

**LA SUBSANABILIDAD COMO ETAPA EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN Y LA
NECESIDAD DE REFORMA**

Edson Joao Mesa

Pontificia Universidad Javeriana
Facultad de Derecho
Maestría en Derecho Administrativo
Director: Edwin Albarracín Flórez

Bogotá D.C., Colombia
02 de Mayo de 2023

Contenido

I. Resumen.

II. La subsanabilidad como etapa en los procesos de selección.

1. Evolución normativa.
2. Jurisprudencia y doctrina.
3. Análisis normativo de la subsanabilidad como etapa.
4. Propuesta de modificación a la subsanabilidad como etapa.

III. Lista de referencias.

Resumen

Con el fin de presentar una propuesta de modificación a la figura de la subsanabilidad como etapa procesal, y, específicamente, al término con el que cuentan los oferentes para allegar observaciones respecto a las demás propuestas y subsanar los requisitos con base en dichas observaciones; en la primera parte del presente trabajo de investigación se expondrán, de manera general, los antecedentes normativos de la subsanabilidad, y, principalmente, las disposiciones contenidas en los Decretos 150 y 222 de 1976 y 1983, la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, la Ley 1712 de 2014, la Ley 1882 de 2018 y el Decreto 1082 de 2015.

Posteriormente, se realizará un análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado relacionada con el alcance de la figura de la subsanabilidad en el ordenamiento jurídico colombiano y su incidencia en la contextualización normativa planteada por el legislador.

Seguido a ello, se plasmarán las problemáticas que en la práctica se han presentado con respecto al término otorgado por el legislador para subsanar los requerimientos elevados por la Entidad Estatal y allegar observaciones; y, por último, se planteará una propuesta general, fundamentada en los antecedentes expuestos, dirigida a mejorar el alcance y el sentido de la subsanabilidad como etapa dentro de los procesos de selección.

La subsanabilidad como etapa en los procesos de selección

1. Evolución normativa.

Decreto 150 de 1976 y el Decreto 222 de 1983

Previo a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, el régimen normativo que regulaba la contratación pública, integrado por el Decreto 150 de 1976 y el Decreto 222 de 1983, no contemplaba disposición alguna que de manera precisa permitiera subsanar inconsistencias en las ofertas, de manera que era prácticamente inexistente ante el excesivo formalismo procedimental que irradiaba la actuación administrativa¹.

Como lo ha precisado el Consejo de Estado (2014), antes de 1993 *“era muy limitada la posibilidad que se concedía a los proponentes para “subsanar” los errores en que incurrían, para satisfacer las exigencias previstas en las leyes, decretos y sobre todo en el pliego de condiciones”*; por cuanto en dicha época prevaleció la cultura del formalismo procedimental, la cual dejó de lado la naturaleza esencial o sustancial de las ofertas.

En palabras del Alto Tribunal (2014):

Esta ideología jurídica condujo a que las entidades rechazaran las ofertas, indiscriminada e injustificadamente, que no cumplieran algunos requisitos establecidos en el pliego de condiciones y el resto del ordenamiento, bien porque se trataba de requisitos esenciales del negocio o bien de formalismos insustanciales, de esos que no agregaban valor a los ofrecimientos hechos. Por esto, se desestimaban propuestas aduciendo que ofrecían: especificaciones técnicas diferentes a las exigidas en el pliego, porque

¹ Colombia Compra Eficiente. (2022, Septiembre). *Concepto C- 814 de 2022*. [archivo PDF]. Recuperado de <https://www.beltranpardo.com/wp-content/uploads/2022/12/1669944832697-C-814.pdf>

condicionaban la oferta, no acreditaban la capacidad para contratar, etc., lo que era razonable; no obstante, también se rechazaban por no aportar el índice de los documentos entregados, o una o más copias junto con el original, o por no aportar los documentos en el “orden” exigido por la entidad, etc.

En ese sentido, antes de la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, las ofertas que eran presentadas por los proponentes en la práctica eran rechazadas no sólo por errores en las exigencias sustanciales del pliego de condiciones, sino también por aspectos que eran ajenos a la actividad comparativa de las propuestas.

Ley 80 de 1993

El desarrollo normativo de la regla de la subsanabilidad tiene su origen con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993. Para comenzar, el legislador dispuso en el artículo 23² de la citada ley, que las actuaciones de quienes intervienen en la contratación estatal se rigen por los principios de transparencia, economía y responsabilidad, así como por los postulados de la función administrativa, los principios generales del derecho y las reglas de interpretación.

A su vez, el artículo 25, que plasma lo correspondiente al principio de economía, estableció en su numeral 15³ que las autoridades no podían exigir formalidades o exigencias rituales, como sellos, documentos originales o reconocimiento de firmas, “*salvo cuando en*

² ARTÍCULO 23.- *De Los Principios de las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales.* Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

³ 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.*

forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales”; y, que, además, “*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”*, inciso que fue posteriormente derogado.

Tal como lo expresó Colombia Compra Eficiente en el Concepto C-285 de 2022, bajo el amparo de esta norma 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.

La dificultad entonces descansaba en definir si un requisito o documento faltante era o no necesario para el ejercicio comparativo de las propuestas.

El numeral 17⁴ del artículo 25, por su parte, indica que las entidades no están habilitadas para rechazar las solicitudes que les presenten aduciendo la inobservancia de “*las formalidades establecidas por la entidad para su tramitación*”.

⁴ 17. Las entidades no rechazarán las solicitudes que se les formulen por escrito aduciendo la inobservancia por parte del peticionario de las formalidades establecidas por la entidad para su tramitación y oficiosamente procederán a corregirlas y a subsanar los defectos que se adviertan en ellas.

Igualmente, estarán obligadas a radicar las actas o cuentas de cobro en la fecha en que sean presentadas por el contratista, procederán a corregirlas o ajustarlas oficiosamente si a ello hubiere lugar y, si esto no fuere posible, las devolverán a la mayor brevedad explicando por escrito los motivos en que se fundamente tal determinación.

De este mismo artículo 25 se deriva una manifestación del principio de primacía del derecho sustancial sobre las formas, derivado de los artículos 209⁵ y 228⁶ constitucionales, y que al tenor del numeral 2 indica, “*2o. Las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias*”; posibilidad que, en los procesos contractuales, se extiende hasta la evaluación o hasta el término de traslado del informe de evaluación, sin perjuicio de que el pliego de condiciones fije el plazo con el que cuenta el proponente para la aclaración, explicación o subsanación de su ofrecimiento.

De hecho, la regla de la subsanabilidad encuentra su origen en la Constitución Política de 1991, de la que se conjuga el principio de la prevalencia de las sustancias sobre las formas con principios como el de transparencia e integridad, de modo que la contratación pública no resultó ajena al cambio de paradigma que trajo el constituyente de 1991, el cual pretendió fortalecer los aspectos sustanciales de los procedimientos, sobre aquellas situaciones que implicaban simples formalidades⁷.

⁵ ARTICULO 209. *La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.*

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

⁶ ARTICULO 228. *La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.*

⁷ Ballesteros, M. (2016). Importancia del principio de la transparencia en la contratación administrativa. Tipo: Tesis de maestría. Universidad Santo Tomás. Facultad de derecho.

En ese sentido, cuando se señala que la Constitución Política es un vehículo legal dispuesto por el ordenamiento jurídico, como norma de normas, para regular la actividad y la función administrativa, de manera que los principios constitucionales sean transversales a los procedimientos de la administración, se hace más claro entender que el propósito del proceso de contratación, como el de la licitación pública, es seleccionar la mejor oferta, de manera que la ley tiene razón al prohibir el rechazo de ofertas por razones netamente formales, proceso dentro del cual propuestas estructuralmente correctas y viables terminan por rechazarse ante el desconocimiento del principio tantas veces mencionado.

Con base en dicho argumento, el artículo 30, que se encarga de regular la estructura de los procesos de selección, y, específicamente, las reglas de la licitación, estableció en sus numerales 6, 7 y 8⁸, la necesidad de que la oferta, entendida como “*el proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra*” (Decreto 410 de 1971), se encuentre sujeta a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones o términos de referencia, incluyendo el plazo razonable para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables; así como la imposibilidad de “*completar, adicionar, modificar o*

⁸ 6o. *Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones. Los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas siempre y cuando ellas nos signifiquen condicionamientos para la adjudicación.*

7o. *De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones, 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.*

8o. *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.*

*mejorar sus propuestas”*⁹, dentro del término dispuesto por la Entidad para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes.

Por otra parte, el artículo 28 de la Ley 80 de 1993 incluyó la regla de interpretación de las disposiciones contractuales, de acuerdo con la cual, las normas sobre contratos estatales relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas, tendrán “*en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos*”.

Ahora bien, frente a la regla de prohibición de rechazo de las ofertas por errores de forma, desde la experiencia se ha concluido que dicha disposición no fue correctamente interpretada y aplicada por parte de las entidades públicas, pues las mismas continuaron rechazando las propuestas ante cualquier error de forma, de manera que no resultaban claros cuáles eran los requisitos que podrían resultar subsanables dentro de la oferta, generando confusión en los oferentes y obstaculizando la presentación de observaciones al informe de evaluación¹⁰.

En ese orden de ideas, obstaculizar la tarea de subsanación o aclaración de las deficiencias o falencias en las ofertas que se presentaban dentro de los procesos de contratación regidos por la Ley 80 de 1993, afectaba de manera directa otros principios constitucionales y legales, como el de publicidad y selección objetiva; en los que, por un lado, se asegura que todo

⁹ Colombia Compra Eficiente. (2019, Junio). *Respuesta derecho de petición Radicado No. 2201913000003917*. [archivo PDF]. Recuperado de https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/respuestas_derechos_de_peticion/4201912000002698_0.pdf

¹⁰ Ballesteros, M. (2016). Importancia del principio de la transparencia en la contratación administrativa. Tipo: Tesis de maestría. Universidad Santo Tomás. Facultad de derecho.

oferente que participe en el proceso de selección tenga conocimiento de las actuaciones adelantadas por la Entidad a través del sistema electrónico SECOP I – SECOP II, de conformidad con lo establecido en el contrato; y que, por el otro, el oferente tenga la oportunidad de conocer la evaluación y la motivación de la misma, como también de impugnar los informes y decisiones adoptados por la Entidad.

Pero adicionalmente, permitir a los oferentes subsanar y aclarar los aspectos indeterminados de sus propuestas, ofrece a la entidad contratante instrumentos objetivos para definir si la propuesta se adecua o no al pliego de condiciones¹¹.

En semejanza a lo que en su momento se encontraba preceptuado por la Ley 80 de 1993, el tratadista Dávila (2003) señala que la subsanabilidad es una oportunidad propia del proceso de evaluación de las ofertas, en el cual se pueden presentar y evidenciar inconsistencias o ausencia de claridad en las ofertas, por lo que la entidad brinda la posibilidad de aclarar o explicar lo allegado por el oferente con el fin de proceder o no a acreditar el cumplimiento de los requisitos.

Como se aprecia, en esta clase de procesos administrativos los principios del derecho público hacen obligatorio lo que en el derecho privado es apenas una posibilidad: la necesidad de incorporar taxativamente la objetividad en las reglas de selección para la que las mismas permitan realizar una evaluación imparcial¹².

Ley 1150 de 2007

¹¹ Ballesteros, M. (2016). Importancia del principio de la transparencia en la contratación administrativa. Tipo: Tesis de maestría. Universidad Santo Tomás. Facultad de derecho.

¹² Villamizar, J. (2019). Principios de libertad, libre concurrencia y selección objetiva en la contratación estatal. Tipo: Tesis de especialización. Universidad Libre. Facultad de derecho.

Las bases de las condiciones actuales de la regla de subsanabilidad se plasman y desarrollan en la Ley 1150 de 2007, la cual formalizó en un primer momento la nueva concepción constitucional del principio de primacía de lo sustancial sobre lo formal a la luz de los principios que permean la actividad administrativa y la gestión fiscal, así como aquellos principios que rigen la actividad estatal en el sentido de seleccionar la mejor oferta en el menor el tiempo y bajo las mejores condiciones contractuales posibles, como es el caso de los principios de selección objetiva y economía.

La Ley 1150 de 2007, en su artículo 5, materializa el principio de selección objetiva y relaciona los criterios que deben tener en cuenta las Entidades Estatales para regular los factores de escogencia y calificación incluidos en los pliegos de condiciones o sus equivalentes: a) Requisitos habilitantes, los cuales no otorgan puntaje (capacidad jurídica, condiciones de experiencia, capacidad financiera y capacidad de organización); y, b) Factores técnicos y de experiencia ponderables.

Además, el párrafo 1, en relación con la regla de subsanabilidad, señalaba lo siguiente:

*“Párrafo 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, 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**”.*

Como se desprende de la anterior disposición, la Ley 1150 de 2007 no sólo entró a definir los requisitos habilitantes como aquellos que no son objeto de ponderación o asignación de puntuación – salvo lo que tiene que ver con la experiencia del proponente en el concurso de méritos, proceso en el que el legislador expresamente estableció que la experiencia del proponente sí puede ser objeto de ponderación o de asignación de puntuación –; sino que además delimitó el alcance de la regla de la subsanabilidad bajo los siguientes aspectos iniciales:

1. Indica que la ausencia de los requisitos o documentos que no sean necesarios para la comparación de las ofertas, no será suficiente para determinar el rechazo de las propuestas.
2. Señala que los requisitos de la propuesta que no afecten la asignación del puntaje pueden ser solicitados por la Entidad.
3. Indica que dichos requisitos podrán ser solicitados por la Entidad **hasta la adjudicación o hasta el momento previo a la realización de la subasta** en los procesos de selección que apliquen dicho mecanismo.

Tal como se desprende de la anterior disposición, la Ley 1150 de 2007 no incluyó la regla según la cual no es posible acreditar situaciones ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, de manera que los proponentes se apropiaban del derecho a subsanar cualquier documento que no otorgara puntaje, pero que acreditara incluso situaciones que no existían de manera previa al cierre del proceso.

Lo anterior era común en la verificación del requisito relacionado con la vigencia y firmeza del Registro Único del Proponentes – RUP, pues si bien los oferentes allegaban el documento incluso horas antes de la adjudicación, éste no había adquirido firmeza sino hasta después del cierre del proceso.

Dicha situación generó un traumatismo y diversos inconvenientes al interior de las Direcciones y Subdirecciones Contractuales de las Entidades Estatales, pues durante la audiencia de adjudicación, especialmente en desarrollo de procesos licitatorios, los oferentes allegaban toda clase de documentos para lograr la completitud de sus ofertas, de manera que el jefe de la Entidad o su delegado debían suspender la respectiva audiencia con el fin de revisar y ajustar la evaluación realizada, lo que permite afirmar que se generaba cierta afectación al principio de igualdad frente a los proponentes que cumpliendo el mandato de que la oferta debe sujetarse en todo al pliego de condiciones, presentaban ofertas completas desde el cierre del proceso.

Otro aspecto importante regulado por esta Ley está relacionado con los criterios que fundamentan la evaluación de las propuestas, los cuales se dividen en dos grandes grupos. El primero de ellos es el grupo de los criterios de selección referidos a las condiciones del proponente; y el segundo de ellos es el grupo de los criterios de selección relacionados con las condiciones de la oferta.

Las condiciones del proponente son condiciones preexistentes y previas a los procesos de selección, y principalmente se refieren a la capacidad jurídica, la capacidad financiera, la experiencia y la capacidad de organización. Estas condiciones no son variables, es decir, los oferentes no las cambian cada vez que presentan una oferta o cada vez que concurren a un proceso de selección, principalmente porque, por un lado, no se puede cambiar la experiencia que ya se tiene; y porque, además, dichos requisitos son objeto de registro ante las Cámaras de Comercio a través del Registro Único de Proponentes, el cual es obligatorio para la celebración de cierta clase de contratos, de manera que los interesados en celebrar esta clase de contratos tienen la obligación inscribirse y registrar estas condiciones del proponente¹³.

¹³ Echeverry, G. (2011). *Registro Único de Proponentes: Requisito Habilitante*. Tipo: Tesis de especialización. Universidad de la Sabana. Facultad de derecho.

De igual manera, conforme a lo dispuesto por la citada Ley, las entidades estatales tienen la obligación de justificar de manera detallada en los estudios previos, y, principalmente, en el análisis del sector, aquellos criterios de selección que serán incorporados en los pliegos de condiciones o en la invitación pública, de manera que se complemente la justificación con el análisis general de la oferta y la demanda a través de la cual se determina quiénes podrían participar, cuáles son los proveedores que cuentan con la mayor experiencia en la ejecución del objeto contractual, qué pretende contratar la entidad, etc.¹⁴

Ahora bien, la Ley 1150 de 2007 fue regulada parcialmente por los Decretos 066 de 2008 y 2474 de 2008. El primero de ellos dispuso en su artículo 10, que la Entidad no podría “*señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitir que se subsanen asuntos relacionados con la falta de capacidad para presentar la oferta*”, y, en complemento a lo señalado por el artículo 5 de la Ley, precisó que la Entidad no podía acreditar “*circunstancias ocurridas con **posterioridad** al cierre del proceso*”. Lo anterior fue reiterado por el artículo 10 del Decreto 2472 de 2008, el cual derogó integralmente el Decreto 066 de 2008.

Por otra parte, el Decreto 734 de 2012, mediante el cual se reglamentó el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, agregó en su artículo 2.2.8. *Reglas de subsanabilidad*, lo siguiente:

¹⁴ Colombia Compra Eficiente. (2022, Julio). *Circular Externa Única*. [archivo PDF]. Recuperado de https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/cce-eicp-ma-06_circular_externa_con_comentarios_de_ciudadanos-_v2f_002.pdf

“(…) Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior. (…)

*En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, **así como tampoco que se adicione o mejore el contenido de la oferta**”.*

Teniendo en cuenta lo anterior, las Entidades Estatales deben considerar al momento de elaborar los pliegos de condiciones o invitaciones públicas, no sólo la aplicación de las reglas de subsanabilidad, sino además la imposibilidad de modificar, complementar o adicionar las ofertas. De esta manera, en lo que respecta al oferente y futuro contratista, su principal deber con la administración es realizar propuestas completas y claras de acuerdo con los pliegos de condiciones, de manera que las mismas se ciñan a las exigencias y parámetros allí establecidos¹⁵.

Finalmente, sobre la posibilidad de explicar o aclarar la propuesta, el tratadista Pino (2005) señala que:

Dentro del plazo de las evaluaciones, la entidad estatal podrá solicitar ‘las aclaraciones y explicaciones que estime indispensables’. Adicionalmente, si los oferentes lo consideran pertinente, podrán hacer las aclaraciones que consideren oportunas sin que sea necesario el requerimiento expreso de la entidad. Las aclaraciones permitirán a la entidad precisar el alcance de aquellos aspectos confusos o ambiguos de las ofertas, pero

¹⁵ Tovar, H. (2019). *El deber de información en los contratos públicos sometidos a al estatuto general de contratación pública*. Tipo: Tesis de maestría. Universidad Externado de Colombia. Facultad de derecho.

en ningún caso estas podrán implicar una modificación del ofrecimiento. Ocurrirá una modificación si se presentan informaciones no referidas en la oferta, por tanto, presentar un documento que permita acreditar la información contenida en la oferta no constituye una modificación.

Ley 1882 de 2018

Los artículos 1 y 5 de la Ley 1882 de 2018, mediante los cuales se adicionaron los parágrafos 2 y 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y el parágrafo 1 de la Ley 1150 de 2007, señalaron, frente a la licitación pública y la regla de subsanabilidad, lo siguiente:

“ARTÍCULO 1. Adiciónense los parágrafos 2 y 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993:

*(...) PARÁGRAFO 3. En **los procesos de licitación pública** para seleccionar contratistas de obra pública, las entidades estatales deberán publicar el informe de evaluación relacionado con los documentos de los requisitos habilitantes y los requisitos que sean objeto de puntuación diferente a la oferta económica incluida en el primer sobre, dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones.*

*En estos procesos **el informe permanecerá publicado en el Secop durante cinco (5) días hábiles, termino hasta el cual los proponentes podrán hacer las observaciones que consideren y entregar los documentos y la información solicitada por la entidad estatal. Al finalizar este plazo, la entidad estatal se pronunciará sobre las observaciones y publicará el informe final de evaluación de los requisitos habilitantes y los requisitos objeto de puntuación distintos a la oferta económica.***

ARTÍCULO 5. Modifíquese el Parágrafo 1 e inclúyanse los parágrafos 3, 4 y 5 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, los cuales quedaran así:

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 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.

(...)

PARÁGRAFO 3. La no entrega de la garantía de seriedad junta con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma.

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”.*

De acuerdo con la anterior disposición legal, los oferentes cuentan con un término de 5 días – que corre de forma paralela con el traslado del informe de evaluación - para allegar los documentos de subsanación y/o la información solicitada por la Entidad, y, desde luego para presentar las observaciones correspondientes al informe de evaluación preliminar. Al finalizar este plazo, tal y como lo dice la norma, la Entidad se pronunciará sobre las observaciones, y ***“publicará el informe final de evaluación de los requisitos habilitantes y los requisitos objeto de puntuación distintos a la oferta económica”***.

Otro aspecto importante es que vuelve a establecer que la ausencia de la garantía de seriedad de la oferta con la propuesta no es subsanable y, por consiguiente, su no presentación se constituirá como causal de rechazo de los ofrecimientos realizados.

En ese sentido, la norma retoma y adiciona los siguientes puntos sobre la figura de la subsanabilidad como etapa y principio:

1. Indica que la ausencia de los requisitos o documentos que no sean necesarios para la comparación de las ofertas, no será suficiente para determinar el rechazo de las propuestas.
2. Señala que podrán ser solicitados por la Entidad y aportados por el oferente, todos aquellos requisitos que no afecten la asignación de puntaje.

3. Precisa que dichos documentos deberán ser solicitados y aportados por el oferente hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección.
4. Dispone que, durante el término de subsanación, los oferentes no pueden acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.
5. Incluye, como consecuencia de la no subsanación, el rechazo de la oferta.

De acuerdo con lo anterior, si bien el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 estableció la regla de la subsanabilidad, con la precisión de que aquellos documentos a subsanar podrían ser solicitados por la entidad hasta la adjudicación – lo que en mi criterio era un plazo desproporcionado -; el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 modificó el contenido del parágrafo 1 del artículo 5 de la citada Ley 1150 de 2007, en el sentido de establecer un límite temporal para subsanar aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje..

En efecto, los requisitos que no asignen puntaje pueden ser subsanados hasta el término de traslado de los informes de evaluación – lo que en mi criterio es un plazo que ahora se quedó corto - , y, durante dicho término, no se pueden subsanar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, es decir, con posterioridad a la fecha límite para la presentación de las ofertas.

Finalmente, es importante señalar que durante varios años se presentó una dificultad en la identificación de los requisitos que pueden o no subsanarse.

Por ejemplo, se pensaba en una ficha técnica allegada durante una subasta inversa. Si la misma no cumple con la especificación de un elemento o producto del anexo técnico, se podría

corregir porque no otorga puntos, pero, se preguntaba, esta circunstancia ¿corregirá, mejorará o complementará la oferta? Para este caso, Colombia Compra Eficiente se pronunció en Concepto No. 2201913000008484, de fecha 14 de noviembre de 2019, señalando que:

Respecto a la subsanabilidad de la ficha técnica, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en diferentes conceptos, consideraba que en los procesos de selección donde el criterio para comparar las oferta es el precio, la ficha técnica no era subsanable, porque esta, al contener las características específicas que deben cumplir los bienes y servicios señalados por la entidad en los pliegos de condiciones, y por estar estrictamente en relación con la oferta del proponente, constituye un requisito esencial para comparar las propuestas.

*Sin embargo, esta posición cambió con el concepto identificado con el radicado No. 4201912000004846, del 3 de septiembre de 2019, señalando que **la exigencia de la ficha técnica en los procesos de selección abreviada con subasta inversa, no hace parte de los factores susceptibles de evaluación a través de la asignación de puntaje, pues el único criterio para la comparación de las propuestas es el precio, y por lo tanto la ficha técnica es subsanable, bien sea por la no presentación, o por errores y defectos presentados en esta.***

*El cambio de posición se origina en la medida en que la ausencia de requisitos o los errores en los documentos del proponente que no son necesarios para comparar las propuestas, no pueden ser una razón suficiente para el rechazo de la oferta y por lo tanto deben ser subsanados. Como se ha explicado, **en los procesos donde el precio es el único criterio para la comparación de las ofertas, como por ejemplo la selección abreviada para adquirir bienes y servicios de características técnicas uniforme por subasta inversa***

o el proceso de mínima cuantía, no es viable impedir que subsanen requisitos diferentes a los que afecten el precio, pues estos en la medida en que no son necesarios para comparar las propuestas, no modifican los criterios que otorgan puntaje, sino que permiten habilitar o demostrar que el proponente tiene la capacidad para cumplir con el objeto del contrato. por consiguiente, siempre que la ficha técnica no sea un requisito puntuable o que cambie uno de ellos que pueda mejorar la oferta, deberá subsanarse.

2. Jurisprudencia y doctrina.

La subsanabilidad de la oferta en los contratos estatales colombianos ha sido objeto de debate y delimitación constante por parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado, órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa. Bajo ese entendido, y como quiera que la jurisprudencia administrativa ha desarrollado sus posturas conforme a las modificaciones legales y reglamentarias de la figura, a continuación se realiza un análisis general de la figura a partir de los diferentes pronunciamientos.

Por un lado, la jurisprudencia del Consejo de Estado (2019) ha considerado que la selección objetiva implica elegir al mejor oferente sin consideración a factores subjetivos, a través de los mecanismos de selección de cada caso, de manera que, sólo a partir de la certeza respecto del cabal cumplimiento de las exigencias expuestas en el pliego de condiciones por parte de los proponentes, se puede elegir la oferta más favorable; lo que guarda una estrecha relación con el principio de transparencia, según el cual, el proceso contractual público debe someterse a criterios claros, objetivos e imparciales, en aras de hacer efectivos los fines estatales perseguidos con la contratación pública y principios como los de igualdad, libre concurrencia, economía y responsabilidad.

Derivado de los principios de transparencia y selección objetiva, de acuerdo con lo señalado por el Consejo de Estado (2011), se encuentra el de igualdad, mediante el cual se busca garantizar que la participación de los oferentes que acuden al proceso de contratación se haga con base en las mismas condiciones, a través de reglas claras y sin que puedan modificar sus propuestas después del cierre de dicho proceso, lo que también implica el deber de la entidad contratante de evaluar las ofertas con apego a los parámetros establecidos en los pliegos de condiciones. Todo lo anterior garantiza que los participantes de un mecanismo de selección tendrán las mismas oportunidades y garantías para competir por la adjudicación del contrato.

Así pues, como lo ha dicho el Consejo de Estado (2018), en desarrollo de los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad, surge la obligación de llevar a cabo el proceso de selección de conformidad con lo establecido en el pliego de condiciones respectivo, documento que es ley para las partes, por lo que el proceso no puede ser producto de un actuar discrecional, sino que debe guardar afinidad con la transparencia, objetividad e imparcialidad propios de la contratación pública, de ahí que deban establecerse reglas y procedimientos claros y justos.

De la subsanación. – En primer lugar, con la interpretación de la regla de subsanabilidad extraída de la Ley 80 de 1993, se sugirió desde la jurisprudencia del Consejo de Estado que las propuestas podían subsanarse bajo las situaciones expuestas en el numeral 15 del artículo 25 (“formalidades o exigencias rituales”), pese a la prohibición incluida en el numeral 8 del artículo 30:

La etapa de “observaciones al informe de evaluación” corresponde al momento posterior a la primera evaluación de las propuestas que realiza la entidad. La parte final de la disposición trascrita [ley 80 de 1993 - artículo 30.8] la entendieron muchos con un doble sentido, de ahí parte de los problemas: i) para algunos significó que como no es

posible completar, adicionar, modificar o mejorar las ofertas, entonces las entidades no podían recibir documentos adicionales que explicaran sus insuficiencias, pues claramente se trasgredía esta norma; ii) para otros la comprensión debía hacerse de conformidad con el art. 25.15 citado, armonizándolos, es decir, que durante el término que existe para presentar observaciones al informe de evaluación sí es posible completar, adicionar o modificar y mejorar las ofertas, pero en los aspectos que permite el art. 25.15, y no en los aspectos que prohíbe. Para la Sala la segunda solución es la correcta, porque si el art. 30.8 se aísla para leerlo, significaría que si falta, por ejemplo, una copia de la propuesta, entonces no se podía pedirla al oferente para que subsanara el requisito, porque al aportarla necesariamente completaría o adicionaría lo que no estaba. De admitir este entendimiento surgiría, de un lado, una contradicción lógica grave, profunda e irreconciliable, entre los artículos 25.15 y 30.7 con el art. 30.8; y del otro lado, si las reglas hermenéuticas permiten entender todas las normas en su propio contexto, conservando la filosofía que inspiró el cambio de la regulación sobre la subsanabilidad de ofertas, se debe optar por ese entendimiento. Además, el art. 25.15 contiene un principio general del derecho administrativo –el principio de economía-, mientras que el art. 30.8 contiene una regla específica de aplicación en la licitación, así que el orden en que se interpretan y la coherencia que hay que hallar entre ellos indica que la regla debe entenderse conforme al principio, pues éste inspira su alcance e indica la mejor forma de aplicarlo¹⁶.

Por otra parte, de acuerdo con lo señalado por el Consejo de Estado (2014):

¹⁶ Consejo de Estado (2014). Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 12 de junio de 2014. Expediente No. 21324.

En adelante, el criterio de diferenciación entre los requisitos subsanables y no subsanables de una oferta incompleta dejó de ser, en abstracto, "aquello que sea o no necesario para la comparación de las ofertas"; y pasó a ser todavía parte de eso, pero bajo un entendimiento más concreto, menos abstracto o indeterminado: ahora son subsanables "... todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje", los que "... podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación¹⁷.

El Consejo de Estado (2014), frente a lo que se considera subsanable al momento de realizar la correspondiente evaluación, consideró que:

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

¹⁷ Consejo de Estado (2014). Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2014. Expediente No. 25804. C.P. Enrique Gil Botero.

*inciden en la asignación de puntaje; por el contrario, las carencias no son susceptibles de subsanar, pues lo que no se tiene no se puede corregir*¹⁸.

Con fundamento en lo anterior, el Consejo de Estado (2014), sostuvo que:

*(...) Con la Ley 1150 esos requisitos corresponden a los que “asignan puntaje” [no subsanables], de allí que si en un proceso de contratación un requisito no se evalúa con puntos, sus deficiencias son subsanables, es decir, el defecto, el error o incompletitud se puede corregir -!debe corregirse!-, solicitando al oferente que aporte lo que falta para que su propuesta se evalúe en igualdad de condiciones con las demás*¹⁹.

Además, en la misma providencia, la Corporación señaló a manera de ejemplo:

(...) Que la falta de certificado de existencia y representación legal, de RUP, de firma de la oferta, de un certificado de experiencia, la copia de la oferta, la ausencia y errores en la garantía de seriedad, de autorización al representante legal por parte de la junta directiva, etc., son requisitos subsanables, porque no otorgan puntaje en la evaluación. En cambio, si el defecto o la ausencia es de un requisito o documento que acredita un aspecto que otorga puntos, por ejemplo la falta de precio de un ítem, la omisión del plazo de ejecución -si se evalúa-, etc., no son subsanables porque otorgan puntaje.

Por otro lado, mediante sentencia del 12 de noviembre de 2014, Expediente 27986, el Consejo de Estado precisó, en cuanto a la subsanación de ofertas se refiere, que tanto las

¹⁸ Consejo de Estado (2014). Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 27 de marzo de 2014. Expediente No. 28855. C.P.

¹⁹ Consejo de Estado (2014). Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2014. Expediente No. 25804. C.P. Enrique Gil Botero.

Entidades como los oferentes deben ceñirse por la regla contemplada en el párrafo primero del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, que consiste en que lo subsanable se determina dependiendo de si el requisito omitido asigna puntaje al oferente, y, en consecuencia:

(...) 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 o no a problemas de capacidad o a requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfagan suficientemente.

De igual manera, en sentencia del 26 de febrero del 2014, Expediente 29855, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, se explicó la manera en que este principio rector en materia contractual debe aplicarse bajo las consideraciones planteadas en ese momento:

(...) Defecto subsanable es el que no asigne puntaje al oferente, y es corregible dentro del plazo que la entidad estatal le otorgue al oferente para enmendar el defecto observado durante la evaluación de las ofertas ‘usualmente indicado en los pliegos de condiciones’, sin exceder del día de la adjudicación. Lo subsanabilidad es un derecho del proponente para que, en condiciones de igualdad, se le de la oportunidad de subsanar aquellos requisitos que no dan puntaje, vale decir, la ausencia de documentos referentes al proponente o a la futura contratación, dentro de los cuales está la posibilidad de presentar documentos que no se aportaron con la oferta o de corregir o aclarar su contenido, incluso de remplazarlos a través de la subsanación por otros, como los requisitos habilitantes (capacidad jurídica, experiencia, organización y financiera) o la posibilidad de presentar la garantía de seriedad de los ofrecimientos que no se aportó con la oferta o de aclarar aspectos del alcance de esta.

En ese mismo sentido, el Consejo de Estado, Sección Tercer, en sentencia del 16 de agosto de 2018, Expediente No. 38339, indicó:

*(...) Hay que diferenciar entre lo que significa cumplir los requisitos habilitantes y probar o acreditar que los mismos se cumplen: **lo que se puede subsanar o sanear es la prueba de las condiciones habilitantes, pero no el requisito como tal**, porque resultaría materialmente imposible tratar de subsanar algo que no existe.*

Límite material de la subsanación. – El Consejo de Estado (2014) ha señalado que “*la subsanación de las ofertas por parte de un proponente se encuentra circunscrita o limitada a la posibilidad que tiene un oferente de remediar un defecto o error de su propuesta, siendo por lo tanto incorrecto entender que esta facultad le confiere el derecho de aportar nuevos documentos que modifiquen o mejoren la oferta inicial*”; y, además, señala que:

*(...) Lo subsanable es aquello que, a pesar de que se tiene, no aparece claramente acreditado en el proceso de selección; pero, **no se puede subsanar aquello de lo cual se carece o que no existe al momento de proponer**, porque entonces se estaría hablando de la complementación, adición o mejora de la propuesta, lo cual está prohibido por el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993²⁰.*

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, ya había tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este punto, a propósito de un concepto en el que se refirió al artículo 10 del derogado Decreto 2474 de 2008, el cual había determinado que en ningún caso la

²⁰ Consejo de Estado (2014). Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2014. Expediente No. 25804. C.P. Enrique Gil Botero.

entidad podía permitir que se acreditaran circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso²¹.

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. Lo anterior evita, por ejemplo, que se presenten oferentes que no cumplan 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 presentada²².

De manera que, si a modo de ejemplo, un proponente no aportó la totalidad de los integrantes del equipo de trabajo, el oferente no podría subsanar su oferta, incluso cuando sea un requisito que no otorgue puntaje, porque estaría mejorando su oferta, pues se trataría de hacer un ofrecimiento que se omitió al momento de proponer, buscando subsanar lo que no existe²³.

Lo mismo sucedería cuando uno de los miembros del equipo de trabajo presentado no cumple con lo exigido en el pliego de condiciones y se pretende realizar el cambio allegando la hoja de vida de un nuevo profesional. O, si en una subasta inversa se piden diez computadores y el proponente oferta sólo cinco computadores, tal situación no otorga ni ofrece puntaje, pero es insubsanable porque es indispensable para la comparación de las propuestas conforme a lo señalado en el artículo 5 de la Ley 1882 del 2018.

²¹ Colombia Compra Eficiente. (2022, Mayo). *Concepto C- 285 de 2022*. [archivo PDF]. Recuperado de <https://www.beltranpardo.com/wp-content/uploads/2022/06/Concepto-285-de-2022.pdf>

²² Colombia Compra Eficiente. (2022, Mayo). *Concepto C- 285 de 2022*. [archivo PDF]. Recuperado de <https://www.beltranpardo.com/wp-content/uploads/2022/06/Concepto-285-de-2022.pdf>

²³ Colombia Compra Eficiente. (2018). *Respuesta derecho de petición Radicado No. 4201813000001164*. [archivo PDF]. Recuperado de http://www.nuevalegislacion.com/files/susc/cdj/doct/cce_1164_18.pdf

Asimismo, en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicado No. 1992 del 20 de mayo de 2010, el Consejo de Estado señala que es deber del proponente presentar propuestas completas, tal como lo establece el artículo 6 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, él proponente debe adjuntar todos y cada uno de los “documentos de soporte o prueba de las condiciones habilitantes”, así mismo señala el concepto que “No existe el derecho a subsanar, lo que existe es la posibilidad de la entidad contratante de solicitar el saneamiento de un defecto no necesario para la comparación de las ofertas, el cual no puede conllevar a que el oferente mejore, complemente, adicione, modifique o estructure su propuesta a lo largo del proceso contractual”.

De igual manera, en Concepto No. 927 de 2018, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, señaló, frente al cumplimiento de los requisitos de la propuesta, que aquel oferente que se presente en un proceso de contratación 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 subsanar.

De lo anterior, la Sala de Consulta y Servicios Civil del Consejo de Estado precisó y recordó la prohibición de estructurar y ajustar la propuesta a lo largo del proceso:

Tampoco se trata entonces que por vía de la posibilidad de saneamiento, el oferente vaya estructurando y ajustando su propuesta a lo largo del proceso contractual -según vaya evolucionando su situación particular en el mismo, pues como se establece en el

numeral 6° 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. Y respecto a los términos para subsanar el citado concepto aclaró que la expresión “hasta la adjudicación” debe interpretarse “hasta antes de la adjudicación”, en la medida que para poder adjudicar han de estar verificadas previamente y, si es del caso, debidamente saneadas, todas las condiciones exigidas para contratar con el Estado, tanto las generales como las particulares de la respectiva convocatoria.

Con el fin de evidenciar la forma mediante la cual las entidades estatales realizan los procesos de evaluación de las ofertas aplicando la subsanabilidad como regla, se verificó en el Sistema Electrónico de Contratación Estatal – SECOP I y II, un ejemplo de lo anterior, de lo cual se obtuvo la siguiente información:

En el Proceso de Contratación SA-146-AMP-2017²⁴, liderado por la AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA -COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, cuyo cierre (fecha límite para la presentación de ofertas) ocurrió el día 06 de julio de 2017, se evidenció en el informe de evaluación preliminar la no habilitación jurídica del proponente UNIÓN HAART UT sustentado en la siguiente observación: “(...) *El Proponente no cumple con: Autorización al Representante de la Unión Temporal para contratar sin límite de cuantía, de acuerdo con lo establecido en el certificado de existencia y representación legal (...).*

²⁴ Colombia Compra Eficiente. (2017). *Acuerdo Marco de Precios para el tratamiento de Pacientes con VIH CCE-571-1-AMP-2017, celebrado entre Colombia Compra Eficiente y (i) Sociedad Integral de Especialistas en Salud S.A.S. SIES Salud S.A.S; (ii) Unión Haart U.T; y (iii) I.P.S de la Costa S.A.* [archivo PDF]. Recuperado de <https://www.colombiacompra.gov.co/tienda-virtual-del-estado-colombiano/salud/tratamiento-de-vih> ; https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_tienda_virtual/contrato_amvih_cce-571-1-amp-2017.pdf

El proponente UNIÓN HAART UT en el término de traslado del informe de evaluación - mediante mensaje SECOP II- allegó, entre otros, el documento denominado “*Acta Junta Directiva Julio 17 de 2017*”. Al verificar dicho documento, se evidencia que la fecha de suscripción del mismo, es posterior a la fecha de cierre del mencionado proceso.

Finalmente, al verificar el Informe de Evaluación Definitivo del proceso, se puede evidenciar que, la AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA -COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, habilitó jurídicamente dicho requisito de acuerdo a la documentación aportada por el proponente UNIÓN HAART UT.

Respecto al tema, la Superintendencia de Sociedades se pronunció en el Oficio 220-128076 de 2011, de acuerdo con el cual:

(...) La regla general en materia de atribuciones supone que el representante legal se entiende facultado para celebrar y ejecutar todos los actos y contratos propios del objeto social, esto es que en principio tiene capacidad plena de disposición y decisión en relación con la administración de sus bienes, mientras que la excepción, es que esa capacidad normal de contratación se encuentre restringida, al estar sometida por ejemplo a la autorización de la asamblea general de accionistas o de la junta directiva, ya sea por la naturaleza de los actos, por su cuantía o, por cualquiera otra condición que a bien tengan los contratantes libremente acordar, siempre y cuando esa circunstancia como fue visto, se contemple de manera expresa en los estatutos sociales dotados de publicidad mediante el registro.(...).

De igual forma, través de la sentencia C-384 de 2008, de fecha 23 de abril de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño, la Corte Constitucional señaló que el legislador dejó en libertad a las sociedades para definir cuál es el régimen jurídico que regirá la relación que se establece entre la

compañía y su administrador o su representante legal, respetando obviamente, la configuración de los tipos societarios; y previó que, en ausencia de estipulaciones, la persona que represente a la sociedad queda facultada para celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social, o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad (Art. 196 inc. 2° C.Co.).

En tal evento, “el alcance de la potestad de representación y de gestión está naturalmente demarcada por el objeto social, y cualquier otra limitación o restricción que se quiera imponer, deberá constar explícitamente en el contrato social e inscribirse en el registro mercantil para que sea oponible a terceros”.

En este orden de ideas y atendiendo a los pronunciamientos jurisprudenciales, así como a la normatividad legal vigente, se concluye respecto de los requisitos habilitantes que dichas circunstancias pueden ser objeto de aclaración dentro del término de traslado otorgado por la entidad a través del cronograma que gobierne el proceso; sin embargo, tal situación no significa que todos los requisitos habilitantes puedan ser objeto de subsanación, pues no es posible acreditar situaciones que no existen al momento del cierre del proceso, y, por lo tanto, allegar información que acredite circunstancias ocurridas con posterioridad, constituye un evidente mejoramiento de la oferta por el hecho de incluir información adicional o nueva a la aportada inicialmente y que no se encuentra registrada y en firme en el certificado de existencia y representación legal, así como en el Registro Único de Proponentes -RUP²⁵.

En este sentido, y a pesar de que Colombia Compra Eficiente en el proceso No. SA-146-AMP-2017, habilitó al proponente UNIÓN HAART UT de acuerdo a la información allegada en

²⁵ Colombia Compra Eficiente. (2019, Junio). *Respuesta derecho de petición Radicado No. 220191300003917*. [archivo PDF]. Recuperado de https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/respuestas_derechos_de_peticion/4201912000002698_0.pdf

el término del traslado con documentos suscritos con fecha posterior al cierre del proceso, se considera que tal decisión no está motivada jurídicamente, pues el informe de evaluación definitivo no evidencia los argumentos por los cuales se acepta dicha situación, a pesar de que la fecha en la cual se suscribió el documento mediante el cual se autoriza al representante a contratar sin límite de cuantía, es posterior al cierre del proceso²⁶.

Finalmente, dentro de los pronunciamientos jurisprudenciales más recientes se encuentra la sentencia del 15 de julio de 2022, proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Radicado 67.937, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, en la que precisó la consecuencia procesal de no advertir los yerros en los que incurren los oferentes dentro de sus propuestas, a partir del siguiente análisis:

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

²⁶ Colombia Compra Eficiente. (2017). *Acuerdo Marco de Precios para el tratamiento de Pacientes con VIH CCE-571-1-AMP-2017, celebrado entre Colombia Compra Eficiente y (i) Sociedad Integral de Especialistas en Salud S.A.S. SIES Salud S.A.S; (ii) Unión Haart U.T; y (iii) I.P.S de la Costa S.A.* [archivo PDF]. Recuperado de <https://www.colombiacompra.gov.co/tienda-virtual-del-estado-colombiano/salud/tratamiento-de-vih> ; https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_tienda_virtual/contrato_amvih_cce-571-1-amp-2017.pdf

Al enmendar las propuestas no se pueden acreditar circunstancias posteriores al cierre del procedimiento, como el cumplimiento de los requisitos habilitantes, so pena de adicionarlas y afectar la selección objetiva. Ello porque subsanar se entiende como corregir algo que ya existe, y no como incorporar a la propuesta aquello que no se había realizado. Lo anterior fue ratificado por el legislador mediante el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, que modificó el párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 (...).

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

Doctrina. – Ahora bien, como complemento al recuento jurisprudencial relacionado, se considera importante precisar lo que ha citado la doctrina en relación con la figura de la subsanabilidad como regla y etapa.

El doctrinante Rodríguez (2016.), en su libro titulado *Evaluación y Rechazo de Oferta en la Ley 80 de 1993*, ha definido la subsanación como “*aquella acción que emprende un proponente, ante la entidad estatal, para completar o satisfacer un requisito, no sujeto a calificación, que le falta a su propuesta para que pueda ser evaluada y, por lo tanto, para que la misma cumpla con las exigencias del pliego de condiciones*”.

Por otra parte, de acuerdo con el doctrinante Matallana (2015), si bien la regla de la subsanabilidad de requisitos ha tenido una evolución legal que en casos concretos ha generado inseguridades jurídicas; lo cierto es que la construcción jurisprudencial también ha originado contradicciones entre lo allí señalado y lo dispuesto por las disposiciones legales.

De hecho, para el tratadista, las providencias del alto tribunal promulgan el rechazo de las ofertas en caso de no atender el plazo fijado por la Entidad, lo cual evidencia, en sus palabras, **“la primacía del formalismo determinado en el plazo fijado, sobre la selección objetiva del oferente”**; aspecto que resulta importante para la hipótesis de presente trabajo de investigación.

Así mismo, frente a una fecha límite para subsanar, el tratadista Suárez (2014), en su libro *Estudios de Derecho Contractual Público*, señaló estar conforme con la decisión tomada por la postura jurisprudencial del Consejo de Estado, y, específicamente, en lo decidido por la Subsección C, de la Sección Tercera, Radicado número 11001032600020080010100, C.P. Dr. Enrique Gil Botero, Auto del 27 de mayo de dos mil nueve 2009; en el sentido de suprimir lo establecido en el artículo 10 del Decreto 2474 de 2008, en el que se señalaba el término para subsanar de acuerdo al plazo fijado en el pliego de condiciones, dejando solamente el momento para subsanar hasta antes de la adjudicación, criterio que fue ratificado en la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Subsección C de la Sección Tercera, Radicado número 36054 del 14 de abril de 2010, límite temporal aplicable en su momento.

Por otra parte, el académico Benavides (2014), en su libro *Contratos Públicos – Estudios*, precisó el alcance del principio de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, así como su relación con el principio de transparencia; y precisó que el legislador, por el afán de aplicar de manera más precisa y detallada el contenido de los principios de la contratación estatal, ha omitido dar eficacia al proceso administrativo encaminado a seleccionar al mejor contratista:

A. Prevalencia de lo sustancial sobre lo formal

Entre las manifestaciones del principio de economía varias tienden a orientar la gestión contractual por el logro efectivo de sus fines, para lo cual es necesario no detenerse en aspectos formales. El numeral 3.º del artículo 25 debería encabezar la lista de las manifestaciones del principio de economía, en la medida en que, de manera general, ordena respetar las finalidades de la contratación, establecidas en el artículo 3º del Estatuto, antes analizado. En efecto, este numeral prescribe que se debe tener en cuenta que tanto las reglas como los procedimientos de contratación están al servicio del cumplimiento de los fines públicos, la realización de los servicios públicos y la protección de los contratistas".

El numeral 2.º restringe la posibilidad de ampliar aspectos procedimentales de los procesos contractuales frente a lo específicamente previsto en la reglamentación especializada. La disposición fija un criterio de interpretación de los procedimientos: para el logro de los fines de los procesos contractuales, realizando así una de las manifestaciones del principio de eficacia, resaltada por la jurisprudencia.

Además, exige a la administración no distraerse por los aspectos formales y buscar siempre cumplir con el objetivo de adoptar una decisión de fondo. En el mismo sentido, el legislador quiso restringir al máximo la declaratoria de desierta de las licitaciones, estableciendo que solo procedería por motivos que impidan la selección objetiva, motivos que deberán expresarse de forma detallada en la motivación del acto administrativo que la declare (num. 18).

De manera similar, el Estatuto prohíbe a la administración exigir cualquier formalidad no prevista en forma perentoria y expresa en un texto legal, e incluso establece que la administración no podrá rechazar una propuesta por faltarle requisitos o documentos que no sean necesarios para compararla con la de los otros proponentes (num. 15). En la medida en que los criterios de selección originales (art. 29) fueron complementados por una disposición que distinguió los mínimos para la preselección de los oferentes (factores habilitantes), de los que les otorgan puntaje y determinan la competencia entre ellos, la restricción se complementó, estableciendo que los requisitos referidos a los criterios de preselección podrían ser solicitados por la entidad en cualquier momento, hasta la adjudicación (Ley 1150/07).

Finalmente, también constituye una disposición protectora del derecho sustancial sobre las formas el numeral 17, que prohíbe a las entidades rechazar solicitudes escritas por el hecho de tener errores formales e incluso les ordena subsanarlas, al igual que las cuentas de cobro que los contratistas presenten erradamente. (...)

D. Transparencia

La transparencia es enunciada por el Estatuto contractual como uno de los principios esenciales de la contratación (arts 23 y 24). Ella busca facilitar la gestión correcta, tanto desde el punto de vista del interés general como de la protección de los intereses de los particulares que intervienen en la contratación. Por ello, la transparencia está al servicio del principio constitucional de igualdad (CN, art. 13) que, aplicado a la gestión contractual, se traduce, esencialmente, en el deber de dar igual trato a los aspirantes a ser contratistas de la administración. En la medida en que la contratación constituye una fuente lícita de negocios lucrativos para los contratistas, la neutralidad de

la gestión administrativa impone a las entidades preservar el principio de igualdad en la selección de los contratistas. Y, en la medida en que, como hemos visto, la efectividad de los derechos de los particulares que intervienen en la gestión contractual constituye uno de los fines de la contratación pública (art. 3.º), la realización de las manifestaciones del principio de transparencia constituye una expresión del principio de eficacia.

En estas condiciones, el logro efectivo de los ejemplos de materialización del principio de transparencia, contenidos en la lista del artículo 24 del Estatuto contractual, concretan el principio de eficacia. Desarrollar el principio de transparencia en todas sus manifestaciones exige la presentación de todos los procedimientos contractuales, lo que desviaría la atención esencial del objeto del presente estudio. Por ello, con relación a su íntima conexión con el principio de eficacia, basta resaltar los valores especialmente protegidos por el legislador en los ejemplos del principio de transparencia, consignados en el artículo 24, como la regla general de licitación (num. 1º, reemplazado por art. 2.º, Ley 1150/07) y la prohibición de eludir los procedimientos contractuales (num. 8º), la publicidad de todas las actuaciones (nums. 3., 6.º), la oportunidad de controvertir las evaluaciones que preceden la selección del contratista (nums. 2.º, 4.º), el deber general de motivación de todas las decisiones (num. 7.º), el contenido mínimo de los pliegos o documentos de contratación (num. 5.º), así como la neutralidad de la administración (num. 9.º), que se vuelca sobre otro principio, no enunciado como tal por el Estatuto, aunque sí por la jurisprudencia?, esto es, la selección objetiva del contratista (art. 29, substituido por art. 5.º, Ley 1150/07).

La obsesión legislativa por la definición de reglas detalla. das que limiten las selecciones arbitrarias o caprichosas dela administración propicia debates jurídicos y

técnicos arduos en el desarrollo de los procesos contractuales, que permiten desviar la atención hacia los detalles de la reglamentación reforzada, sacrificando así los razonamientos sobre la base de principios generales. El mayor grado de detalle, precisión y carácter explícito de las reglas aplicables a los procesos contractuales, motivado por el ánimo de introducir mayor transparencia, imparcialidad y preservación de la igualdad se opone así a la eficacia del proceso de contratación, en el sentido de lograr el objetivo de seleccionar un buen co-tratista. La reglamentación auspicia que los proponentes se enfrenten en batalla campal para atacarse entre sí, con frecuencia por defectos formales de las propuestas de sus contendores, desviando la atención de la identificación de la mejor oferta y el mejor proponente, que debería guiar la decisión administrativa.

De igual manera, el académico Benavides (2009) menciona en su libro *El Contrato Estatal – Entre el derecho público y el derecho privado*, el derecho a rechazar las propuestas que no cumplan con los requisitos del pliego, y, precisa que el Consejo de Estado estudia los efectos de las irregularidades y autoriza su “regularización ulterior”; aspecto frente al cual no se está de acuerdo, pues el Consejo de Estado no tiene facultades para legalizar circunstancias que no se encuentran reguladas o circunscritas a la ley:

El problema es definir lo que los pliegos de condiciones o términos de referencia pueden exigir a los proponentes, y si las entidades estatales tienen el derecho de rechazar los proponentes que no cumplan con todas las condiciones del pliego, en aplicación del numeral 6 del artículo 3o de la Ley 80, o si, por el contrario, ciertas exigencias deben ser consideradas ineficaces de pleno derecho por no respetar las directivas legales para la redacción de los pliegos, como lo prevé el numeral 5 del artículo 24 de la misma ley.

*(...) **El Consejo de Estado estudia los efectos de las irregularidades sobre la concurrencia y autoriza su regularización ulterior si ello no pone en tela de juicio el principio de igualdad de los proponentes.***

(...) 361. Proceso de selección. La publicidad previa se complementa con la transparencia durante el desarrollo del proceso de selección. Al principio general de transparencia de los numerales 2, 3,4 y 7 del artículo 24 vistos anteriormente, en la licitación y concurso la Ley 80 introduce controles externos por parte de los proponentes y de los organismos de control que tienen por objeto asegurar la efectividad de la transparencia. Así, el numeral 8 del artículo 30 establece que 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". El legislador crea una oportunidad de controlar los análisis realizados por la entidad contratante, aunque naturalmente, "en ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas".

Por su parte, el ya citado tratadista Matallana (2015), en su libro Manual de Contratación de la Administración Pública, Reforma de la Ley 80 de 1993, menciona el derecho que tienen los proponentes para conocer y controvertir los informes de evaluación como materialización del principio de transparencia:

*En cuanto al principio de transparencia, el numeral 2 del artículo 24 señala que en los procesos de selección, sea licitación o contratación directa (hoy tendríamos que hablar de los procesos de selección abreviada de menor cuantía, proceso de contratación directa sin ofertas, y el proceso de selección de menor cuantía), **los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan***

o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones.

Esta etapa no sólo se constituye en una garantía para los proponentes, sino que la entidad estatal puede aprovechar esta oportunidad para revisar su decisión sobre el orden de elegibilidad inicialmente propuesto y hacer las correcciones que sean necesarias para seleccionar al contratista en las condiciones exigidas por la ley, es decir, obteniendo la mejor oferta técnica y económica que sea más favorable para los intereses de la entidad; de esa manera se evita el riesgo de demanda por no acceder a las pretensiones de quien alega poseer el primer orden de elegibilidad.

Esto quiere decir que los procesos de selección concebidos por la Ley 1150 de 2007 que se encontraban en el Decreto 2474 de 2008, y que hoy están presentes en el Decreto 1082 de 2015, se deben tener en cuenta respecto del contenido de este numeral, ya que se debe garantizar el derecho de contradicción de los oferentes. Para la licitación pública se encuentra regulado este principio en el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993; pero también en el proceso de selección abreviada de menor cuantía en el numeral 4.º artículo 2.2.1.2.1.2.20. del Decreto 1082 de 2015, y en el concurso de méritos en el numeral 2.º del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015; finalmente, para el proceso de selección de mínima cuantía, esta obligación se encuentra regulada en el numeral 5. artículo 2.2.1.2.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015”.

Finalmente, los doctrinantes Rincón y Montaña (2017), en su libro *Contratos Públicos:*

Problemas, perspectivas y prospectivas, precisan que los plazos del proceso deben ser

preclusivos y perentorios de manera que se promueva la inclusión de reglas claras y completas:

“2.4. DERECHO A QUE SE FIJEN Y RESPETEN LOS PLAZOS DEL PROCESO DE SELECCIÓN.

Aunque puede catalogarse como una expresión del debido proceso, otro de los derechos que tiene gran importancia para los oferentes durante la etapa de selección del contratista es el relativo a que se fijen y respeten los plazos del correspondiente procedimiento de selección.

La importancia de este aspecto es reconocida por el propio legislador en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, en el cual se estableció de forma expresa, como parte del principio de economía, que los plazos son preclusivos y perentorios. De tal suerte que su no cumplimiento implica una violación al procedimiento de contratación. En este sentido, la jurisprudencia ha indicado:

De acuerdo con lo anterior, el hecho de que los plazos en los procedimientos de selección de contratistas y entre ellos el término para la adjudicación o declaratoria de desierta de la licitación pública sean perentorios y preclusivos, se traduce en la pérdida de competencia de la Administración para tomar la decisión que le ponga fin al procedimiento de selección, una vez el plazo legal transcurre.

De igual manera, el establecimiento de plazos dentro del proceso licitatorio promueve la existencia de reglas claras y completas, todo lo cual promueve la igualdad de las partes, la transparencia, el debido proceso y la buena administración.

3. Análisis normativo de la etapa de subsanabilidad.

Como ha quedado visto a lo largo de este escrito, la regulación colombiana ha desarrollado la subsanabilidad, entendida ésta como etapa, a partir de dos situaciones temporales específicas que han permeado e impactado la actividad contractual de las Entidades Estatales.

Por un lado, el régimen jurídico aplicable desde la Ley 80 de 1993 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 1882 de 2018, que autorizaba a los oferentes para subsanar los yerros de su propuesta, a partir de los requisitos exigidos por el pliego de condiciones, hasta la audiencia de adjudicación o hasta antes de la realización de la subasta.

Por otro lado, el régimen jurídico aplicable a los procesos de selección regidos por la modificación a la Ley 1150 de 2007 y a la Ley 80 de 1993, esto es, la Ley 1882 de 2018, de acuerdo con el cual los oferentes tienen hasta el término de traslado del informe de evaluación para subsanar los yerros de su propuesta, que, para el caso de la licitación pública, es de cinco (5) días; para el de selección abreviada con subasta inversa y de menor cuantía, tres (3) días; o, para el proceso de mínima de cuantía, un (1) día.

A partir de estos dos contextos normativos surge el problema central que se plantea en el presente escrito:

En un primer momento el legislador otorgó un plazo amplio y a mi juicio desproporcionado, para que el oferente subsanara requisitos, el cual iba hasta antes de la adjudicación. Sin embargo, las entidades públicas se vieron obligadas a suspender y reiniciar muchas veces las audiencias de adjudicación, con el fin de brindarle a los oferentes la posibilidad de subsanar dentro de la misma audiencia, a tal punto que se recibían documentos que inclusive no habían sido presentados inicialmente con las ofertas, subsanando circunstancias

ocurridas con posterioridad al cierre del proceso; de manera que el oferente estaba mejorando su propuesta a fin de cumplir con los requisitos exigidos por la entidad en el pliego de condiciones. Esta situación provocó el deterioro de la gestión administrativa y de la estructura de los procesos de contratación, afectando, entre otros, el principio de economía y de selección objetiva.

Lo anterior se puede evidenciar en el proceso de contratación No. **LP-02-2017**, adelantado por la UAESP, y cuyo objeto²⁷ consistió en la concesión de áreas de servicio exclusivo para la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá D.C., por un precio estimado total de 4.831.500.000.000 COP.

En desarrollo de dicha licitación pública, el Comité Evaluador expidió el Informe de Evaluación Preliminar No. 1, el 20 de diciembre de 2017; y, conforme a las observaciones recibidas por los proponentes, se expidió un informe denominado “Informe de Reevaluación” el día 2 de enero el 2018, es decir, un día antes a la celebración de la audiencia de adjudicación. Con base en el primer Informe, los oferentes allegaron observaciones desde el 21 de diciembre de 2017; y, con base en el “Informe de Reevaluación” (que, dicho sea de paso, no había sido revisado por varios oferentes al día de la audiencia, teniendo en cuenta que el mismo se publicó en horas de la noche), los oferentes presentaron observaciones hasta el 3 de enero de 2018, fecha en la cual se adelantó la Audiencia pública de Adjudicación.

Tal y como se evidencia en el Acta de Audiencia de Adjudicación, en el desarrollo de esta audiencia se dio *“respuesta a cada una de las observaciones y réplicas presentadas por los*

²⁷ Objeto del contrato: *“Concesionar, bajo la figura de áreas de servicio exclusivo, la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá d.c. - Colombia, en sus componentes de recolección de residuos no aprovechables, barrido, limpieza de vías y áreas públicas, corte de césped, poda de árboles en áreas públicas, lavado de áreas públicas y transporte de los residuos generados por las anteriores actividades a los sitios de disposición final”*.

proponentes asistentes a la presente diligencia”, y, en la misma, “se da lectura a las respuestas expresadas por el comité evaluador frente a las observaciones realizadas por cada uno de los proponentes”.

Así mismo, conforme a lo analizado del audio publicado en el SECOP II, dentro de la misma audiencia se precisó cuál fue el alcance de la regla de subsanabilidad en el proceso en cuestión:

En el marco de la observaciones presentadas en esta audiencia pública, procederemos a responderlas una a una de acuerdo a ejes temáticos, es decir, financieros jurídicos y técnicos, para finalizar con la recomendación a la ordenadora del gasto. En este sentido, vamos a iniciar con el eje jurídico.

Promesa de Sociedad Futura Aseo Urbano SASESP: Aduce el proponente que no se debe dar cabida a que se subsanen los ofrecimientos de forma extemporánea, y que en el evento de permitir esta situación es necesario que los proponentes, bajo el principio de contradicción, tengan la posibilidad de verificar nuevamente los documentos y los informes. Adicionalmente señala que es necesario poner un Punto Final a la recepción, tal como lo señaló el pliego de condiciones, la cual fue hasta el día 28 de diciembre de 2017.

Respuesta: En atención a su solicitud la entidad se permite manifestar que de acuerdo a lo señalado en el artículo 5 de la ley 1150 de 2007, el cual señala “(...), en consecuencia, todos aquellos requisitos que no afecten la asignación de puntaje podrán ser solicitados en cualquier momento hasta la adjudicación”. Entonces, en atención a lo dispuesto en palabras anteriores, queda claro que todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por la entidad

en cualquier momento hasta la adjudicación, dejando claro que el actuar de la entidad evidenciado mediante el informe de reevaluación publicado en el SECOP el día 2 de enero de 2017 con las respuestas otorgadas por las observaciones formuladas al informe preliminar de evaluación y con el ánimo de garantizar la igualdad de todos los proponentes en el presente proceso de selección, es que los mismos hoy podrán subsanar todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje.

Adicionalmente, en diferentes pronunciamientos realizados por el Consejo de Estado, éste manifestó que “(...) la posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el contratista, así que para la primera se trata de un deber u obligación con el objetivo de que los proponentes logren participar con efectividad en los procesos de selección en bien del interés general. No hacerlo, en los términos indicados, significaría violar el derecho de los oferentes a subsanar la oferta, y, en consecuencia, se transgrediría el ordenamiento jurídico”.

Teniendo en cuenta lo anterior, la entidad le informa que los proponentes podrán subsanar todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, hasta la adjudicación misma de la licitación pública no. UASP-LP-02-2017, y en consecuencia, la entidad se permite aclarar que los documentos recibidos por los proponentes participantes en el presente proceso de selección y con los cuales se permita, una vez verificados por el comité evaluador, subsanar las propuestas, son documentos que no mejoran la oferta inicial presentada por cada uno de los proponentes. Lo anterior, con

el fin de garantizar el principio de igualdad a todos los participantes de la licitación pública que nos ocupa²⁸.

De acuerdo con lo anterior, y tal como se evidencia del citado audio, el comité evaluador no sólo admitió la recepción de documentos hasta 5 horas antes a la terminación de la audiencia de adjudicación; sino que además realizó la publicación de un “Informe de Reevaluación”, en el que, acogido a las observaciones presentadas por los oferentes durante un término de 13 días, antes de la fecha de adjudicación, reconsideró la decisión que había adoptado a través del informe preliminar de evaluación. Y pese a que la recepción de observaciones hasta la adjudicación era legal, conforme a lo citado por el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, lo cierto es que dicha situación entorpeció el desarrollo de la audiencia y de la licitación.

Incluso, los mismos oferentes advirtieron en el transcurso de la adjudicación la necesidad de limitar el término para subsanar, que, en palabras del comité evaluador, se sintetizó así:

Observaciones presentadas por Ciudad Limpia: El periodo para presentar subsanaciones debe tener un límite, dado que este no es un derecho ilimitado, la entidad debe fijar términos y plazos para la misma, adicionalmente no se deben aceptar temas nuevos ya que esto es no jugar limpio. Respuesta: En atención a su solicitud, la entidad se permite manifestar que, en atención a lo señalado en el artículo 5 de la ley 1150 de 2007 (...) queda claro que los requisitos de la propuesta que no afectan la asignación de puntaje podrán ser solicitadas por la entidad en cualquier momento hasta la adjudicación, dejando claro que el actuar de la entidad evidenciado en el informe de reevaluación publicado por la entidad por las observaciones presentadas al informe preliminar de

²⁸ UAESP. (2017). Proceso de contratación No. LP-02-20177. Recuperado de: <https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/ContractNoticeManagement/Index?currentLanguage=es-CO&Page=login&Country=CO&SkinName=CCE>

evaluación, y con el ánimo de garantizar la igualdad de todos los proponentes participantes en el presente proceso, es que los mismos pueden subsanar (...). En consecuencia, no se acepta la observación presentada por el observante²⁹.

Ahora bien, en el segundo momento, el legislador modifica la anterior regla señalando que el plazo para subsanar es concomitante al término del traslado del informe de evaluación, motivo por el cual el tiempo otorgado a los oferentes para subsanar sus propuestas se reduce sustancialmente en comparación al primer escenario, pero no obstante, el nuevo plazo resulta insuficiente y no consulta la realidad de los procesos de selección. Y lo anterior es así no sólo por el hecho mismo de la reducción del plazo – cinco (5) días, en el caso de la licitación –, sino además porque la práctica administrativa enseña, que la verdadera evaluación, en términos prácticos, no es la que realiza el comité evaluador sino la que realizan los mismos oferentes sobre las propuestas de sus competidores, es decir, de los demás oferentes, como quiera que son los expertos en la provisión de obras bienes o servicios, y conocen al detalle las especificaciones y todos los elementos que deben ser acreditados, además de que se conocen mutuamente desde hace años pues normalmente compiten en el mismo mercado, luego la revisión que hacen de las ofertas generalmente tiene mucho más detalle y más profundidad.

En ese sentido, el punto central del problema radica en que, bajo el segundo escenario, los oferentes están observando tanto la evaluación la propia propuesta como la evaluación realizada a las propuestas de los demás oferentes , y subsanando a su vez, su propia oferta, todo ello dentro de los 5 días hábiles, para el caso de la licitación; y en este punto, la práctica administrativa

²⁹ UAESP. (2017). Proceso de contratación No. LP-02-20177. Recuperado de: <https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/ContractNoticeManagement/Index?currentLanguage=es-CO&Page=login&Country=CO&SkinName=CCE>

también enseña que las observaciones son presentadas generalmente el último día hábil del plazo de cinco (5) días para la licitación o de tres (3) días para las demás modalidades de convocatoria pública.

Así las cosas, ocurre que la Entidad contratante y/o el Comité Evaluador, solo conoce de manera completa todas las observaciones al vencimiento del quinto día hábil del traslado del informe de evaluación, es natural que se percate que varias de las observaciones pueden ser procedentes y que como consecuencia, se evidencien inconsistencias de las que bien podrían ser objeto de subsanación, pero se encuentra con el agravante, que de acuerdo con la ley, el plazo o término para subsanar, ya se encuentra fenecido, luego en estricto derecho, no existen plazos adicionales para subsanar.

Entonces, esta circunstancia genera serias consecuencias jurídicas para los partícipes en el proceso de selección a saber. En primer lugar para la Entidad contratante, como quiera que puede advertir que la evaluación de las ofertas por parte del Comité Evaluador, tiene inconsistencias o falencias, y que no puede adjudicar en esas condiciones, pero a su vez, ya no cuenta con un plazo legal para que se realice una subsanación propiamente dicha.

Para los oferentes, quienes pueden evidenciar inconsistencias de sus ofertas que no fueron detectadas ni por su equipo de licitaciones al momento de confeccionar la oferta ni por el Comité Evaluador, pero tampoco cuenta con un plazo legal para que se realice una subsanación propiamente dicha.

Entonces, antes dicha situación, las Entidades contratantes con el propósito de salir de este aprieto y de adjudicar para satisfacer su necesidad, han optado por resolver la dificultad por vía del pliego de condiciones, desconociendo los principios de legalidad, responsabilidad, economía,

y por sobre todo, violando la norma vigente sobre la subsanabilidad, como quiera que establecen otra etapa de subsanación posterior al vencimiento del término de traslado del informe de evaluación, para permitirse requerir a los oferentes y que estos a su vez subsanen las falencias de sus ofertas.

Realizada la búsqueda en el SECOP II., se encontró un ejemplo de lo que acabamos de anotar en la licitación pública No. **LP-DG-0001-2023**, adelantado por el SENA – Servicio Nacional de Aprendizaje, cuyo objeto es *“Contratar el diseño, instalación, puesta en funcionamiento, operación, mantenimiento, soporte y gestión de los servicios tecnológicos del SENA a nivel nacional, garantizando su interoperabilidad, integración, cumplimiento del gobierno y arquitectura de tics de la entidad, y mejora continua. Estas labores incluyen aquellos servicios conexos y complementarios necesarios para la operación del servicio”*³⁰.

En el proyecto de pliego de condiciones de esta licitación pública, la Entidad Estatal creó irregularmente un nuevo término para presentar subsanaciones, indicando que, en caso de que no se advirtiera ni requiriera la ausencia de requisitos o la falta de documentos, la Entidad podía requerir al oferente *“otorgándole un término igual al establecido para el traslado del informe de evaluación, con el fin de que los allegue”*; término que, como ha quedado visto, no se encuentra regulado por la ley:

1.6. REGLAS DE SUBSANABILIDAD, EXPLICACIONES Y ACLARACIONES. El proponente tiene la responsabilidad y la carga de presentar su oferta en forma completa e integral, esto es, respondiendo todos los puntos del pliego de condiciones y adjuntando

³⁰ SENA. (2023). Proceso de selección No. LP-DG-0001-2023. Recuperado de: <https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/ContractNoticeManagement/Index?currentLanguage=es-CO&Page=login&Country=CO&SkinName=CCE>

todos los documentos de soporte o prueba de las condiciones que pretenda hacer valer en el proceso. **En caso de ser necesario, la entidad debe solicitar a los proponentes durante el proceso de evaluación, y a más tardar en el informe de evaluación, las aclaraciones, precisiones o solicitud de documentos que puedan ser subsanables.** No obstante, los proponentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas en los aspectos que otorgan puntaje, los cuales podrán ser objeto de aclaraciones y explicaciones. Los proponentes deberán allegar las aclaraciones o documentos requeridos en el momento en el que fueron solicitados y a más tardar hasta el término de traslado del informe de evaluación, es decir, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, contados a partir del día hábil siguiente a la expedición del informe de evaluación. **En el evento en que la entidad no advierta 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 y no los haya requerido durante el proceso de evaluación, a más tardar en el informe de evaluación, podrá requerir al Proponente, otorgándole un término igual al establecido para el traslado del informe de evaluación, con el fin de que los allegue.** En caso de que sea necesario, la entidad ajustará el cronograma.

La particularidad de la inclusión de este apartado dentro del proyecto de pliego de condiciones antes citado, es que la misma está respaldada por la Circular Externa de la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, del 15 de julio de 2022, en la que se indica lo siguiente:

Con todo, también debe advertirse que, bien puede suceder que la entidad estatal no advierta la necesidad de subsanar determinado requisito antes de la publicación del informe de evaluación, y que la misma no se evidencie sino a partir de las observaciones

*formuladas por los interesados al informe, caso se hace necesario requerir al proponente para que subsane. **Sobre el particular se destaca lo dispuesto en el inciso final del numeral 1.6 del documento base, el cual es concordante con lo señalado por esta Agencia en el numeral 12.1 de la Circular Externa Única** en la que se señala: «En el evento en que la Entidad Estatal no le haya otorgado oportunamente al proponente la posibilidad de subsanar, esto es, en el informe de evaluación o en un momento anterior durante la evaluación de las ofertas, **se recomienda requerir a ese proponente otorgándole un término igual al establecido para el traslado del informe de evaluación, con el fin de que subsane**»³¹.*

En concordancia con lo anterior, Colombia Compra Eficiente también había expedido la Circular Externa No. 13, del 13 de junio de 2014, en virtud de la cual estableció los lineamientos sobre la subsanación de las ofertas en asuntos que no otorgan puntaje, señalando, entre otras cosas, que:

*Si en un Proceso de Contratación hay oferentes que no acreditaron con la presentación de la oferta requisitos que no afectan la asignación de puntaje, la Entidad Estatal en el informe de evaluación debe indicarlo y advertir que la oferta correspondiente no será evaluada hasta que el oferente acredite tales requisitos. **El oferente puede subsanar tales requisitos en cualquier momento antes de la adjudicación o de la subasta.***

Si el oferente subsana y acredita tales requisitos oportunamente, la Entidad Estatal debe actualizar el informe de evaluación y publicarlo en el SECOP incluyendo en la evaluación la oferta objeto de subsanación. Las Entidades Estatales también deben dar a conocer el

³¹ Colombia Compra Eficiente. (2022, Julio). *Circular Externa Única*. [archivo PDF]. Recuperado de https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/cce-eicp-ma-06_circular_externa_con_comentarios_de_ciudadanos-_v2f_002.pdf

nuevo informe de evaluación en la audiencia de adjudicación si hay lugar a esta audiencia, y pueden recibir las observaciones pertinentes hasta la adjudicación.

*Con base en el principio de economía y el objetivo de eficiencia del sistema de compras y contratación pública, **la Entidad Estatal debe decidir si es necesario otorgar un término para la presentación de observaciones sobre el nuevo de informe de evaluación**³².*

Como se desprende de lo anterior, Colombia Compra Eficiente está recomendado a las Entidades Estatales incluir en sus procesos de selección, y de manera irregular, etapas no previstas en la ley, y por sobre todo, ejercer facultades y/o competencias no asignadas por la ley y peor aún, ejercerlas por fuera de los plazos señalados en la ley, lo que de por sí, también desconoce de paso el principio de economía que obliga a realizar o desarrollar únicamente las etapas previstas en la ley.

*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».*

³² Colombia Compra Eficiente. (2014, Junio). *Circular Externa Única No. 13*. [archivo PDF]. Recuperado de https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/20140612circular13.pdf

No obstante, de la lectura de este aparte podrían, **en la práctica, darse dos interpretaciones que dan lugar a dos formas de proceder en los procesos de selección**, en lo que a la subsanabilidad de las ofertas se refiere. Primera, que la posibilidad para subsanar de los oferentes es el término del traslado del informe de evaluación, ya que es en este documento donde la Administración consigna los requisitos o documentos omitidos que los oferentes deben subsanar, so pena de rechazo; **segunda, que el término del traslado del informe de evaluación es el límite para la subsanación de ofertas, pero no el único momento para hacerlo**. De acuerdo con la primera interpretación, el informe de evaluación se convierte en la oportunidad que adopta la Administración para 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 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 (...)³³.

³³ Colombia Compra Eficiente. (2022, Enero). *Concepto C- 728 de 2022*. [archivo PDF]. Recuperado de <https://www.beltranpardo.com/wp-content/uploads/2022/02/C-728-2021.pdf>

En síntesis, la verdadera evaluación de las ofertas proviene de los propios oferentes, y no precisamente del análisis realizado por el Comité Evaluador de la Entidad Estatal, de modo que la actual regulación no garantiza la efectividad de la subsanabilidad como facultad de la Entidad contratante ni como derecho del proponente ni la materialización del principio de selección objetiva, en virtud a que las reformas, tanto de la ley 1150 de 2007, como de la ley 1882 de 2018, no han consultado la realidad de la contratación pública ni la dinámica de los procesos de selección de contratistas. .

Así pues, la crítica de esta figura se centra en que, una vez vencido el término de traslado para subsanar y/o observaciones, los proponentes no gozan de un plazo posterior o adicional para subsanar los requisitos encontrados por los demás oferentes en el proceso de observaciones, de manera que la regla de subsanabilidad no es plenamente aplicada principalmente por el tiempo que legalmente se les otorga para tal fin³⁴.

Bajo el anterior contexto, dable es concluir que la solución al problema de la subsanación como etapa no se encuentra en otorgar un plazo ilimitado o desproporcionado, que vaya hasta la adjudicación; ni otorgar sólo el término de 5, 3 o 1 día para observar y subsanar, sino en otorgar un plazo acorde con los principios de selección objetiva, economía, eficacia e igualdad, tal como se verá en el próximo capítulo.

4. Propuesta de modificación a la subsanabilidad como etapa.

Conforme al planteamiento anteriormente presentado, en este capítulo se pretende proponer una modificación a la regla de subsanabilidad como etapa, en el sentido de determinar cuál es el

³⁴ Colombia Compra Eficiente. (2019, Junio). *Respuesta consulta, Radicado No. 2201913000008484*. [archivo PDF]. Recuperado de <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/relatoria/5/2471/1596545732311-4201912000006453.docx>

término que se debe otorgar a los oferentes para que los mismos puedan observar las demás propuestas y subsanar las propias de manera efectiva y oportuna.

Como ha quedado visto, aunque la regulación hoy vigente buscó dar primacía al carácter sustancial de la figura de la subsanabilidad sobre lo meramente formal al prohibir rechazar las ofertas por errores de forma (artículo 25), el legislador no desarrolló un procedimiento eficaz que permitiera dar aplicación a instrumentos efectivos dirigidos a subsanar la acreditación de requisitos durante la etapa de evaluación de los oferentes en un proceso contractual.

Como señala el tratadista Moreno (2016), en su libro *La Contratación Pública en América Latina*, la sustancialidad de los contratos administrativos se fundamenta en la dinámica contractual que exige mayor flexibilidad de la actividad frente a otras actuaciones administrativas, incluyendo los procesos contractuales, lo que comporta esfuerzos permanentes por la simplificación del sistema para realizar los principios de eficacia y eficiencia como orientaciones esenciales de toda actuación de la Administración moderna:

La sustantividad de los contratos de la Administración no consiste hoy en la afirmación de un régimen particular público del contrato administrativo, derivado de la condición de poder público de la Administración contratante y de los vínculos estrechos del contrato con servicios públicos. La sustantividad se orienta hoy a la constatación de que los contratos de la Administración pública deben respetar principios y lineamientos mínimos de toda gestión pública, en razón de la gestión de recursos públicos y de las finalidades particulares que han de guiar toda actuación pública hacia el interés general, incluso en las empresas públicas que desarrollan actividades industriales y comerciales.

Pero, al mismo tiempo, la sustancialidad de los contratos de la Administración también se fundamenta en la dinámica contractual que exige mayor flexibilidad de la actividad, frente a otras actuaciones administrativas, lo que comporta esfuerzos permanentes por la simplificación del sistema, para realizar efectivamente los principios de eficacia y eficiencia que también constituyen orientaciones esenciales de toda actuación de la Administración moderna.

El delicado equilibrio entre flexibilidad y cumplimiento de fines públicos, entre autonomía y sujeción al principio de legalidad, no se materializa de la misma manera en todos los contratos ni en las diversas etapas del ciclo contractual.

De allí se deriva la importancia y el sentido de la propuesta que se presenta en este escrito de investigación: La necesidad de elegir al mejor oferente a partir de criterios objetivos y con base en un proceso de selección reglado y tendiente a la eficacia y a la eficiencia.

De esta manera, se considera que la subsanabilidad como etapa debe comprender dos momentos. Un primer momento, desde el término otorgado a los oferentes para presentar observaciones al informe de evaluación preliminar y a las ofertas de los demás proponentes, así como para radicar las correcciones o subsanaciones requeridas por la Entidad Estatal en el informe de evaluación preliminar (sobre requisitos que se han cumplido de manera previa al cierre del proceso) o por iniciativa propia de los oferentes durante el término de traslado del informe.

Bajo este primer momento, se estarían materializando los principios de publicidad, contradicción y transparencia, pues la totalidad de los interesados tendrían un término preclusivo y perentorio para revisar el informe publicado por la entidad, y bajo ese escenario, presentar sus

observaciones. Así mismo, en caso de requerirse, los oferentes contarían con un plazo legal para allegar las correspondientes subsanaciones.

Ahora, con base en las observaciones presentadas por los oferentes en este primer momento, la Entidad Estatal entraría a aplicar la regla de la subsanabilidad en un segundo momento, que transcurre entre el vencimiento del término de traslado del informe de evaluación y hasta un plazo adicional mínimo de tres (3) días hábiles, En este segundo momento se estarían materializando los principios de igualdad, eficacia y selección objetiva, pues aquí la Entidad Estatal ya tendría conocimiento de todas las situaciones advertidas por los proponentes en sus escritos de observaciones al informe preliminar de evaluación, y que no fueron detectadas por el Comité Evaluador, antes de llevar a cabo la audiencia de adjudicación o la subasta.

En este segundo momento, entonces, se otorgaría un término adicional por ministerio de la ley, para que los oferentes subsanaran o corrigieran aquellas situaciones evidenciadas por sus demás competidores, de manera que la Entidad Estatal tendría la certeza de que, las falencias de la evaluación inicial pueden ser ajustadas, de que las ofertas cuyas inconsistencias fueron detectadas al vencimiento del término de traslado pueden subsanarse dentro de un plazo de orden legal, y por sobre todo, que puede ejercer una competencia o una facultad desde el punto de vista material como temporal, amparada por la ley.

En ese orden de ideas, y para el caso de la licitación pública, conforme a los tiempos presentados en el cronograma del proceso, la Entidad Estatal adelantaría el siguiente procedimiento:

1. Recibe las propuestas en la fecha de cierre de acuerdo con los plazos establecidos en el cronograma del proceso.
2. Realiza la evaluación de las ofertas presentadas, de acuerdo con los requisitos desarrollados en el pliego de condiciones y dentro de los plazos establecidos en el cronograma del proceso.
3. Publica el informe preliminar de evaluación en la fecha establecida en el cronograma del proceso.
4. Concede un término de cinco (5) días para que los oferentes presenten observaciones y subsanen los requerimientos realizados en el informe preliminar de evaluación.
5. Vencido el término anterior, revisa las observaciones presentadas por todos los oferentes respecto de todas las propuestas y dentro de un término adicional de mínimo tres (3) días hábiles, realiza las respectivas solicitudes o requerimientos de subsanación que solo fueron detectados con base en las observaciones presentadas, con el fin que los oferentes subsanen lo correspondiente.

En ese orden de ideas, y de manera proporcional al término de cinco (5) días, se les estaría otorgando un término de tres (3) días a los oferentes, no para que observen nuevamente lo que se decidió en el informe preliminar de evaluación por parte de la Entidad – teniendo en cuenta que el plazo de contradicción ya surtió sus efectos dentro de los cinco (5) días anteriores –, sino para que subsanen requisitos no advertidos por el Comité Evaluador, pero sí por sus competidores.

En este punto es importante precisar que la subsanación de la que se habla debe tratarse exclusivamente de aquellos requisitos o situaciones que ya existían al cierre del proceso, de

manera que no se aproveche este plazo adicional para mejorar irregularmente la propuesta presentada dentro del término otorgado por el cronograma del proceso. De lo contrario, esto es, de encontrarse situaciones que no existían al momento del cierre del proceso, la propuesta deberá ser rechazada conforme a lo establecido en la ley y en el respectivo pliego de condiciones.

En ese sentido, si bien estos dos momentos han sido incluidos por las Entidades Estatales dentro del pliego de condiciones a partir de diferentes interpretaciones, lo cierto es que dicha inclusión es ilegal, precisamente porque la ley es clara al señalar que los oferentes deben observar y subsanar de manera concomitante dentro del término de traslado del informe de evaluación, y no de manera posterior al vencimiento de dicho término.

De esta manera, las Entidades Estatales no sólo evitarían realizar múltiples audiencias o aceptar documentación hasta horas antes de la adjudicación; sino que también garantizarían en su integridad el derecho de los oferentes a contradecir el informe de evaluación y a subsanar los requerimientos no advertidos por el Comité Evaluador.

La versión final de la propuesta de modificación legal del artículo 5 de la ley 1882 de 2018, quedaría se la siguiente manera:

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 tercer día hábil siguiente al vencimiento del término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, incluido el proceso de selección a través del sistema de subasta. Se encuentra excluido el proceso de mínima cuantía. 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.

Lista de referencias

Ballesteros, M. (2016). *Importancia del principio de la transparencia en la contratación administrativa*. Tipo: Tesis de maestría. Universidad Santo Tomás. Facultad de derecho.

Benavides, L. (2014). *Contratos Públicos – Estudios Temáticos de derecho administrativo*. Editorial Universidad Externado. Edición 5.

Benavides, L. (2014). *El Contrato Estatal. Entre el derecho público y el derecho privado*. Editorial Universidad Externado. Edición 2.

Colombia Compra Eficiente. (2014, Junio). *Circular Externa Única No. 13*. [archivo PDF].

Recuperado de

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/20140612circular_13.pdf

Colombia Compra Eficiente. (2017). *Acuerdo Marco de Precios para el tratamiento de Pacientes con VIH CCE-571-1-AMP-2017, celebrado entre Colombia Compra Eficiente y (i) Sociedad Integral de Especialistas en Salud S.A.S. SIES Salud S.A.S; (ii) Unión Haart U.T; y (iii) I.P.S de la Costa S.A.* [archivo PDF]. Recuperado de

<https://www.colombiacompra.gov.co/tienda-virtual-del-estado-colombiano/salud/tratamiento-de-vih> ;

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_tienda_virtual/contrato_amvih_cce-571-1-amp-2017.pdf

Colombia Compra Eficiente. (2018). *Respuesta derecho de petición Radicado No.*

4201813000001164. [archivo PDF]. Recuperado de

http://www.nuevaleislacion.com/files/susc/cdj/doct/cce_1164_18.pdf

Colombia Compra Eficiente. (2019, Junio). *Respuesta consulta, Radicado No.*

2201913000008484. [archivo PDF]. Recuperado de

<https://relatoria.colombiacompra.gov.co/relatoria/5/2471/1596545732311-4201912000006453.docx>

Colombia Compra Eficiente. (2019, Junio). *Respuesta derecho de petición Radicado No. 2201913000003917*. [archivo PDF]. Recuperado de

https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/respuestas_derechos_de_peticion/4201912000002698_0.pdf

Colombia Compra Eficiente. (2019, Noviembre). *Concepto sobre subsanabilidad, aplicación, improcedencia*. [archivo PDF].

Colombia Compra Eficiente. (2022, Enero). *Concepto C- 728 de 2022*. [archivo PDF].

Recuperado de <https://www.beltranpardo.com/wp-content/uploads/2022/02/C-728-2021.pdf>

Colombia Compra Eficiente. (2022, Julio). *Circular Externa Única*. [archivo PDF].

Recuperado de

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/cce-eicp-ma-06_circular_externa_con_comentarios_de_ciudadanos-v2f_002.pdf

Colombia Compra Eficiente. (2022, Mayo). *Concepto C- 285 de 2022*. [archivo PDF].

Recuperado de <https://www.beltranpardo.com/wp-content/uploads/2022/06/Concepto-285-de-2022.pdf>

Colombia Compra Eficiente. (2022, Septiembre). *Concepto C- 814 de 2022*. [archivo PDF].

Recuperado de <https://www.beltranpardo.com/wp-content/uploads/2022/12/1669944832697-C-814.pdf>

Concepto No. 927 de 2018, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Congreso de Colombia (15 de enero 2018) por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública a en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones. [ley 1882 de 2018] recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=84899>

Congreso de Colombia (16 de julio 2007) Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. [LEY 1150 DE 2007] recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html

Congreso de Colombia (28 de octubre de 1993) Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública [LEY 80 DE 1993] recuperado de gov.co

Consejo de Estado (2014). Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 12 de junio de 2014. Expediente No. 21324.

Consejo de Estado (2014). Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2014. Expediente No. 25804. [C.P. Enrique Gil Botero].

Consejo de Estado (2014). Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 27 de marzo de 2014. Expediente No. 28855.

Consejo de Estado, Sección E, expediente No. 25804 de 2014
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=304>

Consejo De Estado, Sección Tercera (03 diciembre de 2018) Sentencia 40416 [MP. Ramiro Pazos Guerrero].

Consejo De Estado, Sección Tercera (10 De agosto De 2015) Sentencia 34713 [Mp Olga Mérida Valle De La Hoz].

Consejo de Estado, Sección Tercera (12 De noviembre De 2014) Radicación 25000-23-26-000-1996-12809-01 [Gomher Ltda].

Consejo de Estado, sección tercera (19 de noviembre de 2012) Sentencia 22043 [MP. Jaime Orlando Santofimio].

Consejo De Estado, Sección Tercera (26 De noviembre De 2015) Sentencia 51376 [Mp Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

Consejo de Estado, Sección Tercera (30 De noviembre de 1994) Sentencia 9652 [Dr. Daniel Suarez Hernandez].

Consejo De Estado, Sección Tercera Subsección B Sentencia 50793 (5 De octubre 2020) [Mp. Alberto Montaña Plata].

Consejo De Estado, Sección Tercera, Sentencia 45607 (24 de octubre de 2016) [MP. Marta Nubia Velásquez Rico].

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de agosto de 2018, Expediente No. 38339.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 25 de octubre de 2019. Exp. 39.945. Consejera Ponente: María Adriana Marín.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 5 de julio de 2018. Exp. 37.834. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2014.

Exp. 25.804. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 31 de enero de 2011. Exp. 17.767.

Contratacion en Linea. (s/f). Contratacionenlinea.Co. Recuperado el 2 de agosto de 2022, de <https://contratacionenlinea.co/index.php?action=view&id=5843&module=newsmodule&src=%40random6117e16c9d429>

Corte Suprema De Justicia (10 de agosto 2015) [Mp Olga Mélida Valle De La Hoz].

Dávila, L. (2003). *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993*. Edición Legis S. A.

Echeverry, G. (2011). *Registro Único de Proponentes: Requisito Habilitante*. Tipo: Tesis de especialización. Universidad de la Sabana. Facultad de derecho.

Enrique, E., & Freire, E. (2018). *La hipótesis en la investigación Hypothesis in research. Sld.cu*. Recuperado el 2 de agosto de 2022, de <http://scielo.sld.cu/pdf/men/v16n1/1815-7696-men-16-01-122.pdf>

López, A. C. (2018). *Aplicabilidad modulada del régimen jurídico de la subsanabilidad de las ofertas*. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 21, 263–310. <https://doi.org/10.18601/21452946.n21.12>

Matallana, E. M. (2015). *Manual de contratación de la Administración pública: reforma Ley 80 de 1993*. Bogotá. Editorial Universidad Externado. Edición 4.

Monterroso, E. (2000). Accidentes de circulación: la concurrencia de causas en la responsabilidad civil contractual. Universidad Autónoma de Madrid. Tomado de <https://repositorio.uam.es/handle/10486/11009>

Moreno, P. (2016). *La contratación pública en América Latina*. Editorial Universidad Externado. Edición 1.

Pino, J. (2005). *El régimen jurídico de los contratos estatales*. Bogotá, Colombia. Ed. Universidad Externado.

Presidencia de la Republica (17 de julio de 2013)Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública.[DECRETO 1510 DE 2013] recuperado de gov.co <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=53776>;
https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/respuestas_derechos_de_peticion/4201912000002698_0.pdf

Presidencia de la Republica (16 de enero 2007) Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad y selección objetiva, y se dictan otras disposiciones [decreto 006 del 2007] recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html

Presidencia de la Republica (7 de julio de 2008) por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones. [DECRETO 2474 DE 2008] recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=31185>

Presidencia de la Republica (abril 13 de 2012) Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones. [DECRETO

734 DE 2012] recuperado de

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=46940>

Rincón, J.; Montaña, A. (2017). *Contratos públicos: Problemas, perspectivas y prospectivas*. Editorial Universidad Externado. Edición 1.

Rodríguez (2015). *Los principios de selección objetiva y subsanabilidad en la Contratación estatal: un estudio sobre la interpretación del Artículo 30 de la ley 80 de 1993 y normas concordantes a fin de Procurar una adecuada evaluación de la oferta*. Tipo: Tesis.

Universidad Católica De Colombia. Recuperado de

<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/3058/4/articulo%20de%20investigacion%20%20segun%20circular%20002-15%20y%20normas%20apa-principio%20de%20selecci%3%92n%20objetiva.pdf>

Rodríguez, M. (2016). *Evaluación y Rechazo de Oferta en la Ley 80 de 1993*. Editorial Lijursanchez. Edición 1.

SENA. (2023). Proceso de selección No. LP-DG-0001-2023. Recuperado de:

<https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/ContractNoticeManagement/Index?currentLanguage=es-CO&Page=login&Country=CO&SkinName=CCE>

Suárez, G. (2014). *Estudios de Derecho Contractual Público*. Editorial Javeriana. Edición 1.

Tovar, H. (2019). *El deber de información en los contratos públicos sometidos a al estatuto general de contratación pública*. Tipo: Tesis de maestría. Universidad Externado de Colombia. Facultad de derecho.

UAESP. (2017). Proceso de contratación No. LP-02-20177. Recuperado de:

<https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/ContractNoticeManagement/Index?currentLanguage=es-CO&Page=login&Country=CO&SkinName=CCE>

Villamizar, J. (2019). *Principios de libertad, libre concurrencia y selección objetiva en la contratación estatal*. Tipo: Tesis de especialización. Universidad Libre. Facultad de derecho.