestas que le fueron presentadas, con el fin de obtener la más favorable, en atención a la ponderación detallada de elementos técnicos y económicos de escogencia establecidos en el pliego de condiciones. De modo que estos factores son materia de evaluación, pues otorgan una calificación, según las previsiones del pliego de condiciones, y se examinan solo respecto de aquellos proponentes que resultaron habilitados, esto es, que superaron la verificación de las condiciones necesarias para celebrar el contrato.

Sobre los defectos subsanables e insubsanables de las propuestas en la contratación pública, la Ley 80 de 1993, en su artículo 25, determinó que la falta de requisitos o documentos no necesarios para la comparación de las propuestas no constituía razón suficiente para rechazar los ofrecimientos; por ende, la dificultad quedaba en cabeza de la administración al momento de precisar qué requisitos fundamentaban la comparación de las propuestas, pues si lo hacían su ausencia imponía el rechazo de la oferta, mientras que si no eran necesarios carecían de la virtualidad para producir el rechazo, lo que forzaba a la habilitación de la propuesta y su correspondiente calificación.

Luego, la Ley 1150 de 2007, por medio de su artículo 5, subrogó al artículo 29 de la Ley 80 de 1993, para conservar el criterio general que informa el deber de selección objetiva, desprovisto de cualquier consideración subjetiva, llevando a distinguir de forma expresa entre los requisitos habilitantes y los factores de ponderación o evaluación; señaló que los primeros están conformados por la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes, de modo que sólo son objeto de verificación y, además, no otorgan puntaje; mientras que los segundos –factores de ponderación– se refieren a la propuesta y corresponden a aquellos componentes que sí otorgan puntaje.

Respecto a los elementos subsanables, el parágrafo 1 del referido artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 consagró, previo a la modificación de la Ley 1882 de 2018, que todos los requisitos que no incidan en la asignación de puntaje pueden ser solicitados en cualquier momento por la entidades hasta la adjudicación -salvo en los casos de subasta, en los cuales deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización-; es decir, precisó la regla de subsanabilidad en materia de requisitos habilitantes.

En esa medida, "la diferencia radica en que, en vigencia de la Ley 80 de 1993, la entidad debía determinar, con buen criterio, cuáles de los requisitos y documentos eran necesarios para la comparación de las ofertas, al paso que la Ley 1150 eliminó ese margen de

discrecionalidad limitada que tenían las entidades alrededor de ese concepto jurídico indeterminado, para precisar que los requisitos que no son necesarios para la comparación de las ofertas son aquellos que no afectan la asignación de puntaje; por ende, estos últimos son los que tienen la connotación de subsanables"[7].

Así, en el marco de las reglas de Subsanabilidad a partir de la Ley 1882 de 2018 es claro que no es posible rechazar las ofertas presentadas en desarrollo de un proceso de selección de contratistas sometido al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por falencias o inconsistencias de las propuestas por aspectos meramente formales, estableciéndose la posibilidad a favor de los oferentes de hacer uso de la Subsanabilidad de sus propuestas y la cual sólo procede respecto de los requisitos habilitantes establecidos en los pliegos de condiciones, entendidos como aquellas condiciones mínimas que debe cumplir el oferente y que no son necesarios para la comparación de las ofertas, siendo un aspecto de simple verificación y evaluación con el criterio de pasa/no pasa. Lo anterior resulta además concordante con lo establecido por el Artículo 25 Numeral 2 de la Ley 80 de 1993, respecto del principio de Economía y la imposibilidad de interpretar los procedimientos de selección con criterios meramente formales. Así las cosas, es claro para esté Comité Evaluador que no es subsanable aquellos componente de la oferta que otorgan puntaje, y como consecuencia de ello, es subsanable todos los demás aspectos de la ofertas, entendidos como requisitos habilitantes.

No obstante ello, se han precisado por parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado que la Subsanabilidad de los requisitos habilitantes no es en todo caso absoluta. Así lo ha precisado la jurisprudencia del Consejo de Estado al expresar que "*en la licitación pública es posible solicitar y allegar documentos faltantes, incluso dentro del traslado de las observaciones a la evaluación, pero solamente con el objeto de aclarar los errores cometidos por la entidad estatal o por los proponentes, siempre y cuando -por ese medio no se varíen los requisitos de asignación de puntaje, sobre los cuales debe proceder la adjudicación*"[8].

Por eso, en el marco de las reglas y subreglas aplicables a la evaluación de las ofertas en el proceso de selección, tanto provenientes de la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, así como de la modificación introducida por la Ley 1882 de 2018, se debe considerar que una cosa es subsanar la oferta, y que otra cosa es aclarar el contenido de la oferta, contenida en los documentos presentados en las propuestas para cumplir con los requisitos habilitantes.

De la misma forma, señala la jurisprudencia "*que lo que se puede subsanar o sanear es la prueba de las condiciones habilitantes, pero no el requisito propiamente dicho. De modo 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*"[9].

Este es un aspecto relevante en criterio del suscrito Comité Evaluador, que siguiendo lo definido por el Consejo de Estado, tiene claro que "*Ésta fue la intención del legislador prevista en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, al prever que los requisitos habilitantes sólo son objeto de verificación (cumple o no cumple), a la vez que estableció cuándo eran procedentes las solicitudes de corrección o saneamiento, de manera que las mismas deben dirigirse a comprobar si el proponente observó o no los requerimientos necesarios para participar en el proceso de selección, sin que se pueda permitir la complementación de un aspecto que no fue observado desde la presentación de la propuesta, "toda vez que ello*

[7] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de noviembre de 2014, Exp. 29855, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.
[8] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. sentencia del 19 de abril de 2018, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico, Exp. 54632
[9] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de noviembre de 2014, Exp. 29855, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

desdibuja, con evidencia, el propósito de la verificación que no es otro, en términos de su definición, que la revisión o constatación de las condiciones exigidas"[10].

En esta línea, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado que: "*Puede suceder también que, a pesar de que el oferente sea plenamente capaz no haya acreditado fehacientemente su capacidad jurídica; en ese caso, la entidad debe solicitar al oferente que allegue el documento idóneo que acredite su condición. (...)*

Lo mismo sucede con la experiencia. Si, por ejemplo, el pliego de condiciones exige una experiencia mínima específica de 5 años y el oferente no tiene más de 4 años de experiencia, no hay forma de que pueda subsanar tal falencia y, en consecuencia, su propuesta no puede pasar a la siguiente fase del proceso de selección, es decir, a la de evaluación, porque no satisface las condiciones mínimas de participación.

Ahora, si el oferente adquiere la experiencia mínima exigida por los pliegos de condiciones después de presentar su oferta y durante el proceso de selección, no hay forma de que pueda resultar habilitado, por una parte, porque, como se dijo anteriormente, la misma ley prohíbe completar, adicionar, modificar y mejorar las propuestas y, por otra parte, porque la propuesta no puede condicionar la adjudicación"[11].

En la misma línea argumentativa, en reciente sentencia del mes de Febrero del presente año 2022 se manifestó que *"Con todo, es pertinente advertir que de conformidad con lo establecido en el artículo 30.8 de la Ley 80 de 1993 no está permitido que los oferentes completen, adicionen, modifiquen o mejoren sus propuestas. Ahora, tal y como lo ha manifestado esta Corporación[12], esta norma debe interpretarse de forma armónica con aquellas que establecen la posibilidad en cabeza de las entidades públicas de solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones frente a sus propuestas (Ley 80 de 1993, art. 30.761), así como también con las que determinan el alcance de la Subsanabilidad de las propuestas (para nuestro caso el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007), de lo que se concluye que resulta posible, en cierta medida, completar, adicionar, modificar o mejorar las ofertas, pero únicamente en lo que corresponde a los requisitos que expresamente permite la ley, que para el caso concreto y en virtud del régimen legal aplicable resultan ser "todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje*"[13],

En criterio del suscrito Comité Evaluador, la Subsanabilidad no puede entonces entenderse como una posibilidad absoluta y que resulte aplicable sin un análisis mínimo de las situaciones particulares de cada caso, pues así como a los proponentes les asiste la posibilidad de subsanar, dicha facultad no puede desatender las cargas y deberes mínimos de los licitantes en la conformación de su oferta. Reitera el mismo Consejo de Estado que *"Correlativamente, se estableció en los numerales 6 y 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 la necesidad de que la oferta, entendida como el proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra[14], se subordine al pliego de condiciones y a los elementos esenciales del contrato cuya celebración se propone, así como también la imposibilidad de completarla, adicionarla, modificarla o mejorarla durante etapas como la de observaciones a la evaluación de las propuestas[15].*

En apoyo definitivo a lo acá considerado se encuentra la posición del Consejo de Estado cuando reafirma que *"(...) la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que la*

---

[10] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 13 de agosto de 2021, M.P. José Roberto Sáchica Méndez, Exp. 56960.
[11] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 13 de agosto de 2021, M.P. José Roberto Sáchica Méndez, Exp. 56960
[12] Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. Rad.: 27986.
[13] Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Nicolás Yepes Corrales. Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero dos mil veintidós (2022).
[14] Decreto 410 de 1971. Código de Comercio. "Artículo 845. La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario".
[15] Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera - Subsección A, Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Bogotá D.C., quince (15) de julio de dos mil veintidós (2022).

