SUBSANABILIDAD DE LAS OFERTAS – Alcance de la regla – Ley 1882 de 2018 – Ámbito temporal – Criterio material

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

El primero es el ámbito temporal para ejercer la facultad de subsanar la oferta, pues la Ley 1882 de 2018 fijó una regla general y una excepción. La regla general es que el límite para que la entidad solicite y para que el proponente corrija lo que haga falta es hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección. La excepción es que el límite anterior no aplica para los procesos de mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta, este último al cual hace referencia en su consulta, y en el que los documentos o requisitos subsanables pueden y deben solicitarse por parte de las entidades estatales, como límite, hasta el momento previo a la celebración de la audiencia […]

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

[…]

De conformidad con el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, lo subsanable es la prueba de todas las circunstancias ocurridas antes del vencimiento del término para presentar las ofertas, ello es lo que implica la prohibición de acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al "cierre del proceso". Lo anterior evita, por ejemplo, que se presenten oferentes que no cumplían con los requisitos para participar al momento de presentar las ofertas, y pretendan cumplirlos durante el proceso de selección o, inclusive, que se puedan variar condiciones de la oferta una vez presentada.

SUBASTA INVERSA – Regla de subsanabilidad

[…] la regla general respecto a la oportunidad para subsanar tiene como excepción, entre otras cosas, el término especial establecido en los procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta inversa, para lo cual el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, adicionó el parágrafo 4 al artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 […]

Tal como se expresó en los conceptos C-267 y C-283 del 5 de mayo de 2020, si se analiza la norma transcrita, no es difícil llegar a la conclusión relativa a que esta contiene una regla muy parecida respecto a la oportunidad para subsanar en los procesos de subasta, a la

contenida en la parte final del inciso primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, antes de ser modificada por la Ley 1882 de 2018, siendo en esencia la misma, con la precisión adicional respecto de los documentos susceptibles de subsanación. Esta regla cosiste en la fijación del momento previo al inicio de la audiencia de subasta, como el tiempo límite para que se solicite la subsanación de los documentos faltantes hasta entonces no presentados por los proponentes o, en general, susceptibles de subsanarse.

SUBASTA INVERSA – Regla de subsanabilidad – Tiempo límite – Alcance normativo

En ese orden de ideas, extendiendo las anteriores consideraciones a la regla de subsanabilidad consagrada en el parágrafo 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 –adicionado por la Ley 1882 de 2018–, dada su identidad con la regulación del parágrafo 1 del artículo 5 de la ley 1150 de 2007 original –antes de ser modificada por la Ley 1882 de 2018– el inicio de la subasta es el momento hasta el cual la entidad cuenta con la facultad para requerir la subsanación de los documentos referentes a la futura contratación o a los proponentes, no necesarios para la comparación de las propuestas. Para el ejercicio de tal facultad, las entidades de manera *ex ante* podrán establecer dentro del pliego de condiciones el periodo dentro del cual los participantes del proceso de selección podrán subsanar los documentos que requiera la entidad, o en su defecto, requerir por separado a cada proponente para que subsanen los respectivos documentos, fijándoles un término razonable, el cual en todo caso no podrá exceder el momento previo al inicio de la audiencia de subasta. Así mismo, dentro del pliego de condiciones podrán definir las veces en las cuales le será posible a los proponentes subsanar los documentos. En sentido, atendiendo a la consulta planteada, la posibilidad de subsanar varias veces un determinado aspecto de la propuesta dependerá de lo establecido en el pliego de condiciones, pues la normativa no restringe el número de veces que un proponente podrá subsanar un determinado aspecto.

De esta manera, el parágrafo analizado permite a las entidades *solicitar* a los oferentes que subsanen los documentos referentes a la futura contratación no necesarios para la comparación de las propuestas, hasta el momento previo a la realización a la subasta a la que hace referencia el artículo 2.2.1.2.1.2.2 del Decreto 1082 de 2015, momento que, además, deberá estar señalado en el pliego de condiciones, independientemente de que la entidad opte para desarrollar la audiencia de manera presencial o través del algún mecanismo electrónico. En defecto de lo anterior, las entidades también podrán requerir por separado o conjuntamente a cada proponente para que subsanen los respectivos documentos, fijándoles un término razonable, el cual en todo caso no podrá exceder el momento previo al inicio de la audiencia de subasta, por lo que será anterior a ella.

