



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL**

Consejero Ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA

Bogotá, D.C., noviembre seis (06) de dos mil ocho (2008)

Radicación No. 1.927

Número Unico No 11001-03-06-000-2008-00079-00
Referencia: Posibilidad de subsanar el requisito de constitución de póliza de cumplimiento de oferta en licitación pública.

La señora Ministra de Comunicaciones, doctora María del Rosario Guerra de la Espriella, formula consulta a la Sala sobre *“la subsanabilidad del requisito de constitución de póliza de cumplimiento de oferta, en licitación 01 de 2008 para la adjudicación de concesiones del servicio de Radio Comercial.”*

Menciona como antecedente que *“por medio de la Licitación Pública No. 01 de 2008, el Ministerio de Comunicaciones abrió el proceso de contratación para otorgar mediante licencia la concesión para prestar el servicio de radio difusión sonora de naturaleza comercial en amplitud modulada (A.M.) y en frecuencia modulada (F.M.), en gestión indirecta comercial, de cubrimiento zonal o zonal restringido, para 59 municipios.”*

Que de acuerdo con el pliego de condiciones, los proponentes tenían que presentar dos sobres; el primero con los documentos jurídicos, técnicos y financieros, relacionados con los requisitos generales que debe cumplir el proponente para participar en la audiencia de adjudicación, y el segundo con la oferta económica y la póliza de garantía de seriedad de la oferta, el cual sólo sería abierto en la audiencia de adjudicación y respecto de los proponentes que hubieran cumplido con los requisitos habilitantes, antes de expedir la respectiva resolución de adjudicación.

Agrega que según el pliego de condiciones, en caso de que el adjudicatario no cancele el valor de la concesión propuesto, dentro de los 10 días hábiles siguientes a la fecha de la notificación de la resolución de adjudicación, el Ministerio no expedirá la licencia respectiva y le hará efectiva la póliza de seriedad de la propuesta, sin perjuicio de las acciones legales tendientes al reconocimiento de los perjuicios causados y no cubiertos por la garantía.

Señala que el pliego de condiciones en su numeral 2.1.4. Garantía de Seriedad de la Propuesta, correspondiente al CAPITULO V. FACTORES DE ADJUDICACION, exigía la constitución de la garantía a favor del Ministerio de Comunicaciones por un valor equivalente al 25% de la oferta económica incluido el IVA, con una vigencia de 180 días calendario contados a partir de la

fecha de cierre de la licitación, o de su prórroga dado el caso. Que tal requisito se cumplía, incluyendo en el segundo sobre además del original de la póliza, el respectivo recibo del pago de la prima.

Indica que el pago de la garantía en caso de hacerse exigible, tiene el carácter de sanción por incumplimiento de la propuesta presentada por el adjudicatario y sin perjuicio del derecho que le asiste al Ministerio, de exigir la indemnización de los perjuicios que se llegare a sufrir por dicho incumplimiento.

Aclara igualmente que según los pliegos, la garantía de seriedad de la oferta se hará efectiva cuando el adjudicatario no cancele el valor de la concesión o no cumpla con los requisitos de legalización de la misma dentro de los términos establecidos, y además en caso de que se solicite el retiro de la propuesta después del cierre de la licitación, salvo en casos de inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente.

Manifiesta que los pliegos exigían incluir en el texto de la póliza de seriedad el siguiente contenido, sin que sus alcances se limiten por otras cláusulas, constancias o documentos privados:

“La presente garantía amparará en general el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el tomador con ocasión de la presentación de la propuesta presentada al Ministerio de comunicaciones dentro de la Licitación Pública No. 01 de 2008 del servicio de radiodifusión sonora, cuyo objeto es otorgar mediante Licencia Pública la concesión para prestar el servicio de radiodifusión sonora de naturaleza comercial en Amplitud Modulada (A.M.) y en frecuencia Modulada (F.M.), en gestión indirecta comercial, de cubrimiento zonal o zonal restringido en las condiciones y términos que se establecen en el pliego del proceso mencionado, en el caso de resultar adjudicatario de la misma, y en particular de las siguientes:

La obligación de cancelar los derechos de licencia, en los términos y dentro de los plazos y condiciones previstos en los pliegos de condiciones que rigen el proceso de Licitación adelantado por el Ministerio de Comunicaciones.

El valor de la presente póliza será exigible con la ejecutoria del acto administrativo expedido por el Ministerio de Comunicaciones, en la que se declare el incumplimiento del proponente respecto de su oferta, y se pagará el valor total al beneficiario en los términos previstos por la Ley.

El proponente deberá presentar la garantía de seriedad de la oferta en los términos indicados, donde deberá constar claramente el nombre del beneficiario, afianzado y-o tomador, su objeto, la vigencia de la póliza y su monto conforme a lo solicitado en este numeral.”

Agrega la señora Ministra que en el cierre del proceso realizado el pasado 13 de agosto de 2008, se evidenciaron varias situaciones respecto al cumplimiento de la obligación relativa a la presentación de la garantía de seriedad de la propuesta, las cuales resume así:

“-Presentación de la póliza dentro del sobre de oferta económica, tal cual se exigía en el pliego.

-Manifestaciones verbales en la audiencia por parte de algunos proponentes, sobre la imposibilidad de presentar la póliza según lo establecido en el pliego.

-Presentación por parte de algunos proponentes, de certificaciones expedidas por Compañías de Seguros en torno a la imposibilidad de constituir las pólizas en las condiciones requeridas por la entidad contratante.

-Solicitud de algunos proponentes, que presentaron oportunamente la documentación de la propuesta, para que se les recibieran las pólizas, con posterioridad a la hora del cierre de la licitación."

Finalmente sostiene, que según las normas vigentes, en particular el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 y el 10 del Decreto 2474 de 2008, los requisitos que no constituyan factores de escogencia, ni afecten la asignación de puntaje, podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos. Por lo anterior y teniendo en cuenta el principio contractual de primacía de lo sustancial sobre lo formal, se consulta lo siguiente:

"2.1. De conformidad con la nueva normatividad en materia de contratación estatal, la constitución de la póliza que ampara la seriedad de la oferta puede considerarse un requisito subsanable en la medida en que sólo está llamada a tener efectos cuando el oferente que resulte adjudicatario no concurra a la a la celebración del contrato y no es factor de evaluación, ni de comparación de las propuestas?"

2.2. En el evento de considerarse subsanable, puede la entidad, de conformidad con el procedimiento de adjudicación, ordenar su presentación, si no obra en la propuesta, o la corrección de haberse omitido alguna de las exigencias del pliego, una vez iniciada la audiencia y antes de proceder a la respectiva adjudicación?"

2.3. De ser positiva la respuesta a la pregunta anterior, puede la entidad aceptar la presentación de pólizas constituidas en fecha posterior a la del cierre del proceso?"

CONSIDERACIONES

Para absolver los interrogantes formulados, considera la Sala que se deben abordar los siguientes temas: i) Naturaleza jurídica de la póliza de seriedad de la oferta en la Contratación Estatal; ii) Requisitos subsanables dentro del proceso de contratación estatal; y iii) Posibilidad de hacer observaciones a los pliegos de condiciones.

1. Naturaleza jurídica de la póliza de seriedad de la oferta en la Contratación Estatal y obligatoriedad de su presentación

Esta Sala en el concepto 1.723 del 30 de marzo de 2006, elaboró un recuento histórico acerca de las garantías en los contratos estatales y concluyó que la Ley 80 de 1993, adoptó la institución del seguro de cumplimiento entre particulares y la adecuó a las necesidades de la contratación estatal dada su naturaleza pública y los fines que ésta persigue.

Específicamente sobre la garantía de los ofrecimientos hechos por el licitante, se manifestó que la obligación que se quiere garantizar es la de mantener la seriedad de la oferta, generalmente conocida como *"irrevocabilidad de la oferta"*. Lo anterior implica que en derecho público la manifestación del retiro de la misma es ineficaz, de manera que la administración no puede dejar de

evaluarla. Así, en caso de resultar escogida, el adjudicatario deberá suscribir el contrato, so pena de que se le aplique la sanción contemplada en el numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, esto es, hacerle efectiva la mencionada garantía. Concretamente se señaló:

“El licitador debe garantizar la seriedad de los ofrecimientos hechos, en los términos legales antes transcritos, locución que significa que su oferta es irrevocable, pues es seria o en firme. De aquí surge la pregunta acerca del efecto jurídico en caso de que el oferente se retracte: ¿es el contemplado por el artículo 846 del código de comercio antes esbozado, o existe otro diferente, propio del derecho público?”