subsanabilidad de la oferta es excepcional, pues no puede reemplazar la debida elaboración de la propuesta y es un derecho del proponente y una carga de la Administración, la que está en el deber de señalar al oferente los yerros pasibles de ser enmendados para que, si a bien lo tiene, los corrija dentro del plazo fijado en el procedimiento de selección y, en caso de que no se mencione nada al respecto, hasta antes de la adjudicación. En el evento de que la Administración omita la carga de indicar al proponente un yerro pasible de ser subsanado, se entenderá que el defecto quedó corregido[16].

Así las cosas, se debe considerar, finalmente, que la modificación introducida por la Ley 1882 de 2018 respecto de la Subsanabilidad implica que "*Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso",* lo cual implica que en desarrollo de la posibilidad de subsanación, se acrediten requisitos, situaciones o documentos que NO se hacían parte de la oferta, o con los cuales no se contaba al momento de ofertar.

Así lo precisó la jurisprudencia del Consejo Estado cuando afirmó mediante reciente fallo de Junio de 2022 que "*Al enmendar las propuestas no se pueden acreditar circunstancias posteriores al cierre del procedimiento, como el cumplimiento de los requisitos habilitantes, so pena de adicionarlas y afectar la selección objetiva. Ello porque subsanar se entiende como corregir algo que ya existe, y no como incorporar a la propuesta aquello que no se había realizado. Lo anterior fue ratificado por el legislador mediante el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, que modificó el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 200787 y dispuso que "durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso"*[17].

Lo anterior surge de una posición ya expuesta por el Consejo de Estado en el año 2021, en la cual considerar que "*Asimismo, esta Corporación ha indicado que cuando se subsana la oferta en el evento de los requisitos que no otorgan puntaje, por regla general, no se mejora, en tanto no se adiciona en cuanto a los elementos que son objeto de su calificación. En todo caso, en aquellos eventos en los que, so pretexto de la subsanabilidad se pretende mejorar aspectos con los que no se contaba para la fecha límite de presentación de las propuestas, en realidad no se está enmendando la oferta, sino que se está adicionando, lo que contraría los principios inherentes a la contratación estatal, pues desconoce los plazos con los que se contaba para aportar la propuesta"*[18].

Por todo lo anterior, sobre el caso en concreto se concluye lo siguiente:

1. RESPECTO DE LA SUBSANABILIDAD/MEJORA/ACLARACIÓN DE LA OFERTA DE AUDIO DAZ PA SISTEM.

Según todo lo anteriormente señalado, se tiene que los documentos aportados por el proponente AUDIO DAZ PA SISTEM el día 07 de Septiembre de 2022 correspondientes a los perfiles profesionales de algunos miembros del equipo requerido en los pliegos de condiciones, no fue aportado, considerado, mencionado ni referenciado en ningún aparte de la propuesta presentadas el día 31 de Agosto de 2022.

Si bien estos documentos e información es de carácter habilitante, y por lo tanto podrían en principio ser objeto de subsanación, es claro para este Comité Evaluador que con la entrega de los documentos de los profesionales no se está aclarando ni soportando algún error en el contenido original de la oferta, sino que se está incorporando un requisito que

[16] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 29 de junio de 2015. Radicado 25000-23-31-000-2005-01178-01 (40.660). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 19 de abril de 2018. Radicado 25000-23-36-000-2013-01165-01 (54.632). Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 22 de abril de 2022. Radicado 25000-23-26-000-2011-00150-01 (50127). C.P. María Adriana Marín.

[17] Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera - Subsección A, Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Bogotá D.C., quince (15) de julio de dos mil veintidós (2022).

[18] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 13 de agosto de 2021. Radicado 25000-23-36-000-2013-00009-01 (56960) C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

originalmente no hacía parte de la propuesta, por lo que no está acreditando la prueba de un requisito sino el requisito mismo del equipo profesional.

El Comité Evaluador llama la atención especialmente en este punto, pues como se explicó anteriormente, la subsanabilidad no implica que se pueda subsanar todo el contenido habilitante de la oferta pues se debe tener en cuenta 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"*[19]

En la propuesta original no existía equipo profesional completo, pues no se referenciaron nombres, perfiles ni disponibilidades, por lo cual carece la propuesta de equipo profesional, que no puede ser adicionado o mejorado utilizando la vía de la subsanabilidad que se reitera, no es absoluta. De permitir ello, se estaría complementando la oferta en un componente que no tenía, y se vulnerarían como consecuencia de ello los principios de igualdad, debido proceso y transparencia.

Por todo lo anterior, se reitera la evaluación del Comité Evaluador respecto de la NO HABOLITACIÖN del proponente AUDIO DAZ PA SISTEM, al NO CUMPLIR con los requisitos de orden técnico establecido en los pliegos de condiciones, configurándose una propuesta parcial al no incorporar todos los componentes técnicos de la oferta y de conformidad con la causal No. 16 del Literal K Rechazo del pliego de condiciones definitivo, y el Literal R Subsanación del mismo pliego.

2. RESPECTO DE LA SUBSANABILIDAD/MEJORA/ACLARACIÓN DE LA OFERTA DE MAKROEVENTOS COLOMBIA.

En razón de los postulados legales y jurisprudenciales anteriormente señalados, se ha considerado por parte del suscrito Comité Evaluador que la oferta presentada por el proponente MAKROEVENTOS COLOMBIA, cumple con los requisitos habilitantes establecidos en los pliegos de condiciones, y especialmente con los criterios de orden técnico de la experiencia del oferente y las condiciones del equipo de trabajo.

A diferencia de la situación del proponente AUDIO DAZ, el proponente MAKROEVENTOS no se encuentra en una situación de Subsanabilidad, sino en una situación de Aclaración de su Oferta. En efecto, la información y documentación que fue aportada por MAKROEVENTOS en su propuesta original sí permite verificar qué personas fueron ofrecidas en los correspondientes perfiles profesionales y operativos requeridos, sus perfiles y su experiencia, no obstante en razón de la observación presentada se hizo necesario precisar cierta información de los documentos presentados en la oferta.

Nótese como se trata de situaciones distintas, por cuanto en la primera situación del proponente AUDIO DAZ se adjunta una información y documentación sobre un requisito que no fue aportado en la oferta (subsanar el requisito), mientras que en la situación del proponente MAKROEVENTOS se trata de la presentar una información que ya se encontraba presente en la oferta original, y que requirió una aclaración de la misma (la prueba del requisito).

En ese sentido, el proponente MAKROEVENTOS está haciendo uso de la posibilidad y el derecho que le asiste en razón de las normas generales, aclarando la información de su oferta que recaen sobre un requisito habilitante, sin que con ello se estén acreditando condiciones habilitantes o situaciones no contenidos en su oferta o configurados después del cierre de presentación de las propuestas.

El Comité Evaluador reitera lo ya manifestado anteriormente, considerando que "*Al enmendar las propuestas no se pueden acreditar circunstancias posteriores al cierre del procedimiento, como el cumplimiento de los requisitos habilitantes, so pena de adicionarlas*

[19] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de noviembre de 2014, Exp. 29855, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

y afectar la selección objetiva. Ello porque subsanar se entiende como corregir algo que ya existe, y no como incorporar a la propuesta aquello que no se había realizado. Lo anterior fue ratificado por el legislador mediante el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, que modificó el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 200787 y dispuso que "durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso"[20].

Respecto de la oportunidad para subsanar, es claro que la Administración Municipal a partir de la observación presentada requirió al oferente, sin que se estableciera un término especifico y por los mismo, se encontraba vigente dicha posibilidad hasta la audiencia de adjudicación misma, como en efecto se realizó.

Así, es claro que la propuesta de MAKROEVENTOS, a partir de la observación del otro oferente y requerida por la entidad, aclaró el contenido de su oferta, corrigiendo la información de su equipo profesional y de su experiencia que ya existía al momento de presentar la oferta, lo cual se ajusta a las condiciones establecidas en el pliego de condiciones y en las reglas legales y jurisprudenciales antes señaladas. Por lo anterior, se reitera la Habilitación del Proponente MARKOEVENTOS y la calificación otorgada en el informe final de evaluación.

En constancia de lo anterior se firma a los trece (13) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Atentamente,

ADRIANA CAROLINA MUÑOZ MORALES
Secretaria Administrativa

ROCIO MILENA DEANTONIO ROJAS
Secretaria de Gobierno

YUNARI ANDREA GARCIA PEREZ
Secretaria de Educación

YAMILE FORERO GARCÍA
Secretaria de Desarrollo e Integración Social

MANUEL ADUL SANDOVAL VILLAMIZAR
Secretario de Desarrollo Económico

LUZ ANGELA CÁRDENAS MORENO
Jefe de oficina comunicaciones y prensa

GUILLERMO GORDILLO GALÁN
Secretario de Cultura y Patrimonio

[20] Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera - Subsección A, Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Bogotá D.C., quince (15) de julio de dos mil veintidós (2022).