SUBSANABILIDAD – Procedencia – Mínima cuantía – Selección abreviada mediante subasta inversa

[…] la regla general establecida por el legislador consiste en considerar que todos aquellos requisitos de las propuestas que no afecten la asignación de puntaje son susceptibles de ser subsanados. En este sentido, en las consideraciones se señaló de forma precisa lo relacionado con las reglas especiales en relación con los procesos en que se haga uso del

sistema de subasta y en los procesos de mínima cuantía, frente a los cuales se señaló que aplican criterios particulares frente al momento en que procede la subsanación. Sin embargo, en cuanto a qué requisitos se pueden subsanar, esta Subdirección considera que serán aquellos distintos a los que incidan en la ponderación o comparación de las ofertas, entendidos estos como los que en cierta modalidad de selección determinen la selección del mejor ofrecimiento, como se expresó en los numerales 2.1. y 2.2. de este concepto, por lo que serán los factores que determinan un mejor ofrecimiento frente a otro, luego de cumplirse los requisitos habilitantes, como sucede, por ejemplo, con el precio tratándose de los procesos de mínima cuantía o selección abreviada mediante subasta inversa, donde la determinación comparativa de la mejor oferta se realiza de acuerdo con la propuesta de menor precio, aspecto que no podrá subsanarse.

Bogotá D.C., [Día] [Mes.NombreCapitalizado] [Año]

Señor
Lenin Augusto Pardo Porras
Leninpp11@gmail.com
Bogotá D.C.

Colombia Compra Eficiente
Rad No. RS20230713007400
Anexos: No Con copia: No
Fecha: 13/07/2023 15:30:40

Concepto C – 275 de 2023

Temas: SUBSANABILIDAD DE LAS OFERTAS – Alcance de la regla – Ley 1882 de 2018– Ámbito temporal – Criterio material / SUBASTA INVERSA— Regla de Subsanabilidad / SUBASTA INVERSA – Regla de subsanabilidad – Tiempo límite – Alcance normativo / SUBASTA INVERSA – Regla de subsanabilidad – Limite de veces

Radicación: Respuesta a consulta P20230530011824

Estimado señor Pardo:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 27 de marzo de 2023.

1. Problema planteado

En relación con la subsanabilidad de ofertas en aquellos procesos de selección en los que se utiliza el mecanismo de subasta, usted realiza las siguientes preguntas:

> "
> *1- El numeral 12.1 Requisitos y documentos subsanables de la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente señala "En los procesos en que se utilice el mecanismo de subasta se establece que dichos documentos deberán ser solicitados por las entidades estatales hasta el momento previo a la realización de la subasta. Lo anterior implica que las entidades podrán establecer dentro del pliego de*

condiciones un periodo dentro del cual los proponentes deberán realizar tal subsanación o, en su defecto, requerir por separado o conjuntamente a los proponentes para que subsanen los respectivos documentos, fijándoles un término razonable, el cual, en todo caso, no podrá exceder el momento previo al inicio de la audiencia de subasta.

2- Concordante con ello la Guía para hacer un proceso de selección abreviada con subasta inversa expresa "Para abrir el sobre económico, primero debe admitir las ofertas que cumplieron con los requisitos habilitantes y técnicos exigidos en el Proceso.

Así, la Entidad procederá a abrir exclusivamente el sobre económico de las ofertas
admitidas".

De acuerdo con lo expuesto se hace las siguientes preguntas a) ¿en los procesos de subasta inversa es procedente indicar en los pliegos de condiciones que solamente se puede subsanar hasta antes de la apertura del sobre económico? b) si se abre los sobres económicos de los oferentes habilitados y en el pliego se indica que se puede subsanar hasta antes de la subasta electrónica ¿Qué se puede hacer para habilitar en la plataforma del Secop II aquellos oferentes que subsanaron los requisitos habilitantes después de la apertura de los sobres económicos y previo del inicio de la subasta electrónica?"

1. Consideraciones

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados[1]. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene

[1] La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibídem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: "[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública". Esta se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública.

competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a esta Agencia como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Así las cosas, la Agencia –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto–, resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Para responder los interrogantes se realizarán algunas consideraciones en torno a los siguientes temas: i) el alcance de la regla de la subsanabilidad de las ofertas y ii) la subsanabilidad en la selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, mediante subasta inversa.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en el concepto CU - 060 de 16 de enero de 2020, unificó el concepto en torno al alcance de la regla de la subsanabilidad, contenida actualmente en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. En dicho concepto se unificó la tesis expuesta en los conceptos con radicado No. 4201913000006471 del 28 de octubre de 2019, 4201912000006711 del 12 de noviembre de 2019 y 4201912000006496 del 15 de noviembre de 2019, la cual fue ha sido reiterada en los conceptos C-082 de 27 de enero de 2020 y C-127 de 12 de febrero de 2020, C−044 de 24 de marzo de 2020, C–013 de 28 de abril de 2020, C−307 de 21 de mayo de 2020, C−372 de 30 de junio de 2020, C−410 de 26 de junio de 2020, C−481 de 27 julio de 2020, C−420 de 28 de julio de 2020, C-730 de 14 de diciembre de 2020, C–779 de 18 de enero de 2020, C-077 de 14 de enero de 2021, C-010 de 16 de febrero de 2021 y C-250 del 2 de junio de 2021, C-568 del 11 de octubre de 2021, C-728 del 25 de enero de 2022, C-140 del 28 de marzo de 2022, C-285 del 20 de mayo de 2022, C-416 del 30 de junio de

2022, C-431 del 7 de julio de 2022, C-470 del 25 de julio de 2022 y C-505 de 8 de agosto de 2022, C-082 del 19 de abril de 2023, C-125 del 11 de mayo de 2023. De otra parte, sobre el proceso de selección de subasta inversa se ha pronunciado en los conceptos 4201913000004928 del 20 de agosto de 2019, 4201912000004846 del 3 de septiembre de 2019, en el C-008 del 14 de mayo de 2020 y en el C-024 del 24 de febrero de 2021, C-123 de 5 de abril de 2021 y C-568 del 11 de octubre de 2021[2]. Las tesis planteadas en dichos conceptos se reiteran y se complementan en lo pertinente a continuación.

2.1. Alcance de la regla de la subsanabilidad de las ofertas

Esta Subdirección se ha pronunciado en diversas oportunidades, como se señaló anteriormente, acerca del alcance de la regla de la subsanabilidad, contenida actualmente en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Al respecto, la postura que se reitera en el presente concepto es la siguiente: por regla general: i) la falta de entrega o ii) los defectos, de los requisitos habilitantes, son subsanables. La excepción se encuentra en los casos, previstos en la ley, que limitan la subsanabilidad, es decir, en la prohibición de permitir la entrega de la garantía de seriedad de la oferta que no fue aportada con la propuesta y de valer la acreditación de circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

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 nuevo paradigma que supuso la Constitución de 1991, particularmente, en la forma como se relaciona lo formal y lo sustancial en las actuaciones judiciales y administrativas.

[2] Estos conceptos pueden ser consultados en la relatoría de la Agencia en el siguiente enlace: https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos#

Este cambio ideológico quedó consignado en el artículo 228, que introdujo un *principio de supremacía o prevalencia del derecho sustancial sobre lo procedimental*. En este nuevo escenario constitucional, el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 dispuso lo siguiente:

> "15. Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales.
>
> La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos".

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, específicamente con el artículo 30.7[3], que ordena a la entidad señalar un plazo razonable para evaluar las propuestas y para pedir a los proponentes, de ser necesario, que aclaren o expliquen aspectos que ofrezcan dudas y resulten indispensables para llevar a cabo la evaluación; y con el artículo 30.8[4], que consagró el término de 5 días hábiles para que los oferentes presenten

[3] 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".

[4] 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".

observaciones al informe de evaluación de las propuestas, sin que sea posible completar, adicionar, modificar o mejorar su oferta.

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

En un *tercer momento*, siguiendo la línea trazada por la Ley 80 de 1993, el legislador expidió la Ley 1150 de 2007, que, en el parágrafo 1° 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 la Ley 1150 de 2007 la Administración contó con un criterio más claro y determinado para saber si la ausencia de documentos o requisitos de la oferta conlleva a su rechazo o al requerimiento del proponente para que lo subsane, pues bastará con un simple ejercicio de verificación que consiste en corroborar si lo omitido hace parte de los aspectos que otorgan puntaje o no. Si la Administración encuentra que lo omitido por el proponente es un aspecto que otorga puntaje, no es posible subsanarlo; pero, si lo omitido no otorga puntaje, la Administración debe requerir al proponente para que lo subsane.

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, además de consagrar un criterio más claro, y, de paso, reducir la discrecionalidad de la Administración, fijó un ámbito temporal para que las entidades requirieran la subsanación de las ofertas: "en cualquier momento, hasta la adjudicación". El Consejo de Estado, con particular sindéresis, concluyó que a partir del parágrafo 1° 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"[5].

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.

Finalmente, en un *cuarto momento*, el legislador expidió la Ley 1882 de 2018, con la finalidad de introducir cambios y ajustes para fortalecer la contratación pública. El artículo 5 modificó el parágrafo 1° y adicionó algunos otros, entre ellos el 4° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007:

> "Artículo 5°. De la selección objetiva.
> [...]
> Parágrafo 1°. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de

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

> selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado. Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso".

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

El primero es el ámbito temporal para ejercer la facultad de subsanar la oferta, pues la Ley 1882 de 2018 fijó una regla general y una excepción. La regla general es que el límite para que la entidad solicite y para que el proponente corrija lo que haga falta es hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección. La excepción es que el límite anterior no aplica para los procesos de mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta[6], este último al cual hace referencia en su consulta, y en el que los documentos o requisitos subsanables pueden y deben solicitarse por parte de las entidades estatales, como límite, hasta el momento previo a la celebración de la audiencia, en los términos que se explicarán en el numeral 2.2. En cuanto al proceso de mínima cuantía, el Decreto 1860 de 2021 que modifica el Decreto 1082 de 2015, en su artículo 2.2.1.2.1.5.2., numeral 5° dispone que sin perjuicio de la oportunidad que deben otorgar las entidades para subsanar las ofertas, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, para lo cual se establecerá un término preclusivo para recibir los documentos subsanables. En el evento que no se regule este término los proponentes podrán subsanar sus ofertas hasta antes que finalice el traslado del informe de evaluación[7].

---

[6] 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".

[7] "2.2.1.2.1.5.25. Procedimiento para la contratación de mínima cuantía. Las siguientes reglas son aplicables a la contratación cuyo valor no excede del diez por ciento (10%) de la menor cuantía de la Entidad Estatal, independientemente de su objeto:
[…]

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

No obstante, de la lectura de este aparte podrían, en la práctica, darse dos interpretaciones que dan lugar a dos formas de proceder en los procesos de selección, en lo que a la subsanabilidad de las ofertas se refiere:

i) Que la posibilidad para subsanar de los oferentes es el término del traslado del informe de evaluación, ya que es en este documento donde la Administración consigna los requisitos o documentos omitidos que los oferentes deben subsanar, so pena de rechazo;

ii) Que el término del traslado del informe de evaluación es el *límite* para la subsanación de ofertas, pero no el único momento para hacerlo.

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

La segunda interpretación permitiría que la Administración requiera al oferente durante el proceso de evaluación de las propuestas, tan pronto advierta que hace falta un documento o requisito que se puede subsanar. En este caso, el proceso de subsanación se podría realizar con anterioridad a la publicación del informe de evaluación, de manera que, una vez se publique el informe ya se

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

encuentren subsanadas las propuestas, sin perjuicio del término límite que concedió la ley.

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

Así, 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 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. Lo anterior, se aclara, sin desconocer el límite que establece la norma para que los oferentes, sin perjuicio de que lo hagan antes, cuenten hasta el término de traslado del informe de evaluación con la posibilidad de presentar la información solicitada.

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

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ya había tenido la oportunidad de precisar estas expresiones, a propósito de un concepto en el que se refirió al artículo 10 del derogado Decreto 2474 de 2008, que había determinado que en ningún caso la entidad podía permitir que se acreditaran circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso. El Consejo de Estado precisó que

por cierre del proceso debe entenderse el vencimiento del plazo para la presentación de las ofertas y que lo subsanable son las circunstancias que ocurrieron con anterioridad a esa fecha[8].

De conformidad con el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, lo subsanable es la prueba de todas las circunstancias ocurridas antes del vencimiento del término para presentar las ofertas, ello es lo que implica la prohibición de acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al "cierre del proceso". Lo anterior evita, por ejemplo, que se presenten oferentes que no cumplían con los requisitos para participar al momento de presentar las ofertas, y pretendan cumplirlos durante el proceso de selección o, inclusive, que se puedan variar condiciones de la oferta una vez presentada.

Un mejor entendimiento del significado de la expresión "circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso" implica distinguir entre la prueba de un hecho y el hecho mismo. En el caso de la subsanabilidad de las ofertas, una cosa es el requisito habilitante o el elemento de la propuesta y otra su prueba. Lo que prohíbe la norma es que se subsanen requisitos que no estaban materialmente cumplidos al momento de presentación de la oferta, o en palabras de la ley, que se acrediten hechos que ocurrieron después del cierre del proceso[9].

---

[8] "Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la última norma en cita -Decreto 2474 de 2008, aparte subrayado-, establece un límite a la subsanabilidad, puesto que en cualquier caso debe referirse o recaer sobre circunstancias ocurridas antes del cierre del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar ofertas.

De esta manera, quien se presenta al proceso de selección debe cumplir para la fecha en que 'se cierra el proceso' con los requisitos que se requieren para presentar la oferta, de manera que es sobre ellos y no sobre otros que se cumplan con posterioridad, sobre los que recae la posibilidad de saneamiento. Así, por ejemplo, si se requiere una experiencia x, la misma se debe tener al presentar la oferta y la Administración puede requerir al oferente para que especifique aspectos relacionados con ella (complementar certificaciones, aclarar fechas, acreditación de la misma, etc.); pero no podría, por vía de las normas en cita, extender el tiempo para avalar experiencia que sólo se llega a cumplir después del cierre del proceso contractual. O si, igualmente a manera de ejemplo, fuera necesario ser persona jurídica pero el oferente no entrega el certificado de existencia y representación legal que lo acredita o éste es demasiado antiguo, la entidad contratante podría requerir al interesado para que haga entrega del mismo o lo actualice, pero no para que se constituya la sociedad con posterioridad al cierre del proceso, pues si ello no se había hecho, significa simplemente que el oferente no tenía la condición para participar" (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 6 de noviembre de 2008. Expediente: 1927. Consejero Ponente: William Zambrano Cetina).

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

Lo anterior quiere decir que no es la prueba lo que debe ser anterior al cierre del proceso, sino el hecho que esta acredita. En ese sentido, ante la solicitud de la Administración de subsanar un requisito, el documento podría estar fechado con posterioridad al vencimiento del término para recibir propuestas, con la condición de

Por ejemplo: i) si un oferente olvidó adjuntar con su propuesta el certificado que da cuenta de su inscripción en el RUP, el requisito será subsanable siempre que la prueba allegada demuestre que el hecho, esto es, la inscripción en el registro, ocurrió con anterioridad al cierre del proceso, estando esta en firme para dicho momento; ii) si un oferente presentó la propuesta sin allegar la autorización al representante legal, por parte de la junta directiva de la sociedad, el certificado, aunque sea posterior, debe dar cuenta de que el hecho que pretende acreditar –la autorización de la junta– ocurrió antes del vencimiento del término para ofertar[10]; iii) si un oferente no anexó el Certificado de Existencia y Representación Legal, el documento aportado con posterioridad debe dar cuenta de que la sociedad existía antes del cierre del proceso[11]; iv) si un oferente olvidó adjuntar un certificado que demuestra un título universitario, el documento, aunque tenga fecha posterior al cierre del proceso, debe acreditar que el título académico se obtuvo con anterioridad al cierre del proceso; v) si un oferente no allegó un certificado de experiencia, el documento que subsana –sin importar que tenga fecha posterior– debe demostrar que la experiencia que se pretende hacer valer se obtuvo antes de vencerse el término para presentar ofertas y; vi) si el oferente olvidó firmar la propuesta o presentar una copia de ella, puede subsanar sin que con ello se entienda que acreditó una circunstancia ocurrida con posterioridad al cierre del proceso.

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

---

que el hecho que acredite haya ocurrido antes, esto es, que no sea una circunstancia ocurrida con posterioridad al cierre del proceso. Un mejor entendimiento del significado de la expresión "circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso" implica distinguir entre la prueba de un hecho y el hecho mismo. En el caso de la subsanabilidad de las ofertas, una cosa es el requisito habilitante o el elemento de la propuesta que permite cumplir determinada exigencia del pliego de condiciones –o documento equivalente– y otra su prueba. Lo que prohíbe la norma es que se subsanen requisitos que no estaban materialmente cumplidos al momento del cierre del proceso". (Disponible en: https://www.colombiacompra.gov.co/content/circular-unica-externa).

[10] Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2011. C.P. Jaime Orlando Santofimio. Rad. 36.408.

[11] Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2014. C.P. Enrique Gil Botero. Rad. 25.804.

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"[12].

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

De acuerdo con lo expuesto en torno a la subsanabilidad de las ofertas y teniendo en cuenta las reglas dispuestas en la Ley 1882 de 2018, se establece que 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 argumento suficiente para su rechazo; y se mantiene el criterio aclaratorio de la Ley 1150 de 2007, según el cual todo lo que no afecte la asignación de puntaje puede subsanarse. Por ello, si los requisitos no otorgan puntaje y tienen el carácter de habilitantes para la participación en el proceso de contratación, se entiende que, en principio, pueden subsanarse. Además, se precisa que en el caso de la subasta y la mínima cuantía no debe perderse de vista que para este tipo de procedimientos también serán aplicables los criterios desarrollados en este concepto, para determinar si los documentos faltantes son susceptibles o no de subsanación, analizando si inciden o no en la asignación de puntaje y si se relacionan con el cumplimiento de un requisito que constituye una circunstancia ocurrida con anterioridad o con posterioridad al cierre del proceso.

[12] Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de mayo de 2010. Expediente: 1992. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo.

2.2. La regla de subsanabilidad en procedimientos en que se utilice el mecanismo de subasta

La subasta inversa es un mecanismo que se concibió con la finalidad de introducir una metodología alternativa para el proceso de negociación y perfeccionamiento del contrato estatal. Su regulación se encuentra en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, en donde se indica que la figura tiene como finalidad confrontar, de manera dinámica, las distintas ofertas que pueden presentarse para los procesos de licitación pública, para los procesos de selección abreviada que tienen por finalidad la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, y en los procesos de enajenación de bienes del Estado[13].

[13] Ley 1150 de 2007 "Artículo 2o. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

1. Licitación pública. La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo.

Cuando la entidad estatal así lo determine, la oferta en un proceso de la licitación pública podrá ser presentada total o parcialmente de manera dinámica mediante subasta inversa, en las condiciones que fije el reglamento.

2. Selección abreviada. La Selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.

El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

Serán causales de selección abreviada las siguientes:

a) 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;

[…]

e) La enajenación de bienes del Estado, con excepción de aquellos a que se refiere la Ley 226 de 1995.

En los procesos de enajenación de los bienes del Estado se podrán utilizar instrumentos de subasta y en general de todos aquellos mecanismos autorizados por el derecho privado, siempre y cuando en desarrollo del proceso de enajenación se garantice la transparencia, la eficiencia y la selección objetiva.

[…]

Las reglas y procedimientos que deberán atender la administración y los promotores y la publicidad del proceso deberán garantizar la libre concurrencia y oportunidad de quienes participen en el mismo.

Los bienes serán enajenados a través de venta directa en sobre cerrado o en pública subasta. La adjudicación para la venta directa deberá hacerse en audiencia pública, en donde se conozcan las ofertas iniciales y se efectúe un segundo ofrecimiento, frente al cual se adjudicará el bien a quien oferte el mejor precio. *En la subasta pública, de acuerdo con el reglamento definido para su realización, el bien será adjudicado al mejor postor*.

La venta implica la publicación previa de los bienes en un diario de amplia circulación nacional, con la determinación del precio base. El interesado en adquirir bienes deberá consignar al menos el 20% del valor base de venta para participar en la oferta […]". (Cursivas fuera del original).

En este contexto, la doctrina ha señalado que "se entiende por subasta inversa para la presentación de la oferta, la puja dinámica, mediante la cual los oferentes, durante un tiempo determinado, ajustan su oferta respecto de aquellas variables susceptibles de ser mejoradas, con el fin de lograr el ofrecimiento que representa la mejor relación costo-beneficio para la entidad, de acuerdo con lo señalado en el pliego de condiciones"[14]. En igual sentido, la doctrina especializada destaca de este mecanismo que "al encontrarse definidas las características del bien, lo que se va a evaluar únicamente es el precio, porque se entiende que todos los bienes que se propongan tienen idéntica característica técnica al tratarse de bienes comunes, de ahí la falencia de la modalidad de subasta inversa que se tiene en Colombia, en tanto está limitada a la puja con base al precio"[15].

Ahora bien, como se indicó en el acápite anterior, la regla general respecto a la oportunidad para subsanar tiene como excepción, entre otras cosas, el término especial establecido en los procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta inversa, para lo cual el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, adicionó el parágrafo 4 al artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en donde se precisa esta regla en los siguientes términos:

> **"Parágrafo 4°.** En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, *deberán ser solicitados* hasta el momento previo a su realización (Cursiva fuera de texto)".

Tal como se expresó en los conceptos C-267 y C-283 del 5 de mayo de 2020, si se analiza la norma transcrita, no es difícil llegar a la conclusión relativa a que esta contiene una regla muy parecida respecto a la oportunidad para subsanar en los procesos de subasta, a la contenida en la parte final del inciso primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, antes de ser modificada por la Ley 1882 de 2018, siendo en esencia la misma, con la precisión adicional respecto de los documentos susceptibles de subsanación. Esta regla cosiste en la fijación del momento previo al inicio de la audiencia de subasta, como el tiempo límite para que se solicite la

[14] MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de Contratación de la Administración Pública. 3a ed. Bogotá D. C. Editorial Universidad externado de Colombia, 2013. p. 579.

[15] SOLANO SIERRA, Jairo E. Contratación Administrativa, Modalidades de selección del Contratista. 4a. ed. Bogotá D.C.: Editorial Doctrina y Ley Ltda., 2010. p. 283.

subsanación de los documentos faltantes hasta entonces no presentados por los proponentes o, en general, susceptibles de subsanarse.

De esta manera, a juicio de esta Subdirección, lo que supone dicha regulación no es que los proponentes tengan la facultad de presentar los documentos referentes a la futura contratación no necesarios para la comparación de las propuestas en cualquier momento anterior al inicio de la subasta, o que estén habilitados para retener tal documentación hasta dicho momento, ya lo que hace el parágrafo 4° *Ibídem* es fijar el momento hasta el cual las respectivas entidades pueden requerir a los proponentes la subsanación de los documentos faltantes. Lo anterior, fue aclarado por la Sección Tercera del Consejo de Estado en vigencia del texto original del parágrafo 1 de la Ley 1150 de 2007, respecto de la regla general de subsanabilidad, que fijaba la adjudicación como momento límite para subsanar, mediante consideraciones que se extienden a la regla de subasta, en los siguientes términos:

> "[S]i bien es obligación de la entidad permitir que se aclaren, expliquen o subsanen los defectos de las ofertas susceptibles de esa oportunidad, y por ende es un derecho de los participantes que se lo soliciten, se trata de una oportunidad temporalmente limitada, cuyo término define la administración, y es preclusivo para subsanar o aclarar; y si el proponente no corrige o explica dentro del estricto plazo conferido […]
>
> De la anterior manera se ponderan adecuadamente el *derecho* del proponente a subsanar, corregir y aclarar; con el *derecho-deber* que tiene la administración de avanzar y concluir el procedimiento de selección –principios de eficiencia, economía y celeridad de la actuación administrativa-, que no se puede estancar ni quedar en vilo de las respuestas extemporáneas que entregue el oferente.
>
> En consecuencia, el proponente debe acogerse al tiempo que le otorga la administración para subsanar o aclarar la oferta, lapso que la entidad no puede extender más allá de la adjudicación. No se trata, entonces, de que el oferente tenga la posibilidad de entregar la información solicitada *a más tardar hasta la adjudicación*; es la entidad quien tiene, *a más tardar hasta la adjudicación,* la posibilidad de *pedir* a los oferentes que aclaren o subsanen. De esta manera, el oferente requerido no puede controlar y menos manipular el proceso de selección reteniendo maliciosamente la información solicitada –por ejemplo, la póliza, la acreditación de experiencia adicional, la autorización para contratar, etc.- hasta cuando decida caprichosamente entregarla –sin exceder el día de la adjudicación-. Por el contrario, la entidad es quien pone el

> término para aportar la aclaración o para subsanar, perdiendo definitivamente el oferente la oportunidad de hacerlo si no se ajusta al plazo preciso que se le concede […]
>
> En todo caso, el término para hacer las correcciones debe ser razonable, para que el proponente adecúe o explique su propuesta, pues aunque la entidad cuenta con un margen alto de discrecionalidad para fijarlo, la administración no puede hacerlo irrazonablemente"[16].

En ese orden de ideas, extendiendo las anteriores consideraciones a la regla de subsanabilidad consagrada en el parágrafo 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 –adicionado por la Ley 1882 de 2018–, dada su identidad con la regulación del parágrafo 1 del artículo 5 de la ley 1150 de 2007 original –antes de ser modificada por la Ley 1882 de 2018– el inicio de la subasta es el momento hasta el cual la entidad cuenta con la facultad para requerir la subsanación de los documentos referentes a la futura contratación o a los proponentes, no necesarios para la comparación de las propuestas. Para el ejercicio de tal facultad, las entidades de manera *ex ante* podrán establecer dentro del pliego de condiciones el periodo dentro del cual los participantes del proceso de selección podrán subsanar los documentos que requiera la entidad, o en su defecto, requerir por separado a cada proponente para que subsanen los respectivos documentos, fijándoles un término razonable, el cual en todo caso no podrá exceder el momento previo al inicio de la audiencia de subasta. Así mismo, dentro del pliego de condiciones podrán definir las veces en las cuales le será posible a los proponentes subsanar los documentos. En sentido, atendiendo a la consulta planteada, la posibilidad de subsanar varias veces un determinado aspecto de la propuesta dependerá de lo establecido en el pliego de condiciones, pues la normativa no restringe el número de veces que un proponente podrá subsanar un determinado aspecto.

De esta manera, el parágrafo analizado permite a las entidades *solicitar* a los oferentes que subsanen los documentos referentes a la futura contratación no necesarios para la comparación de las propuestas, hasta el momento previo a la realización a la subasta a la que hace referencia el artículo 2.2.1.2.1.2.2 del Decreto 1082 de 2015, momento que, además, deberá estar señalado en el pliego de condiciones, independientemente de que la entidad opte para desarrollar la

[16] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 12 de noviembre de 2014. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 27.986.

audiencia de manera presencial o través del algún mecanismo electrónico. En defecto de lo anterior, las entidades también podrán requerir por separado o conjuntamente a cada proponente para que subsanen los respectivos documentos, fijándoles un término razonable, el cual en todo caso no podrá exceder el momento previo al inicio de la audiencia de subasta, por lo que será anterior a ella.

Ahora, no debe perderse de vista que para este tipo de procedimientos también serán aplicables los criterios desarrollados en el numeral anterior de este concepto, para determinar si los documentos faltantes son susceptibles o no de subsanación, en el entendido de si inciden o no en la asignación de puntaje y si se relacionan con el cumplimiento de un requisito que constituye una circunstancia ocurrida con anterioridad o con posterioridad al cierre del proceso.

Conforme a lo anterior, en criterio de esta Subdirección, a pesar de que no existe un término legal preciso para que los proponentes subsanen los documentos mediante los cuales deben acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos para participar en procedimientos en que se haga uso del mecanismo de subasta, el parágrafo 4° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 establece una regla que permite a las entidades *solicitar* las correspondientes subsanaciones, dotándolas de cierto margen de discrecionalidad para determinar el término o momento específico dentro del que deberá tener lugar la subsanación, oportunidad que deberá establecer la entidad sin que exceda al momento previo al inicio de la audiencia de subasta. Finalmente, se reitera que no debe perderse de vista que para este tipo de procedimientos también serán aplicables los criterios arriba desarrollados para determinar si los documentos faltantes son susceptibles de subsanación, dependiendo de si se trata de un requisito de la oferta que no afecte la asignación de puntaje, y si tiene que ver con el cumplimiento de un requisito que constituye una circunstancia ocurrida con anterioridad o con posterioridad al cierre del proceso. En tal sentido, de acuerdo con la regulación establecida en cada pliego de condiciones y las circunstancias de cada caso en particular, deberán aplicarse los criterios establecidos en la ley, explicados en este concepto, para definir la procedencia de subsanar algún requisito de las propuestas y las veces en que puede ejercerse esta posibilidad.

3. Respuesta

> *a) ¿En los procesos de subasta inversa es procedente indicar en los pliegos de condiciones que solamente se puede subsanar hasta antes de la apertura del sobre económico?*
>
> *b) si se abre los sobres económicos de los oferentes habilitados y en el pliego se indica que se puede subsanar hasta antes de la subasta electrónica ¿Qué se puede hacer para habilitar en la plataforma del Secop II aquellos oferentes que subsanaron los requisitos habilitantes después de la apertura de los sobres económicos y previo del inicio de la subasta electrónica?"*

La posibilidad de subsanar las ofertas busca garantizar una prevalencia de lo sustancial sobre lo formal. ii) Resulta propicia para garantizar una mayor concurrencia real en los procedimientos de selección. iii) En armonía con lo anterior, esta actuación establecida por el legislador permite una mayor posibilidad de que las entidades estatales se beneficien de seleccionar entre un abanico más amplio la oferta que le resulte materialmente más favorable a sus intereses, por lo que favorece y robustece el principio de selección objetiva

En este orden de ideas y como se hizo mención con anterioridad la regla de subsanabilidad consagrada en el parágrafo 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 –adicionado por la Ley 1882 de 2018–, dada su identidad con la regulación del parágrafo 1 del artículo 5 de la ley 1150 de 2007 original –antes de ser modificada por la Ley 1882 de 2018– el inicio de la subasta es el momento hasta el cual la entidad cuenta con la facultad para requerir la subsanación de los documentos referentes a la futura contratación o a los proponentes, no necesarios para la comparación de las propuestas.

Asi las cosas, para el ejercicio de tal facultad, las entidades de manera *ex ante* podrán establecer dentro del pliego de condiciones el periodo dentro del cual los participantes del proceso de selección podrán subsanar los documentos que requiera la entidad, o en su defecto, requerir por separado a cada proponente para que subsanen los respectivos documentos, fijándoles un término razonable, el cual en todo caso no podrá exceder el momento previo al inicio de la audiencia de subasta. Así mismo, dentro del pliego de condiciones podrán definir las veces en las cuales le será posible a los proponentes subsanar los documentos. En sentido,

atendiendo a la consulta planteada, la posibilidad de subsanar un determinado aspecto de la propuesta dependerá de lo establecido en el pliego de condiciones.

Finalmente, es de precisar que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, con el fin de apoyar el proceso de capacitación de los diferentes partícipes del Sistema de Compra y Contratación Pública, ha elaborado diferentes materiales de formación que responden a la necesidad de difundir las prácticas del uso técnico del SECOP II. En ese orden, emitió la "Guía para presentar ofertas en el SECOP II"[17], en la que se expone el procedimiento técnico que deben tener en cuenta los proveedores para configurar la información presentada como oferta a través de esta plataforma.

En ese orden, los oferentes al momento de crear y presentar sus ofertas en un proceso de contratación en el SECOP II, deberán tener en cuenta que este comprende desde la edición del formulario electrónico de la oferta, hasta la aceptación de los términos y condiciones. De igual forma, esta plataforma controla que la presentación de las ofertas se realice hasta la fecha límite establecida para ello por la Entidad Estatal. Por ende, el SECOP II le permitirá al proveedor realizar los ajustes que requiera de su oferta, así como el enviar una nueva versión o retirarla definitivamente, siempre y cuando realice el proceso de edición, "retiro de la oferta anterior y confirmación de la nueva versión o retiro definitivo", antes del vencimiento del plazo para la presentación de la misma. Estos cambios no serán visualizados por la entidad, pues únicamente tendrá acceso a la información allí contenida, una vez realice la apertura de las ofertas.

Así pues, resulta relevante señalar que la presentación de las ofertas en SECOP II deben atender en principio, a lo indicado por la Entidad Estatal en el pliego de condiciones, a las Guías que emite Colombia Compra Eficiente y, a los "Términos y Condiciones" para el uso del SECOP II.

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

[17] Para consultar la Guía para presentar ofertas en SECOP II, de clic en el siguiente enlace: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_step/cce-sec-gi-04provpcpresentaroferta07-09-2020.pdf

Atentamente,

Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

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

Elaboró:	Christian Camilo Orjuela Galeano Contratista Subdirección de Gestión Contractual
Revisó:	Alejandro Sarmiento Gestor T1 Grado 15
Aprobó:	Nohelia del Carmen Zawady Palacio Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE