EVENTO DE EMPATE – Factores de desempate – Oportunidad – Verificación

La verificación de los criterios de desempate, la deberán realizar las entidades una vez se encuentre consolidado el evento de empate, y habiéndose surtido el trámite de verificación de requisitos habilitantes y factores de calificación óptimos, aplicando las reglas establecidas en los pliegos de condiciones; ya que el empate consiste en un evento en el cual dos o más oferentes alcanzan la misma cantidad de puntuación u ofrecen el mismo precio en la oferta económica; al ponderarse los criterios de calificación que, en principio, aplican al procedimiento contractual. En consecuencia, deben aplicarse los factores permitidos por las disposiciones normativas que regulan esta materia, entre los que se encuentra el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Los criterios de desempate deben estar previamente establecidos y constituyen un límite a la discrecionalidad administrativa en los procedimientos de selección.

En ese mismo sentido dispone el inciso primero del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020: "FACTORES DE DESEMPATE. En caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas en los Procesos de Contratación realizados con cargo a recursos públicos, los Procesos de Contratación realizados por las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, así como los celebrados por los Procesos de Contratación de los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales, el contratante deberá utilizar las siguientes reglas de forma sucesiva y excluyente para seleccionar al oferente favorecido, respetando en todo caso los compromisos internacionales vigentes".

FACTORES DE DESEMPATE - Artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 – Insubsanable

Dado que los factores de desempate influyen en la ponderación de las ofertas presentadas, la acreditación de las causales previstas en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 es insubsanable. Esto considerando que no son criterios puramente formales de las propuestas ni requisitos para la verificación de las condiciones habilitantes en el proceso de selección en los que aplique la regla del parágrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Por tanto, dado que no existe oportunidad posterior, la documentación relacionada con los factores de desempate debe entregarse con la oferta de forma completa e integra, antes del cierre del proceso de selección.

SUBSANABILIDAD – Artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 – Regla

mecanismo previsto en los procedimientos regulados por el Estatuto de Contratación Estatal de Colombia. Esta regla, prevista en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, permite que los proponentes puedan enmendar, corregir o modificar los errores en los documentos de la oferta respecto a los requisitos habilitantes. Además, la posibilidad de subsanar estos documentos tiene como propósito:

[…] materializar un principio general de primacía de lo sustancial sobre lo formal, adoptando medidas de saneamiento del proceso de selección tendientes a que los meros defectos formales, que no afecten sustancialmente la oferta, referidos a la documentación o instrumentalización de la misma, priven a la administración de considerar una oferta por causa de tales falencias[1].

A raíz de lo anterior, no podrán rechazarse las propuestas por ausencia de requisitos o falta de documentos que verifiquen las condiciones habilitantes del proponente, y que, a su vez, estos no se constituyan como factores de comparación entre propuestas. Ahora bien, la posibilidad de subsanar los documentos contentivos de la oferta es un tema que ha tenido diferentes momentos o etapas en el ordenamiento jurídico colombiano.

[1] Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de mayo de 2010. No. de Radicado: 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992). C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

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

Señora
Giomar Liliana Gutiérrez Sánchez
ggutierrez@ani.gov.co
Bogotá D.C.

Colombia Compra Eficiente
Rad No. RS20241128015903
Anexos: No Con copia: No
Fecha: 28/11/2024 19:42:50
Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente

Concepto C–734 de 2024

Temas: EVENTO DE EMPATE – Factores de desempate – Oportunidad – Verificación / FACTORES DE DESEMPATE - Artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 – Insubsanable / SUBSANABILIDAD – Artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 – Regla

Radicación: Respuesta a la consulta con radicado No. P20241015010449

Estimada señora Giomar:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde la solicitud de consulta realizada el 15 de octubre de 2024, en el cual plantea las siguientes inquietudes:

> "1. ¿Cuál es la línea actual de la Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente sobre la subsanabilidad de los criterios de desempate en los procesos competitivos?
>
> 2. ¿Es posible que la verificación de los criterios de desempate y su eventual solicitud de subsanación se dé únicamente luego de establecer la existencia de un empate y en caso de que no exista empate simplemente no se haga la revisión de dichos criterios.?".

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad solo tiene competencia para responder consultas 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 Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes del sistema de compra pública. 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.

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias particulares y concretas mencionadas en la solicitud, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con el problema jurídico de su consulta.

