SOLICITUD DE MUESTRAS – Funciones

En concreto, la solicitud de muestras cumple funciones importantes antes y después de la apertura del proceso de selección. *En primer lugar*, lo usual es que la entidad defina las condiciones de los bienes requeridos y luego solicite las cotizaciones. No obstante, esto supone que –a través del rol técnico– se han comparado diversas especificaciones para determinar cuál satisface mejor las necesidades de la Administración.

[…]

[…] e*n segundo lugar*, las muestras serán obligatorias siempre que el pliego o la invitación se definan como requisito habilitante, caso en el cual se deberán entregar junto con los demás documentos de la oferta.

[…]

[…] los requisitos habilitantes exigidos deben guardar proporción con el objeto del contrato, su valor, complejidad, plazo, forma de pago y el riesgo asociado al proceso de selección. Una vez ponderadas estas variables, la entidad podrá solicitar muestras siempre que se justifique razonablemente esta necesidad en los estudios previos. Para estos efectos, la entrega tiene como objetivo verificar que los bienes solicitados cumplan con las condiciones técnicas del pliego o la invitación, caso en el cual –antes del perfeccionamiento– se anticipa la tarea a realizar por parte del interventor o supervisor del contrato.

SOLICITUD DE MUESTRAS – Factor de evaluación – Pliego de condiciones

Finalmente, también es posible que las muestras entregadas sean un factor de evaluación de las propuestas, motivo por el cual debe definirse clara e inequívocamente en el pliego de condiciones la asignación de puntaje derivada del cumplimiento de condiciones adicionales en la calidad de los bienes solicitados […].

[…]

Con excepción de los procesos como la selección abreviada por subasta inversa y los de mínima cuantía, lo anterior no obstan para que las muestras sean un factor de evaluación, siempre que se respete el principio de selección objetiva y que los criterios de calidad estén plenamente previstos en el pliego de condiciones. Esto implica que la entidad debe justificar que –pese a las especificaciones adicionales– es posible la pluralidad de oferentes y que los factores de ponderación permiten calificar la propuesta de manera imparcial.

SUBSANABILIDAD – Aplicación – Restricciones

[…] la regla prevista actualmente en los parágrafos 1o. y 4o. del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, es el mandato normativo que ordena a las entidades estatales, al verificar la acreditación de los requisitos habilitantes por parte de los proponentes, permitir, por regla general, que los oferentes aporten o corrijan aquella información relacionada con tales requisitos de participación, de manera que no se rechacen de plano las ofertas. Si bien esta regla encuentra algunos límites, por ejemplo, el previsto en el segundo inciso del mismo parágrafo, que establece que «Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso» o el consagrado en el parágrafo 3o., adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, según el cual

El futuro es de todos
DNP Departamento Nacional de Planeación
Colombia Compra Eficiente
Tel. (+57 1)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia
www.colombiacompra.gov.co

«La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma», lo cierto es que la subsanabilidad de las ofertas debe interpretarse como una regla general en relación con la falta de entrega o con los defectos de los requisitos habilitantes.

Bogotá D.C., **08/04/2020 Hora 15:17:58s**

N° Radicado: 2202013000002550

Señor
HERNEY VANEGAS BOTELLO
Ciudad

Concepto C – 104 de 2020

Temas:	SOLICITUD DE MUESTRAS — Funciones / SOLICITUD DE MUESTRAS – Factor de evaluación – Pliego de condiciones / SUBSANABILIDAD — Aplicación y restricciones
Radicación:	Respuesta a la consulta # 4202013000001592

Estimado señor Vanegas Botello,

La Agencia Nacional de Contratación Pública —Colombia Compra Eficiente— responde su consulta del 3 de marzo de 2020, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011.

1. Problemas planteados

Usted realiza las siguientes preguntas: i) ¿en una licitación pública es posible requerir muestras de los bienes solicitados?, ii) ¿qué las mismas sean evaluadas por un comité técnico?, iii) ¿qué el resultado de la evaluación sea habilitante y no subsanable (sic)?

2. Consideraciones

Para desarrollar los problemas planteados, se analizará la posibilidad de solicitar muestras en los procesos de selección y, a renglón seguido, se explicarán las reglas de subsanabilidad de las propuestas.

En otra oportunidad esta Subdirección expidió los conceptos 416130002307 del 26 de mayo de 2016, 4201714000000374 de 13 de febrero de 2017, 4201911000000622 del 15 de marzo de 2019 y 420191200000533 del 3 de septiembre de 2019, donde se explicó la posibilidad de solicitar muestras en los procesos de mínima cuantía como requisito habilitante. Además, recientemente esta Subdirección expidió el Concepto CU–060 de

2020 en respuesta a las consultas con radicado 4202012000000282 y 4202012000000283, donde se unificó su criterio sobre el alcance de la regla de la subsanabilidad, contenida actualmente en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. La tesis propuesta en dichos conceptos se expone a continuación.

2.1. Posibilidad de solicitar muestras en los procesos de selección

Para la celebración de contratos como la compraventa y el suministro, es usual que en el sector privado se soliciten muestras para determinar las características técnicas de los bienes requeridos. Se trata de un proceso dinámico previo al perfeccionamiento del contrato, pues –a través de la comparación entre diferentes especificaciones– se determinan las características que mejor satisfacen las necesidades del adquirente, permitiendo –posteriormente– la formación del consentimiento a través del acuerdo sobre el objeto y el precio.

En esta medida, la solicitud de muestras también es posible en la contratación pública, pues –conforme al artículo 32 de la Ley 80 de 1993– la Administración puede celebrar todos los actos jurídicos previstos en el derecho privado, en disposiciones especiales o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad; razón por la cual, en la medida en que esta práctica no está expresamente prohibida por el Estatuto General de Contratación, se encuentra permitida. No obstante, esta autonomía para requerirlas no es ilimitada y, sin perjuicio de las restricciones para algunos procesos de selección, se sujeta a principios como la planeación y la selección objetiva. Al respecto, la doctrina sostiene que:

> Un procedimiento que no siempre es usado, no obstante su conveniencia, es el de requerir, respecto de ciertas cosas que lo admiten, muestras de los productos que los oferentes se obligarán a entregar, lo que facilita, mediante el análisis y estudio de ellas, conocer sus condiciones, características, resultados, etc. También puede ocurrir que sea la administración la que proponga una muestra a los oferentes, a fin de informar a éstos, acabadamente, de cómo deben ser las cosas a proveerse. En uno y otro caso, las muestras deben conservarse como testigo, para comprobar, cuando sea necesario, que la provisión entregada se ajusta realmente a la propuesta[1].

En concreto, la solicitud de muestras cumple funciones importantes antes y después de la apertura del proceso de selección. *En primer lugar*, las entidades públicas deben definir las características de los insumos requeridos, pues contribuye a determinar el objeto

[1] ESCOLA, Héctor Jorge. Tratado integral de los contratos administrativos. Volumen II. Buenos Aires: Depalma, 2012. p. 529.

del futuro contrato, el cual juega un papel importante en la participación de los oferentes y en el ajuste de las propuestas a las necesidades de la Administración. Al respecto, el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015 dispone que «Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato […]» y, entre otros elementos, debe contener «[…] El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto […]».

Para este análisis, lo usual es que la entidad defina las condiciones de los bienes requeridos y luego solicite las cotizaciones. No obstante, esto supone que –a través del rol técnico– se han comparado diversas especificaciones para determinar cuál satisface mejor las necesidades de la Administración. En esta fase, por ejemplo, el funcionario encargado de realizar los estudios previos puede conocer de antemano los requerimientos técnicos o, por el contrario, determinarlos con visitas *in situ* a los establecimientos de comercio de los posibles oferentes. En este último escenario, las muestras voluntariamente facilitadas contribuyen a que la entidad determine el objeto del futuro contrato en la etapa de planeación.

No obstante, *en segundo lugar*, las muestras serán obligatorias siempre que el pliego o la invitación se definan como requisito habilitante, caso en el cual se deberán entregar junto con los demás documentos de la oferta. Al respecto, el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 dispone que «La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje […] *La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor* […]» (Cursivas fuera de texto). Bajo estas restricciones, las entidades estatales son libres de solicitar los requisitos que considere pertinentes para verificar las características técnicas mínimas para que la ejecución del objeto contractual resulte eficiente y eficaz frente a las necesidades identificadas. Por lo anterior, la Administración debe establecer los requisitos habilitantes de forma adecuada y proporcional a la naturaleza y valor del objeto, buscando una relación entre el contrato, la capacidad y la experiencia del proponente.

No todas las tipologías admiten este requerimiento, pues es ajena al contrato de obra, donde en necesaria la ejecución de una serie de actividades previas, de orden material, para lograr el resultado deseado. Incluso, en contratos donde este requisito es previsible –como en la compraventa y el suministro–, no deben imponerse cargas excesivas a los proponentes. *Verbi gratia*, no es lo mismo solicitar algunas muestras de carpetas, esferos y libros que de computadores, maquinaria o equipos, los cuales –además del riesgo de pérdida– suponen costos adicionales para trasportarlos. Siguiendo con el ejemplo, no es equivalente solicitar muestras de un lote de suvenires de diez (10) ítems que en otro de

cien (100), haciendo que la carga sea más onerosa en el segundo caso. Así mismo, tampoco es lo mismo solicitar la muestra de un producto imperecedero que de aquellos que se descomponen o pierden su calidad con el tiempo, pues se deterioraría antes de llegar a las manos de la entidad.

En otras palabras, los requisitos habilitantes exigidos deben guardar proporción con el objeto del contrato, su valor, complejidad, plazo, forma de pago y el riesgo asociado al proceso de selección. Una vez ponderadas estas variables, la entidad podrá solicitar muestras, siempre que se justifique razonablemente esta necesidad en los estudios previos. Para estos efectos, la entrega tiene como objetivo verificar que los bienes solicitados cumplan con las condiciones técnicas del pliego o la invitación, caso en el cual –antes del perfeccionamiento– se anticipa la tarea a realizar por parte del interventor o supervisor del contrato.

Finalmente, también es posible que las muestras entregadas sean un factor de evaluación de las propuestas, motivo por el cual debe definirse clara e inequívocamente en el pliego de condiciones la asignación de puntaje derivada del cumplimiento de condiciones adicionales en la calidad de los bienes solicitados. No obstante, debe considerarse que no todos los procesos de selección permiten la evaluación de este factor. Este es el caso de la selección abreviada por subasta inversa y la mínima cuantía, donde el menor precio ofrecido es el criterio determinante para la adjudicación de contrato o la aceptación de la propuesta, respectivamente[2].

En estas modalidades de selección, el único criterio de evaluación es el precio; razón por la cual, la exigencia de muestras, en caso de requerirse y hallarse plenamente justificado, será bajo el criterio de ser requisitos que no otorgan puntaje. Es decir, la Entidad

[2] Al respecto, el literal a) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, dispone que serán causales de selección abreviada, entre otras, «La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos».

»Para la adquisición de estos bienes y servicios las entidades deberán, siempre que el reglamento así lo señale, hacer uso de procedimientos de subasta inversa o de instrumentos de compra por catálogo derivados de la celebración de acuerdos marco de precios o de procedimientos de adquisición en bolsas de productos».

En concordancia, el artículo 2.2.1.2.1.2.4 del Decreto 1082 de 2015 prescribe: «La subasta termina cuando los oferentes no hagan Lances adicionales durante un período para la presentación de Lances. *La Entidad Estatal debe adjudicar el contrato al oferente que haya presentado el Lance más bajo*. En el acto de adjudicación, la Entidad Estatal indicará el nombre de los oferentes y el precio del último Lance presentado por cada uno de ellos» (Cursiva fuera de texto).

Por otro lado, el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011 dispone «La contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto, se efectuará de conformidad con las siguientes reglas: […] *c) La entidad seleccionará, mediante comunicación de aceptación de la oferta, la propuesta con el menor precio, siempre y cuando cumpla con las condiciones exigidas* […]» (Cursiva fuera de texto).

Estatal debe adjudicar el Proceso de Contratación al oferente que cumpla con todas las condiciones exigidas por la entidad en los documentos del proceso y que ofrezca el menor valor. No hay lugar a la asignación de puntaje para evaluar las ofertas sobre las características del objeto a contratar, su calidad o condiciones. Al respecto, considerando el modo de ofertar, la doctrina distingue entre la licitación de «precios sobre muestras» de la licitación de «precio»:

> En esta última se tiene en cuenta, para la clasificación de los proponentes y la designación del adjudicatario, sus ofertas de precios, con prescindencia de la calidad de los materiales, objetos o mercaderías que deberán suministrar. Solamente están obligados a suministrar una calidad por lo menos igual a la establecida por el pliego de condiciones […]. En estas licitaciones el precio límite se fija, igualmente, prescindiendo de las muestras de calidad.
>
> En las licitaciones por "concurso de muestras y de precios", en cambio, se tienen en cuenta al mismo tiempo, los ofrecimientos de precio y la calidad de las muestras que han presentado. Los oferentes entregan las muestras hasta una fecha establecida en el pliego de condiciones, y después, en ese mismo acto, formulan su propuesta de precio. La comisión de adjudicación procede al examen de las muestras enviadas y asigna un coeficiente en razón de su calidad relativa y del precio solicitado[3].

Por ello, fuera de los procedimientos donde se proscriben expresamente determinados factores de evaluación, la Administración es libre para asignar puntaje a los bienes que cumplen con las características mínimas de los estudios previos, siempre que se respete el principio de selección objetiva y que los criterios de calidad estén plenamente previstos en el pliego de condiciones. Al respecto, el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, dispone que «La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos».

En esta medida, las exigencias mencionadas en el párrafo precedente implican una mayor carga justificativa por parte de la entidad, la cual deberá explicar que –pese a las especificaciones adicionales– es posible la pluralidad de oferentes y que los factores de ponderación permiten calificar la propuesta de forma justa e imparcial. No en vano, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 dispone que en los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar la ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones o que representen la mejor

[3] DROMI, José Roberto. La licitación pública. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1980. pp. 139-140.

relación de costo-beneficio para la entidad. Naturalmente, son obligatorias para la adquisición de bienes realizada fuera de procedimientos como la selección abreviada por subasta inversa y de la mínima cuantía, ya que en éstos –sin perjuicio del cumplimiento de las especificaciones técnicas– se escoge al proponente que ofrezca el menor precio. Ahora bien, teniendo en cuenta que las muestras puede ser un factor de verificación o de evaluación, resulta importante analizar las reglas de subsanabilidad, lo cual se realizará en el siguiente apartado.

2.2. Reglas de subsanación de las ofertas: aplicación y restricciones

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 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 paradigma que supuso la Constitución de 1991, particularmente en la forma como se relaciona lo formal y lo sustancial en las actuaciones judiciales y administrativas. Este cambio ideológico quedó consignado en el artículo 228, que introdujo el principio de supremacía o prevalencia del derecho sustancial sobre el 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 30.7[4], que ordena a la entidad señalar un plazo razonable para evaluar las propuestas y pedir a los proponentes, de ser necesario, que aclaren o expliquen aspectos que ofrezcan dudas y resulten indispensables para hacer la evaluación; y con el artículo 30.8[5], 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 la 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. En consecuencia**,** todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

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

[4] 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».

[5] 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».

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 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[6].

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

[6] CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2014. Rad. 25.804. C.P. Enrique Gil Botero.

> hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado. Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

Esta norma: i) mantiene el criterio de la Ley 80 de 1993, relativo a que todo lo que no sea necesario para la comparación de propuestas no es título suficiente para su rechazo; ii) mantiene el criterio aclaratorio de la Ley 1150 de 2007, según el cual todo lo que no afecte la asignación de puntaje puede subsanarse e iii) introduce modificaciones en relación con algunos 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[7]; 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».

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 no impide que

[7] Ley 1150 de 2007, artículo 5, parágrafo 4°: «En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura contratación o a proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización».

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». Para estos efectos, lo subsanable es la prueba de todas las circunstancias ocurridas antes del vencimiento del término para presentar las ofertas; eso 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.

Un mejor entendimiento del significado de la expresión «circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso» lleva necesariamente a distinguir entre la prueba de un hecho y el hecho mismo. En el caso de la subsanabilidad de las ofertas, una cosa es el requisito habilitante o el elemento de la propuesta y otra su prueba. Lo que prohíbe la norma es que se subsanen requisitos que no estaban cumplidos al momento de presentar la oferta, o en palabras de la ley, que se acrediten hechos que ocurrieron después del cierre del proceso. Lo anterior quiere decir que no es la prueba –usualmente un documento– lo que debe ser anterior al cierre del proceso, sino el hecho que ella acredita, es decir, ante la solicitud de la Administración de subsanar un 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»[8].

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 documento o información que otorga puntaje o no y, en segundo lugar, si el cumplimiento del requisito constituye una circunstancia ocurrida con anterioridad o con posterioridad al cierre del proceso. Para arribar a la conclusión de que lo omitido puede subsanarse, la respuesta al primer interrogante debe ser negativa, es decir,

[8] CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de mayo de 2010. Rad. 1.992. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

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. Adicionalmente, otro cambio relevante radica en que 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.

En resumen, la regla prevista actualmente en los parágrafos 1o. y 4o. del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, es el mandato normativo que ordena que las entidades estatales, al verificar la acreditación de los requisitos habilitantes por parte de los proponentes, permitir, por regla general, que los oferentes aporten o corrijan aquella información relacionada con tales requisitos de participación, de manera que no se rechace de plano de las ofertas. Si bien esta regla encuentra algunos límites, por ejemplo, el previsto en el segundo inciso del mismo parágrafo, que establece que «Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso» o el consagrado en el parágrafo 3o., adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, según el cual «La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma», lo cierto es que la subsanabilidad de las ofertas debe interpretarse como una regla general en relación con la falta de entrega o con los defectos de los requisitos habilitantes.

Ahora bien, según lo indicó esta Subdirección en respuesta a la consulta con radicado 44202012000000563 del 27 de enero de 2020, teniendo en cuenta que el parágrafo 1 del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, dispone 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 […]», y que no se observa una disposición legal que expresamente disponga un término para aportar tales documentos en esta modalidad de selección, surgen 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 acoge la tercera opción y, por tanto, lo establecido en el numeral 6.1. de la Circular Externa Única de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, que expresa: «Por otra parte, en los procesos de mínima cuantía la Entidad debe establecer en la invitación

un plazo para recibir los documentos subsanables, so pena de verificar la oferta con el siguiente proponente que ofrezca el mejor precio. Si la Entidad Estatal no estableció un plazo para subsanar los requisitos, los proponentes podrán hacerlo hasta antes de la aceptación de la oferta»[9]. Así lo indicó también esta Subdirección en concepto con radicado No. 4201912000004758 del 9 de septiembre de 2019.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, se responderán los interrogantes planteados.

3. Respuestas

i) ¿En una licitación pública es posible requerir muestras de los bienes solicitados?

En la medida que la exigencia sea adecuada y proporcional, las entidades pueden solicitar muestras de los bienes requeridos en los diferentes procesos de selección, siempre que la necesidad se justifique satisfactoriamente en los estudios previos. Cuando se consagre como un factor habilitante, la entrega tiene como objetivo verificar que cumpla con las condiciones técnicas mínimas del pliego o la invitación, caso en el cual –antes del perfeccionamiento– se anticipa la tarea a realizar por parte del interventor o supervisor del contrato.

Con excepción de procesos como la selección abreviada por subasta inversa y los de mínima cuantía, las muestras pueden ser un factor de evaluación, siempre que se respete el principio de selección objetiva y que los criterios de calidad estén plenamente previstos en el pliego de condiciones. Esto implica que la entidad debe justificar que –pese a las especificaciones adicionales– es posible la pluralidad de oferentes y que los factores de ponderación permiten calificar la propuesta de manera imparcial.

ii) ¿Qué las mismas sean evaluadas por un comité técnico?

La entidad está facultada para crear el respectivo comité, el cual asesorará al órgano competente en la verificación y evaluación de las propuestas y, en general, todos los aspectos relativos a la adjudicación del contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.2.2.3 del Decreto 1082 de 2015[10].

---

[9] Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Circular Externa Única. Actualizada el 16 de abril de 2019. En: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/cce_circular_unica.pdf.

[10] Esta norma dispone: «La Entidad Estatal puede designar un comité evaluador conformado por servidores públicos o por particulares contratados para el efecto para evaluar las ofertas y las manifestaciones de interés para cada Proceso de Contratación por licitación, selección abreviada y concurso de méritos. El comité evaluador debe realizar su labor de manera objetiva, ciñéndose

iii) ¿Qué el resultado de la evaluación sea habilitante y no subsanable (sic)?

Conforme a las consideraciones del apartado precedente, las muestras son insubsanables cuando se consagran como factor de evaluación. Al ser un criterio de asignación de puntaje, conforme a la ponderación prevista en el pliego de condiciones, si no se entregan antes del cierre del proceso de selección, la propuesta debe rechazarse.

En contraste, el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 solo permite la subsanación de las muestras, en tanto el pliego de condiciones o la invitación las prevean como requisitos habilitantes. Para los procesos de selección abreviada por subasta inversa y de mínima cuantía, la entidad debe establecer en la invitación o en el pliego un plazo para recibir los documentos subsanables. Si no lo hizo, los proponentes podrán hacerlo hasta antes del inicio de la subasta o de la aceptación de la oferta, respectivamente. En los demás procesos, es posible subsanar las muestras, si se piden como requisitos habilitantes, hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad, sin perjuicio de que se hayan solicitado con anterioridad.

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

Atentamente,

Original firmado
Fabián Gonzalo Marín Cortés

FABIÁN GONZALO MARÍN CORTÉS
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Elaboró:	Juan David Montoya Penagos Contratista, Subdirección de Gestión Contractual
Revisó:	Cristian Andrés Díaz Díez Contratista, Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó:	Fabián Gonzalo Marín Cortés Subdirector de Gestión Contractual

exclusivamente a las reglas contenidas en los pliegos de condiciones. El carácter asesor del comité no lo exime de la responsabilidad del ejercicio de la labor encomendada. En el evento en el cual la Entidad Estatal no acoja la recomendación efectuada por el comité evaluador, debe justificar su decisión».

»Los miembros del comité evaluador están sujetos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de interés previstos en la Constitución y la ley».

»La verificación y la evaluación de las ofertas para la mínima cuantía será adelantada por quien sea designado por el ordenador del gasto sin que se requiera un comité plural».