Encuentra la Sala que la respuesta se halla en el numeral 12 del artículo 30 transcrito antes, el cual dispone que si el adjudicatario no suscribe el contrato, (o no lo legaliza), la administración se quedará con el valor de la garantía o depósito constituidos para garantizar la seriedad de la oferta, dando a entender, que la única situación en la que el ente licitante se queda con la garantía es la no suscripción del contrato. De esta norma se desprende que el legislador colombiano modificó la regla sobre la irrevocabilidad de la oferta del código de comercio, puesto que en éste estatuto, el retracto conlleva la indemnización de perjuicios. En la ley 80 de 1993, si un licitador manifiesta a la administración que retira o modifica la oferta, ésta expresión de voluntad no produce ningún efecto, y por lo mismo no surge para la administración el derecho al cobro de una indemnización de perjuicios, debiendo hacer caso omiso de éste pronunciamiento, y evaluar la oferta. Si ésta resulta ganadora se le adjudica el contrato, y si el licitador no lo suscribe, entonces se hará acreedor de la sanción de pérdida de la garantía y la inhabilidad correspondiente.

(...)

Ahora bien, es claro que el hecho de participar en una licitación o en general en un proceso de selección, genera para el licitador otras obligaciones distintas de la de suscribir y legalizar el contrato, que consisten en realizar todas las actividades que se desprenden de la participación en el proceso y que son consecuencia del principio de la buena fe, en las que se encuentra la de dar oportuna respuesta a las “aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables” que le sean pedidas por la entidad licitante, con miras a efectuar una adjudicación objetiva.

La solicitud de consulta requiere que se aclare si el oferente tiene o no la libertad de contestar a la solicitud que le haga la entidad; si en caso de silencio puede cobrar el valor de la garantía de seriedad de la oferta, y si en el evento en que las respuestas o aclaraciones que entregue no coinciden con la oferta presentada, se le puede aplicar esta misma sanción.

En relación con la primera parte de la inquietud presentada, es claro que dado que se trata de una oferta de contrato comunicada libremente por el oferente, está obligado a suministrar toda la información necesaria para que el ente licitante efectúe la comparación con las demás propuestas a efectos de realizar una adjudicación objetiva. El silencio del licitador tiene como efecto, generalmente aceptado, el rechazo de su oferta, pues si las aclaraciones pedidas son indispensables para la evaluación, su ausencia conlleva a la imposibilidad de realizarla.

El rechazo de la oferta, incluyendo el caso de falta de respuesta a los requerimientos efectuados por la administración, por si mismo no da lugar a que la administración se quede con el depósito o la garantía de seriedad, pues no hay norma que lo autorice. Sin embargo, si se desprende que puede haber culpa o mala fe, podrá la entidad pública, como se explica más adelante, demandar para solicitar las correspondientes sanciones derivadas de la actuación del licitador, y los perjuicios causados.

(...)

En los párrafos de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia citadas en el primer acápite de este concepto, era claro que del hecho ilícito del incumplimiento se desprendía la necesidad de reparar los perjuicios que con éste se causarían, los que debían ser probados. Enseguida advirtió la Sala que el derecho público le introdujo algunos cambios a la institución del seguro de cumplimiento para adoptarlo a las garantías estatales, una

de las cuales es la contenida en el numeral 12 del artículo 30 que también se transcribió, el cual se ha venido comentando en lo que hace referencia con lo consultado.

La norma en cita menciona que el oferente debe constituir un depósito o garantía en respaldo de su ofrecimiento, indicando que se trata de una suma determinada, cuyo valor está señalada en el pliego de condiciones, de acuerdo con los montos establecidos en los reglamentos¹. La norma ordena que el valor de esta garantía quede en favor de la entidad licitante, a manera de sanción por el incumplimiento, que como se dijo consiste en la no suscripción y legalización del contrato, significando que el legislador, en vez de exigir la prueba de los perjuicios causados a la entidad pública, estableció un valor único a manera de sanción, de suerte que el licitador no pudiese entrar a discutir el monto de los perjuicios, pues la administración se queda con la garantía por el simple hecho del incumplimiento. Agrega la norma, que la administración puede, ella sí, reclamarle al particular los perjuicios que le causó su incumplimiento cuando fueren superiores al valor de la garantía con la que, lícitamente se quedó.

La función de la compañía de seguros, en este caso es la de pagar el valor asegurado que debe coincidir con el valor de la garantía o depósito, de manera que basta con el simple incumplimiento del oferente para que esté obligada al pago del seguro. Se hace notar que en este caso, por expreso mandato legal y para el derecho público, se cambia la regla de la demostración del perjuicio por la del pago automático de una sanción, cuyo valor ha sido preestablecido en los pliegos de condiciones, y que la aseguradora ha aceptado libremente al suscribir su contrato de seguro.”

Ahora bien, la Ley 1150 de 2007 y su decreto reglamentario no modificaron en esencia lo atinente a la póliza de seriedad de la oferta, frente a lo cual se mantuvo lo que ya señalaba la Ley 80 de 1993.

En efecto, el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, disponía:

“ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio:

(...)

*19. El contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. **Igualmente, los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.**²*

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias.

La garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y, tratándose de pólizas, no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, interadministrativos y en los de seguros.

Las entidades estatales podrán exonerar a las organizaciones cooperativas nacionales de trabajo asociado legalmente constituidas del otorgamiento de garantías en los contratos que celebren con ellas, siempre y cuando el objeto, cuantía y modalidad de los mismos, así como las características específicas de la organización de que se trate, lo justifiquen. La decisión en este sentido se adoptará mediante resolución motivada.” (Negritas y subrayas fuera de texto)

¹ Ver decreto reglamentario 679 de 1994, artículo 16 en su párrafo.

² Aparte subrayado del numeral 19. declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-452-99 de 10 de junio de 1999, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Por su parte, el artículo 32 de la Ley 1150 de 2008 derogó expresamente el numeral 19 arriba transcrito y a su turno el artículo 7º de la misma ley, en su lugar dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 7o. DE LAS GARANTÍAS EN LA CONTRATACIÓN. Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato.

Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.

El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Durante el período que transcurra entre la entrada en vigencia de la reforma contenida en la presente ley y la expedición del decreto reglamentario a que se refiere este artículo, las entidades estatales continuarán aplicando las normas legales y reglamentarias vigentes.” (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Como se observa, la norma nueva no trae modificaciones sustanciales respecto de la anterior y mantiene la regla de que toda oferta que se presente a la Administración para celebrar un contrato con ella, debe estar acompañada, necesariamente, de una póliza que garantice la seriedad de los ofrecimientos hechos por el interesado.

Para la Sala, la norma transcrita no permite la presentación de ofertas sin la póliza que garantice su cumplimiento, pues es clara la decisión del legislador de que la misma constituya un requisito indispensable y no puramente formal ni voluntario, habida cuenta de los costos en tiempo y en recursos para la Administración -por ende para el interés general que ella representa- y para los demás participantes, si el proceso de contratación resulta fallido por el incumplimiento de personas que no tendrían un interés real en contratar y no asumirían mayores consecuencias al retirar sus ofrecimientos.

Por tanto, las disposiciones que más adelante se revisan sobre la subsanabilidad de los requisitos formales y de todos aquéllos aspectos que no influyen en la comparación de las ofertas, deben entenderse en armonía con el también expreso interés del legislador, en que el proceso de contratación se adelante con participantes que han garantizado oportunamente y en debida forma la seriedad de sus ofrecimientos.

De otro lado cabe recordar que le corresponde a la entidad fijar el valor de la garantía de seriedad de la oferta con relación al presupuesto oficial estimado o al valor de las propuestas³, decisión que deberá ser consignada en el pliego de condiciones de acuerdo a las especificidades de cada proceso de contratación en particular.

De lo anteriormente expuesto la Sala resalta lo siguiente:

a) La póliza de garantía de seriedad de la oferta tiene por objeto que se mantengan los ofrecimientos hechos en la propuesta y que, por tanto, los oferentes no puedan retractarse de la misma.

En consecuencia, para participar en los procesos de contratación con el Estado, es necesario que la propuesta esté acompañada de la póliza que garantiza la seriedad de esa intención contractual, sin perjuicio de que dicha póliza sólo pueda hacerse efectiva al momento de requerir al adjudicatario para que suscriba el contrato y éste no cumpla.

b) La garantía de seriedad de la oferta, es considerada en el derecho público como una sanción y no como una indemnización de perjuicios. Así, en caso de que la entidad sufra perjuicios, puede pedir, además, la respectiva indemnización.

2. Requisitos subsanables dentro del proceso de contratación estatal

El Ministerio solicitante pregunta si el requisito de constitución de la póliza de seriedad de la oferta es un requisito subsanable, para el efecto hace las siguientes consideraciones:

Dispone el párrafo 1º del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007:

*“ARTÍCULO 5º. DE LA SELECCIÓN OBJETIVA. (...)
PARÁGRAFO 1o. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, 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.”*

A su vez, el Decreto 2474 del 7 de julio de 2008, mediante el cual se reglamentaron parcialmente las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 sobre las

³ La Ley 1150 de 2007 le ordena al Gobierno Nacional expedir un reglamento que señale los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de las garantías, sus clases y niveles, entre otros. Como tal reglamento aún no ha sido expedido, se deben aplicar, de conformidad con el párrafo transitorio, las normas vigentes sobre la materia, esto es, el Decreto 679 de 1994, el cual señala en su artículo 16 la forma de fijar el valor de las garantías.

modalidades de selección, publicidad selección objetiva⁴, dispuso en el artículo 10º, lo siguiente:

“ART. 10.—Reglas de subsanabilidad. En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2º, 3º y 4º del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 y en el presente decreto.

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

Será rechazada la oferta del proponente que dentro del término previsto en el pliego o en la solicitud, no responda al requerimiento que le haga la entidad para subsanarla.

Cuando se utilice el mecanismo de subasta esta posibilidad deberá ejercerse hasta el momento previo a su realización, de conformidad con el artículo 22 del presente decreto.

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.”

⁴ El Decreto 2774 del 7 de julio de 2008 derogó el Decreto 066 del 16 de enero de 2008, aplicable a la licitación en comento, también señalaba en el artículo 10º las reglas de subsanabilidad, así:

Artículo 10. Reglas de subsanabilidad. En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia, no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007.

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

Cuando se utilice el mecanismo de subasta esta posibilidad deberá ejercerse hasta el momento previo a su realización.

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 subsanen asuntos relacionados con la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

⁵ “2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.”

⁶ “3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido.”

⁷ “4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.”

De las normas transcritas se establece un principio general de primacía de lo sustancial sobre lo formal y en todo caso, una premisa de que los requisitos no necesarios para la comparación de las propuestas o que no constituyan los factores de escogencia, son subsanables en condiciones de transparencia e igualdad para todos los participantes.

En este sentido, el artículo 10º del Decreto 2474 de 2008, transcrito, señala en su último inciso que en ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones.

Por tanto, no se podrá alegar por los interesados que el establecimiento de etapas o momentos para subsanar defectos que no influyen en la comparación de las ofertas viola la transparencia o comporta el ofrecimiento de ventajas incompatibles con el derecho a la igualdad, pues para todos ellos, precisamente, será aplicable la regla de subsanación en condiciones de transparencia y objetividad.

En esa medida, la Ley 1150 de 2007 y las normas reglamentarias citadas aclaran la forma de entender los procesos contractuales, puesto que, al darle fundamento legal al saneamiento de los factores que no influyen en la comparación de las propuestas, sitúa el derecho del interesado a ser escogido para celebrar el contrato en el hecho de tener la mejor propuesta para el Estado y no simplemente en el haber cumplido con las formalidades inherentes al proceso de selección.

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

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

Tampoco se trata entonces de 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 6º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, “las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones” -; y, por lo mismo, tampoco puede significar para el caso concreto de la consulta, que sea viable hacer ofrecimientos sin la garantía de seriedad que exige el mismo estatuto de contratación, pues la misma es consustancial a la oferta y constituye por tanto un requisito indispensable para participar en el proceso de selección (art.7º Ley 1150 de 2007).

Ahora bien, en cuanto a la oportunidad para subsanar, la Sala considera que de conformidad con la Ley 1150 de 2007, el límite máximo para el saneamiento se extiende *“hasta la adjudicación”*. Tal precisión debe hacerse puesto que el Decreto 2474 de 2008, parecería permitir a la entidad fijar un término más allá, cuando señala que *“Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes **hasta la adjudicación, o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones...**”*.

Considera la Sala igualmente 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.

De igual forma, la norma es clara cuando señala que la entidad puede requerir a los oferentes para que cumplan con los mencionados requisitos, así en los pliegos de condiciones no se fije un plazo para el saneamiento; y que ellos a su vez, deberán cumplir con lo exigido en el término señalado, so pena de que la oferta sea rechazada.

Ahora bien, en cuanto al cómo, las normas en mención indican que el requerimiento debe realizarse en condiciones de igualdad y transparencia para todos los participantes; en estas condiciones, como ya se dijo, ningún participante podría alegar vicios en el proceso de contratación, por el sólo hecho de dar oportunidades dentro del proceso contractual para el saneamiento.

En conclusión, en caso de no allegarse requisitos o documentos susceptibles de ser subsanados y que obviamente no impliquen la modificación de la propuesta, los oferentes que participan en el proceso podrán ser requeridos para efecto por la entidad, hasta el momento en que ella lo establezca en los pliegos o como límite máximo hasta antes de la adjudicación, pero en ningún caso con o después de ésta.

3. El caso de la póliza de seriedad de la oferta

Ahora bien, como ha quedado establecido, la ley exige la presentación de una póliza de seriedad de la oferta que le permita al Estado tener por cierto que el participante en el proceso de contratación estatal mantendrá su propuesta a lo

largo de todo el proceso contractual o que, en caso de incumplimiento, le será pagada la respectiva garantía.

Considera la Sala que, como se ha expuesto, dicha exigencia no desaparece con las normas citadas sobre saneamiento de defectos formales y de documentos no necesarios para la comparación de las propuestas, pues si bien esa póliza no tiene relación con los factores de escogencia y en esa medida permite que sus defectos sean subsanados -cuando haya sido presentada en tiempo-, se trata en todo caso de un requisito que se debe acreditar con la presentación de la oferta y que no se puede obviar por voluntad del oferente, ni mucho menos permite alegar un derecho a ser adjudicatario del contrato estatal sin su cumplimiento.

En consecuencia, en cada caso concreto la administración examinará y determinará durante el proceso, los requisitos susceptibles de ser subsanados, esto es, los que no tengan que ver con los factores de escogencia o selección, atendiendo a la ley y a los pliegos de condiciones y en todo caso, a lo dispuesto en el inciso final del artículo 10º del Decreto 2474 de 2008, cuando prohíbe: i) señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ii) subsanar la falta de capacidad para presentar la oferta, y iii) la acreditación de circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

4. Cuestión final. La posibilidad de hacer observaciones al pliego de condiciones dentro de las oportunidades señaladas en la ley y en los pliegos de condiciones.

La entidad consultante se refiere también a que se han presentado observaciones sobre el contenido de la póliza y la imposibilidad para su obtención en el mercado.

Al respecto, recuerda la Sala que la ley ha previsto oportunidades de discusión de los pliegos de condiciones y demás documentos precontractuales por parte de los interesados, lo cual optimiza su contenido y permite que los proponentes tengan claras desde el inicio las condiciones del proceso de selección y del futuro contrato. Señala así el artículo 30 de la Ley 80 de 1993:

“4. Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas que retiraron pliegos de condiciones ~~o términos de referencia~~, se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los mencionados documentos y de oír a los interesados, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes.

Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación ~~o concurso~~ hasta por seis (6) días hábiles.

Lo anterior no impide que dentro del plazo de la licitación ~~o concurso~~, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, copia de la cual enviará a todos y cada una de las personas que retiraron pliegos ~~o términos de referencia~~. (aportes tachados derogados por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007)

Como se observa, esta norma permite que dentro de los 3 días siguientes al inicio del plazo para presentar ofertas se celebre una audiencia para resolver las observaciones de quienes retiraron pliegos de condiciones y que, como resultado de ello, la entidad los modifique mediante acto administrativo si lo encuentra pertinente. Además, prevé que se puedan solicitar “aclaraciones adicionales”, cuya respuesta deberá ser comunicada a todos los participantes.

Adicionalmente, el Decreto 2474 de 2008 establece:

*“ART. 3º—Estudios y documentos previos. En desarrollo de lo señalado en los numerales 7º y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los estudios y documentos previos estarán conformados por los documentos definitivos que sirvan de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones **de manera que los proponentes puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad**, así como el de la distribución de riesgos que la entidad propone.*

Los estudios y documentos previos se pondrán a disposición de los interesados de manera simultánea con el proyecto de pliego de condiciones y deberán contener los siguientes elementos mínimos:

(...)

7. El análisis que sustenta la exigencia de garantías destinadas a amparar los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual, derivados del incumplimiento del ofrecimiento o del contrato según el caso, así como la pertinencia de la división de aquellas, de acuerdo con la reglamentación sobre el particular.”

“ART. 6º—Contenido mínimo del pliego de condiciones. Sin perjuicio de las condiciones especiales que correspondan a los casos de licitación, selección abreviada y concurso de méritos, y de los requisitos exigidos en el numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, el pliego de condiciones deberá detallar claramente los requerimientos para la presentación de la propuesta. El pliego contendrá, cuando menos:

(...)

4. Las condiciones de celebración del contrato, presupuesto, forma de pago, garantías, y demás asuntos relativos al mismo.”

Así, a la entidad estatal le corresponde analizar en las oportunidades previstas en la ley y en el pliego de condiciones, si las observaciones que se presentan en tiempo por los interesados son razonables, objetivas, acertadas y verificables, etc., para evitar que las exigencias del pliego sean requisitos imposibles, se conviertan en barreras para la participación o constituyan criterios de exclusión o discriminación dentro del proceso contractual⁸.

Con base en las anteriores consideraciones, LA SALA RESPONDE:

A las preguntas 1 y 2

1. *“De conformidad con la nueva normatividad en materia de contratación estatal, la constitución de la póliza que ampara la seriedad de la oferta puede considerarse un requisito subsanable en la medida en que sólo está llamada a tener efectos cuando el oferente que resulte adjudicatario no concurra a la celebración del contrato y no es factor de evaluación, ni de comparación de las propuestas?”*

2. *“En el evento de considerarse subsanable, puede la entidad, de conformidad con el procedimiento de adjudicación, ordenar su presentación, si no obra en la propuesta, o la*

⁸ Art. 32 de la Ley 1150 de 2007 sobre contenido de los pliegos de condiciones: “No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.”

corrección de haberse omitido alguna de las exigencias del pliego, una vez iniciada la audiencia y antes de proceder a la respectiva adjudicación?”

Respuesta:

La presentación de la póliza de seriedad de la oferta es un requisito indispensable para la presentación de la propuesta. Por tanto, su falta de entrega con la oferta no es subsanable.

Sin perjuicio de lo anterior, son saneables, en los términos previstos en la ley y sus decretos reglamentarios, los defectos de la póliza presentada oportunamente, en la medida que ésta no es un factor de comparación de las propuestas.

3. *“De ser positiva la respuesta a la pregunta anterior, puede la entidad aceptar la presentación de pólizas constituidas en fecha posterior a la del cierre del proceso?”*

De acuerdo con lo expuesto, considera la Sala que no es posible aceptar la presentación de pólizas de seriedad de oferta constituidas en fecha posterior al cierre del proceso de contratación.

Transcríbese a la señora Ministra de Comunicaciones y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

(Ausente con permiso)

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO
Presidente de la Sala

GUSTAVO APONTE SANTOS

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

WILLIAM ZAMBRANO CETINA

JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaria de la Sala