1. Problema planteado:

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá el siguiente problema jurídico: i. ¿Se pueden subsanar los factores de desempate? ii. ¿La verificación y subsanabilidad de criterios de desempate solo es procedente realizarla cuando efectivamente se esté ante el evento de empate?

2. Respuesta:

i. Dado que los factores de desempate influyen en la comparación de las ofertas presentadas para desempatarlas, la acreditación de las causales previstas en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 es insubsanable. Esto considerando que no son criterios puramente formales de las propuestas ni requisitos para la verificación de las condiciones habilitantes en el proceso de selección en los que aplique la regla del parágrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Por tanto, dado que no existe oportunidad posterior, la documentación relacionada con los factores de desempate debe entregarse con la oferta de forma completa e integra, antes del cierre del proceso de selección.

ii. La verificación de los criterios de desempate, la deberán realizar las entidades una vez se encuentre consolidado el evento de empate, y habiéndose surtido el trámite de verificación de requisitos habilitantes y factores de calificación óptimos, aplicando las reglas establecidas en los pliegos de condiciones; ya que el empate consiste en un evento en el cual dos o más oferentes alcanzan la misma cantidad de puntuación u ofrecen el mismo precio en la oferta económica; al ponderarse los criterios de calificación que, en principio, aplican al procedimiento contractual. En consecuencia, deben aplicarse los factores permitidos por las disposiciones normativas que regulan esta materia, entre los que se encuentra el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Los criterios de desempate deben estar previamente establecidos y constituyen un límite a la discrecionalidad administrativa en los procedimientos de selección.

En ese mismo sentido dispone el inciso primero del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020: "FACTORES DE DESEMPATE. En caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas en los Procesos de Contratación realizados con cargo a recursos públicos, los Procesos de Contratación realizados por las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación, así como los celebrados por los Procesos de Contratación de los patrimonios autónomos constituidos por Entidades Estatales, el contratante deberá utilizar las siguientes reglas de forma sucesiva y excluyente para seleccionar al oferente favorecido, respetando en todo caso los compromisos internacionales vigentes".

3. Razones de la respuesta:

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

- La subsanabilidad es un mecanismo previsto en los procedimientos regulados por el Estatuto de Contratación Estatal de Colombia. Esta regla, prevista en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, permite que los proponentes puedan enmendar, corregir o modificar los errores en los documentos de la oferta respecto a los requisitos habilitantes. Además, la posibilidad de subsanar estos documentos tiene como propósito:

  […] materializar un principio general de primacía de lo sustancial sobre lo formal, adoptando medidas de saneamiento del proceso de selección tendientes a que los meros defectos formales, que no afecten

sustancialmente la oferta, referidos a la documentación o instrumentalización de la misma, priven a la administración de considerar una oferta por causa de tales falencias[2].

A raíz de lo anterior, no podrán rechazarse las propuestas por ausencia de requisitos o falta de documentos que verifiquen las condiciones habilitantes del proponente, y que, a su vez, estos no se constituyan como factores de comparación entre propuestas. Ahora bien, la posibilidad de subsanar los documentos contentivos de la oferta es un tema que ha tenido diferentes momentos o etapas en el ordenamiento jurídico colombiano.

- En un *primer momento*, antes de la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991, el régimen jurídico de la subsanabilidad de las ofertas estaba compuesto por el Decreto Ley 150 de 1976 y el Decreto Ley 222 de 1983. Bajo el imperio de estas normas, la posibilidad de subsanar errores era prácticamente inexistente, debido al excesivo formalismo procedimental que irradiaba la actuación administrativa. En este contexto, por ejemplo, no era extraordinario que una oferta fuera rechazada por no aportar una copia de esta.

- En un *segundo momento* se expidió la Ley 80 de 1993, bajo el nuevo paradigma que supuso la Constitución de 1991, particularmente en la forma como se relaciona lo formal y lo sustancial en las actuaciones judiciales y administrativas. Este cambio 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 artículo 25.15 de la Ley 80 de 1993 dispuso lo siguiente:

> 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

[2] Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de mayo de 2010. No. de Radicado: 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992). C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

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, 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[3]; y con el artículo 30.8, que consagró el término de 5 días hábiles para que los oferentes presenten observaciones al informe de evaluación de las propuestas, sin que sea posible completar, adicionar, modificar o mejorar su oferta[4].

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

[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".

- 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 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 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 la subsanación de las ofertas: "en cualquier momento, hasta la adjudicación". El Consejo de Estado 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[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 estas, 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 y adicionó algunos otros, entre ellos el 4° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007:

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

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

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 y, iii) introduce modificaciones en relación con tres (3) aspectos que se analizarán a continuación:

- El primero es el ámbito temporal para ejercer la facultad de subsanar la oferta, pues la Ley 1882 de 2018 fijó una regla general y una excepción. La regla general es que el límite para que la entidad solicite y para que el proponente corrija lo que haga falta es hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección. La excepción es que el anterior límite no aplica para los procesos de mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta: en este último los documentos o requisitos subsanables deben solicitarse, como límite final, hasta el momento previo a su realización[6].

- Frente a la regla general, como se explica en el Concepto CU-060 del 24 de febrero de 2020, 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.

- De otro lado, el segundo cambio importante de la Ley 1882 de 2018 es el correspondiente a la garantía de seriedad. El parágrafo 3 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018

[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".

dispone que la falta de entrega de la garantía de seriedad es insubsanable. Al respecto, la norma prescribe lo siguiente: "PARÁGRAFO 3o. La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma".

- Finalmente, el último 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". Esta regla tiene una finalidad particular, y es que, al momento de presentar la oferta, el proponente la deberá hacerlo de forma íntegra y así evitar que a lo largo del procedimiento contractual complete o adicione su propuesta, conforme mejora su situación particular. En términos del Consejo de Estado:

> […] no es posible que el oferente vaya mejorando, completando, adicionando, modificando o estructurando su propuesta a lo largo del proceso contractual según vaya evolucionando su situación particular en el mismo, pues como se establece en el numeral 6º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, "las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones", es decir, todos los elementos del negocio jurídico exigidos en los pliegos de condiciones. Dicho de otra forma, el oferente tiene la carga de presentar su oferta en forma íntegra, esto es, respondiendo todos los puntos del pliego de condiciones y adjuntando todos los documentos de soporte o prueba de las condiciones habilitantes y de los elementos de su oferta, de manera que la entidad licitante pueda, con economía de medios, evaluarla lo más eficientemente posible, y sólo si hace falta algún requisito o un documento, la administración puede requerirlo del oferente.[7]

- Bajo la premisa de que el proponente deberá presentar su oferta de manera completa, es que se debe interpretar la expresión "circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso". Como se explicó en el Concepto CU-060 del 24 de febrero de 2020, esto lleva a la necesidad de

[7] Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de mayo de 2010. No. de Radicado: 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992). C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

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, en tanto esto implicaría que el proponente pueda hacer mejoras o adicione circunstancias que no corresponden a la oferta inicialmente presentada[8].

- Analizada la regla del parágrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, los criterios de desempate afectan la comparación de ofertas por lo que los documentos que los acreditan son insubsanables. Estos factores definen la adjudicación del contrato cuando, después de aplicar los criterios de evaluación del pliego de condiciones, dos o más proponentes obtienen resultados similares. De hecho, el primer inciso del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 dispone que los factores de desempate aplican cuando el puntaje total de dos o más ofertas es el mismo. Por tanto, el oferente que resulta adjudicatario es aquel que acredita alguno de esos criterios de desempate, por lo que afectan la comparación de ofertas y deciden el resultado del proceso de selección.

- Es necesario tener en cuenta que los factores desempate complementan los criterios de evaluación, es decir, si después de aplicar estos últimos, varias propuestas terminan empatadas, aplica el artículo 35 de la Ley de Emprendimiento. En esta medida, los documentos que acreditan cada causal no podrían definirse como "condiciones habilitantes", ya que –en los términos del artículo 5.1 de la Ley 1150 de 2007– ninguno de ellos está relacionado con la prueba de la capacidad jurídica o la certificación de las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes.

- De considerase "condiciones habilitantes", se llegaría a la idea de que –so pena de rechazo– la participación en el procedimiento contractual está sujeta a la prueba de por lo menos una de las causales del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Esta conclusión no tendría sentido, ya que es posible la acreditación de los requisitos previstos en el artículo 5.1 de la Ley 1150

[8] Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de mayo de 2010. No. de Radicado: 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992). C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

de 2007, sin que la ausencia de prueba del criterio de desempate condicione la aplicación de los factores de evaluación previstos en el pliego de condiciones. Naturalmente, en caso de empate, la consecuencia es que la adjudicación se resuelve con los participantes que acreditaron alguno de los factores, excluyendo a quienes no lo hicieron.

- De esta manera, los factores de desempate afectan la "comparación de ofertas" en los términos del parágrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Además, algunos de los factores de evaluación también son criterios de desempate: este es el caso de los previstos en el artículo 2 de la Ley 816 de 2003 y en el artículo 2.2.1.2.4.2.6 del Decreto 1082 de 2015 para los proponentes que oferten bienes y servicios nacionales o vinculen personas en situación de discapacidad, respectivamente[9]. Por tanto, si no es posible subsanar los factores de evaluación previstos en las normas citadas, mucho menos es posible subsanarlos tratándose de los factores de desempate. Esta conclusión se extiende al resto de las causales de esta norma, ya que definen la adjudicación del contrato en caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas en los procesos de contratación.

- Ahora bien, es menester precisar que esta Agencia ha sostenido de manera reiterada y pacífica en diversos pronunciamientos, los cuales se hacen referencia en el numeral quinto del presente concepto que dado que los factores de desempate influyen en la comparación de las ofertas presentadas para desempatarlas, la acreditación de las causales previstas en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 es insubsanable. Esto considerando que no son criterios puramente formales de las propuestas ni requisitos para la verificación de las condiciones habilitantes en el proceso de selección en los que aplique la regla del parágrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Por tanto, dado que no existe

[9] El primer inciso del artículo 2º de la Ley 816 de 2003 dispone lo siguiente: «Las entidades de que trata el artículo 1° asignarán, dentro de los criterios de calificación de las propuestas, un puntaje comprendido entre el diez (10) y el veinte por ciento (20%), para estimular la industria colombiana cuando los proponentes oferten bienes o servicios nacionales». Por su parte, el artículo 2.2.1.2.4.2.6 del Decreto 1082 de 2015 prescribe que «En los procesos de licitaciones públicas y concursos de méritos, para incentivar el sistema de preferencias a favor de las personas con discapacidad, las entidades estatales deberán otorgar el uno por ciento (1%) del total de los puntos establecidos en el pliego de condiciones, a los proponentes que acrediten la vinculación de trabajadores con discapacidad en su planta de personal […]».

oportunidad posterior, la documentación relacionada con los factores de desempate debe entregarse con la oferta de forma completa e integra, antes del cierre del proceso de selección. En ese sentido la ANCP-CCE se aparta de la sentencia emitida dentro del Radicado N° 70.597 de fecha dos (2) de agosto de dos mil veinticuatro (2024) por el CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN, teniendo en cuenta los postulados enunciados en la presente respuesta; y considerando que es apenas razonable y se ajusta a derecho lo manifestado por el Magistrado MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ, en el salvamento de voto dentro de la misma sentencia:

> "Por lo tanto, la postura de la Sala desconoce que permitir subsanar criterios de desempate, en realidad, permite mejorar la oferta presentada. Es evidente que los criterios de desempate reflejan cualidades adicionales que justifican la preferencia de una oferta sobre otra que tenga el mismo puntaje"[10].

- Si bien el evento de desempate hace parte de una etapa dentro del proceso de selección, no necesariamente todos los procesos llegan a tal evento, ya que dentro del normal desarrollo del proceso de presentación de ofertas, evaluación y traslado de informe de evaluación de las mismas, se espera la adjudicación del proceso, sin agotar esta etapa; no obstante, y ante la eventual circunstancia de configurar el evento de empate, no con esto se habilita la posibilidad de aperturar una etapa adicional de subsanabilidad de las ofertas dentro del traslado del informe de evaluación, si bien los factores de desempate no son materia de asignación de puntaje prima facie dentro del proceso, si son factores determinantes para la comparación de ofertas cuando se presenta el evento de empate, y no resulta adecuado, ni se encuentra reglada la posibilidad de apertura de subsanabilidad de ofertas en esta etapa, ya que como se explicó in-extenso anteriormente, las reglas de subsanabilidad están debidamente establecidas por el legislador y no se ajusta a derecho la posibilidad de que a través de una sentencia del Consejo de Estado y un pronunciamiento contrario a lo que ha venido reiterando esta Agencia

[10] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN sentencia de fecha dos (2) de agosto de dos mil veinticuatro (2024). Radicado N° 70.597

se aperturen nuevas etapas dentro de los procesos de selección inexistentes legalmente establecidas.

- Ahora bien, vale la pena precisar que la sentencia aludida por la entidad solicitante no hace parte de una decisión de unificación, ni existe doctrina probable razón por lo cual la ANCP-CCE reitera la línea respecto al asunto objeto de estudio.

4. Referencias normativas y jurisprudenciales:

- Artículo 25.15, 30.7.8 Ley 80 De 1993
- Artículo 5 De La Ley 1150 De 2007
- Artículo 5 Ley 1882 De 2018
- Artículo 35 De La Ley 2069 De 2020

- Consejo De Estado. Sala De Consulta Y Servicio Civil. Concepto Del 20 De Mayo De 2010. No. De Radicado: 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992). C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.
- Consejo De Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia Del 26 De Febrero De 2014. Expediente: 25.804. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera – Subsección Sentencia De Fecha Dos (2) De Agosto De Dos Mil Veinticuatro (2024). Radicado N° 70.597

5. Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:

La Agencia Nacional de Contratación Pública — Colombia Compra Eficiente ha abordado el tema sobre los factores de desempate en los procedimientos de contratación estatal, en los conceptos C-285 del 4 de mayo de 2020, C-481 del 27 de julio de 2020, C-514 y C-535 del 26 de agosto de 2020 y C-556 del 31 de agosto de 2020. De igual manera, estudió los factores de desempate del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 en los conceptos: C-136 del 07 de abril de 2021, C-

138 del 07 de abril de 2021, C-139 del 07 de abril de 2021, C-141 del 08 de abril de 2021, C-162 de 13 de abril de 2021, C-165 del 13 de abril de 2021, C-164 del 19 de abril de 2021, C−167 del 21 de abril de 2021, C-166 del 23 de abril de 2021, C-191 del 26 de abril de 2021, C-187 del 28 de abril de 2021, C-192 del 29 de abril de 2021, C-206 del 03 de mayo de 2021, C−198 del 5 de mayo de 2021, C-203 del 6 de mayo de 2021, C-180 del 10 de mayo de 2021, C-210 del 10 de mayo de 2021, C-221 del 18 de mayo de 2021, C-239 del 25 de mayo de 2021 , C-320 del 1 de julio de 2021, C-338 del 12 de julio de 2021, C-444 del 23 de julio de, 2021, C-437 del 24 de agosto de 2021, C-518 del 20 de septiembre de 2021, C-438 del 28 de septiembre de 2021, C-576 del 13 de octubre de 2021, C-582 del 14 de octubre de 2021, C-586 del 14 de octubre de 2021, C-617 del 6 diciembre de 2021, C-584 del 13 de diciembre de 2021, C-689 del 5 de enero de 2022, C-741 del 1 de febrero de 2022, C-750 del 4 de febrero de 2022, C-322 del 20 de mayo de 2022, C-468 del 22 de julio de 2022, C-414 del 10 de octubre de 2023, C-070 del 28 de mayo de 2024 y C-103 del 12 de junio de 2024. Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de Relatoría de la Agencia, en el cual también podrás encontrar jurisprudencia del Consejo de Estado, laudos arbitrales y la normativa de la contratación concordada con la doctrina de la Subdirección de Gestión Contractual, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos

Le informamos que ya se encuentra disponible la actualización del Manual de Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación. Esta herramienta ofrece una orientación valiosa para que las entidades públicas determinen los acuerdos comerciales que deben incluir en sus procesos contractuales. Puede consultar la versión actualizada en el siguiente enlace: manual_para_el_manejo_de_acuerdos_comerciales_vf.pdf

De otra parte, te contamos que ya publicamos el borrador de la nueva Guía para Incentivar la Participación de Mujeres en el Sistema de Compras y Contratación Pública. Conoce el documento y realiza tus comentarios hasta el 2 de diciembre de 2024 a través de estos enlaces:

- Enlace página ANCP-CCE: https://www.colombiacompra.gov.co/content/convocatorias

- Enlace
  SUCOP: https://www.sucop.gov.co/entidades/colombiacompra/Normativa?IDNorma=19201

También le invitamos a consultar la versión VII de 2024 , del Boletín de Relatoría de la Subdirección de Gestión Contractual relacionado con las ASOCIACIONES PÚBLICO POPULARES , el cual se puede descargar en la página web de la Agencia: https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/boletin-digital

Por último, lo invitamos a seguirnos en las redes sociales en las cuales se difunde información institucional:

Twitter: @colombiacompra
Facebook: ColombiaCompraEficiente
LinkedIn: Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Instagram: @colombiacompraeficiente_cce

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

Atentamente,

original firmado
Carolina Quintero Gacharná

Carolina Quintero Gacharná
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró:	Jhonattan Gualdrón Salazar Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó	Ximena Ríos López Gestor código T1 grado 11 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó:	Carolina Quintero Gacharná Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE