

CONTRATACION ESTATAL - Actividad reglada / CONTRATISTA DEL ESTADO - Procedimiento de selección: actuación administrativa reglada / PROCEDIMIENTO DE SELECCION DEL CONTRATISTA - Actuación administrativa reglada

La administración para seleccionar la oferta más favorable para sus intereses, contrario a lo que ocurre en el derecho común en el que prima la autonomía de la voluntad y la libertad de formas, está sujeta a los procedimientos preestablecidos en las leyes y reglamentos, lo que significa que en el derecho público la preparación, adjudicación y perfeccionamiento de los contratos del Estado es una actividad eminentemente reglada, de manera que las partes están en la obligación de cumplir con el procedimiento fijado por el orden jurídico, bajo la estricta observancia de los principios que garantizan el derecho a la igualdad y libre concurrencia de los oferentes y el cumplimiento de los fines estatales perseguidos con esta actividad. Las actuaciones administrativas contractuales están sujetas al principio de legalidad previsto en los artículos 6° y 121 Constitución Política como postulado esencial del Estado Social de Derecho y de toda manifestación del poder público, conforme al cual, es legítima la actuación de las autoridades en cuanto se desarrolle dentro del preciso ámbito funcional definido por el legislador, proscribiendo las actuaciones de los servidores públicos que impliquen omisión o extralimitación en el ejercicio de las mismas; a la observancia del debido proceso, y a los principios de la función administrativa, desarrollados legalmente por el mismo Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

CONTRATACION ESTATAL - Licitación: estructura y finalidad / LICITACION - Estructura. Finalidad

La entidad licitante primero debe agotar lo correspondiente al orden interno de la administración, y luego (...) realizar el conjunto de actuaciones previas al acto de apertura del proceso de selección (avisos, prepliegos, etc.) que afectan a terceros y tienen por objeto materializar los principios de planeación, transparencia y publicidad aplicables a la contratación estatal. Cumplida dicha etapa previa, el artículo 30 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, regula la licitación propiamente dicha, la cual se descompone en: i) el acto de apertura del proceso de selección; ii) los pliegos de condiciones; iii) la publicidad del proceso; iv) la posibilidad de aclaración sobre el alcance de los pliegos de condiciones y la audiencia correspondiente, así como las modificaciones a los pliegos, si ello fuere pertinente; v) plazo de la licitación, esto es, el término a partir del cual se pueden presentar las propuestas y su cierre; vi) contenido de las propuestas; vii) evaluación de las propuestas y elaboración de los informes de evaluación; viii) traslado de los informes y presentación de observaciones por los proponentes; ix) plazo para la adjudicación o declaratoria de desierto del proceso y firma del contrato correspondiente, y x) posibilidad de adjudicación en audiencia pública. Como puede advertirse, se trata de un procedimiento que tiene como finalidad la selección objetiva de un proponente, la cual se concreta en la obligación de expedir un acto administrativo reglado, de manera que cualquier persona que repita la evaluación debe llegar a la misma conclusión.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 25

SELECCION OBJETIVA - Concepto. Finalidad / ACTO REGLADO - Concepto / ACTO DISCRECIONAL - Concepto

La selección objetiva, según lo enseña la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, es una regla de conducta de la actividad contractual, así como

un principio que orienta los procesos de selección tanto de licitación pública como de contratación directa, y un fin, pues apunta a un resultado, cual es, la escogencia de la oferta más ventajosa para los intereses colectivos perseguidos con la contratación. El Legislador al definir lo que se entiende por selección objetiva, pretende regular la escogencia de la mejor oferta mediante un proceso en el que prime la transparencia, la imparcialidad e igualdad de oportunidades, ajena a consideraciones subjetivas, para lo cual juegan un papel preponderante los factores y criterios de selección que en función de la específica necesidad pública haya fijado la administración en los pliegos de condiciones. Por estas razones la consagración legal del deber de selección objetiva se enmarca dentro de la institución del acto reglado. Una decisión administrativa encaja en la noción de acto reglado cuando su contenido es el único posible en razón de la ley y los reglamentos, siendo ilegal si los desconoce. Por el contrario, se entiende como acto discrecional, aquella determinación en la cual la administración puede optar entre varias soluciones posibles, siendo válida aquella que escoja. Lo anterior significa que cualquier persona que aplique a la misma realidad fáctica la ley y los reglamentos debe llegar a la misma decisión, de aquí que se califique como totalmente objetiva. Ello explica que para la actividad contractual de las entidades estatales, el legislador haya establecido un conjunto de normas que obligan a la administración a seleccionar objetivamente a su contratista imponiendo, como se explicó en el punto precedente, un procedimiento estricto y detallado de selección, para que todo el que evalúe las propuestas llegue a la misma conclusión sobre el adjudicatario del contrato. Si los pliegos, que son el reglamento del procedimiento de selección del contratista y del contrato, están correctamente elaborados y las etapas del procedimiento de selección se cumplen como lo ordenan las normas aplicables, no debe haber discrecionalidad por parte de la autoridad a la hora de adjudicar y, por lo mismo, se dice que la selección ha sido objetiva; por el contrario, si hay margen para escoger al contratista con base en criterios que no estén expresamente definidos en la ley, los reglamentos y los pliegos, se dice que se violó la objetividad del proceso puesto que la selección se hizo en forma subjetiva.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el concepto de selección objetiva, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de diciembre de 2007, Rad. 24715 acumulados y sobre su finalidad, sentencia de 15 de julio de 2004, Rad. 116402.

CONTRATACION ESTATAL - Verificación de los requisitos habilitantes de los proponentes / CONTRATACION ESTATAL - Distinción legal entre requisitos habilitantes y evaluables de las propuestas / REQUISITOS HABILITANTES - Son los que permiten participación en procesos de selección de contratistas del Estado. Posibilidad de subsanarlos

La ley 80 de 1993 no incluía en su texto el término subsanar o subsanable para referirse a la posibilidad que tendría un proponente para corregir algún elemento de su oferta y evitar que ésta fuera rechazada, o que el aspecto correspondiente le fuera valorado en forma desfavorable. (...) Esta situación, o al menos la posibilidad de hacer la anterior interpretación de las normas legales, cambia sustancialmente con la regulación contenida en la ley 1150 de 2007, puesto que, en primer lugar, distinguió los requisitos habilitantes de los evaluables; en segundo lugar, entregó a las Cámaras de Comercio la verificación de los habilitantes; en tercer lugar, la discusión sobre este tipo de requisitos se debe hacer ante la misma Cámara y ante el juez administrativo, y por último, aclaró que le corresponde a las entidades licitantes la facultad de pedir los documentos necesarios para subsanar algún requisito. (...) El primero de los cambios indicados en el punto anterior consiste en la diferenciación entre las condiciones habilitantes o relativas al proponente y los elementos del negocio jurídico contenidos en las ofertas o

propuestas; diferenciación que se encuentra en las reglas relativas a la manera como debe hacerse la selección objetiva por parte de la entidad licitante, y en especial en el artículo 5° de la ley 1150 de 2007, el cual derogó el 29 de la ley 80 de 1993. (...) De las normas transcritas, y en cuanto es relevante para el concepto, destaca la Sala que los factores como la experiencia y la capacidad financiera, jurídica y de organización de los proponentes se definen como “requisitos habilitantes” que no otorgan puntaje, y por tanto, deben considerarse bajo el criterio de admisión o rechazo, los cuales sólo son susceptibles de verificación por la Cámara de Comercio. La norma transcrita radica esta etapa de la selección objetiva en las Cámaras, las cuales deben hacerla de forma general de manera que sirva para cualquier licitación, y como se verá más adelante, hay varias excepciones, en las que las mismas entidades licitantes deben hacer esta verificación, siendo una de ellas el contrato de consultoría, con el fin de valorar la experiencia específica del proponente y del equipo de trabajo. Los requisitos habilitantes que son materia de verificación, deben ser tomados por la entidad licitante del registro único de proponentes, y ser adecuados y proporcionales a la naturaleza del contrato que se suscribirá y a su valor, lo que significa que no es ajustado a derecho exigir condiciones distintas de aquellas que resulten necesarias para cumplir con el objeto del contrato. Las condiciones del oferente son las que le permiten participar en el proceso, bajo el entendido de que son las exigencias básicas o mínimas que debe tener para cumplir con el contrato proyectado. (...) Como se observa la norma distingue entre las condiciones del proponente necesarias para participar en la licitación, llamándolas requisitos habilitantes, que dan lugar a verificación, y los criterios propios del objeto del contrato que son materia de evaluación, en donde se privilegian los factores técnicos y económicos sujetos a comparación y puntuación.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 30 NUMERAL 7 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 30 NUMERAL 8 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 25 NUMERAL 15 / LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 5

CONTRATACION ESTATAL - Contenido del registro único de proponentes de las cámaras de comercio / CAMARAS DE COMERCIO - Registro único de proponentes: Contenido / REGISTRO UNICO DE PROPONENTES - Contenido. Presupuesto para aspirar a ser contratista del Estado / REQUISITOS HABILITANTES - Verificación por las cámaras de comercio por regla general y por las entidades contratantes en los casos que señala la ley / CAMARAS DE COMERCIO - Por regla general les corresponde verificar los requisitos habilitantes de los proponentes

La regla general consiste en que todas las personas que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales deberán inscribirse en el RUP. Dicho registro contiene la información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente, de acuerdo con la calificación y clasificación que corresponda, esto es la verificación de los requisitos o condiciones propias del proponente que lo habilitan para presentar determinadas ofertas. Así, la verificación de las condiciones de los proponentes o requisitos habilitantes corresponde hacerla a la cámara de comercio en el momento en que cualquier interesado que aspire a celebrar contratos con las entidades estatales presente la información y documentos para inscribirse en el registro junto con la calificación y clasificación que corresponda. En el proceso licitatorio, el proponente deberá adjuntar el correspondiente certificado de inscripción en el RUP, en el que aparecen verificados los requisitos que lo habilitan para participar en el respectivo proceso. (...) No obstante la intención manifestada en el sentido de conferir a las Cámaras de Comercio la verificación de los requisitos habilitantes de los

proponentes, desde el mismo proyecto de ley, así como del trámite surtido en el Congreso de la República, existen importantes excepciones en las cuales las entidades estatales contratantes tienen la obligación de verificar los requisitos habilitantes de los proponentes, casos que se enuncian a continuación. Primero: No se requerirá el RUP, ni la calificación y clasificación correspondiente, respecto de los proponentes que pretendan celebrar los contratos listados en el inciso segundo del artículo 6 de la ley 1150, así como en los eventos de contratación directa. Este último caso abre amplias posibilidades de excepción para un gran número de contratos estatales, comoquiera que la ley 1150 en el numeral 4° del artículo 2 trae al menos nueve casos en los que se emplea como modalidad de selección la contratación directa. Segundo: Personas naturales extranjeras sin domicilio en el país o de personas jurídicas extranjeras que no tengan establecida sucursal en Colombia, o en aquellos casos en que el proceso de selección haya utilizado sistemas de precalificación. Tercero: Cuando por las características del objeto a contratar se requiera la verificación de requisitos del proponente adicionales a los contenidos en el RUP. Cuarto: Corresponde a la excepción temporal prevista en artículo 11 del decreto reglamentario 2474 de 2008, según la cual mientras entraba en vigencia el artículo 6 de la ley 1150, “las entidades verificarán la información de los proponentes a que se refiere el numeral 1 del artículo 5 ibídem;” de manera que a partir del 16 de enero de 2009 las entidades estatales perdieron la facultad de verificar los requisitos habilitantes y, por lo tanto, cobró plena aplicación la regla general consistente en que la verificación de los requisitos habilitantes corresponde a la Cámara de Comercio y no a la administración licitante. En resumen, la regla general prevista en la ley 1150 es que la verificación de las condiciones de los proponentes, referidas a los requisitos habilitantes previstos en el numeral 1 del artículo 5 ibídem, corresponde a las Cámaras de Comercio con jurisdicción en el domicilio principal del proponente, y sólo en los casos enumerados previstos por tal ley, las entidades estatales contratantes deberán realizar directamente la mencionada verificación.

FUENTE FORMAL: LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 6

CONTRATACION ESTATAL - Alcance de la posibilidad de subsanar pruebas de requisitos habilitantes de las propuestas / REQUISITOS HABILITANTES - Alcance de la posibilidad de subsanar su prueba / REQUISITOS HABILITANTES - Constituyen presupuesto para participar en proceso de selección de contratista / OFERTA - Alcance de la posibilidad de subsanar prueba de requisitos habilitantes / OFERTA - Es insubsanable autónomamente por el proponente / REQUISITOS HABILITANTES - Sólo es posible subsanarlos en los casos en que es la entidad contratante la que los verifica y no las cámaras de comercio

Las disposiciones transcritas tienen como propósito materializar un principio general de primacía de lo sustancial sobre lo formal, adoptando medidas de saneamiento del proceso de selección tendientes a que los meros defectos formales, que no afecten sustancialmente la oferta, referidos a la documentación o instrumentalización de la misma, priven a la administración de considerar una oferta por causa de tales falencias. De esta manera, la primacía de lo sustancial sobre lo formal se enmarca bajo la siguiente premisa: no podrán rechazarse las propuestas por ausencia de requisitos o falta de documentos que verifiquen las condiciones habilitantes del proponente, o soporten elementos del contenido de la oferta no necesarios para la comparación de las propuestas y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, los cuales serán subsanables a petición de la entidad licitante, respetando la transparencia e igualdad de todos los participantes. Además, el último inciso del

artículo 10º del Decreto 2474 de 2008, prevé un límite a la posibilidad de requerir los documentos o requisitos, señalando que las entidades estatales no pueden permitir que “se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso”. Tampoco la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones. (...) Con base en lo expuesto hasta ahora, estima la Sala que no es viable hacer ofrecimientos sin cumplir con los requisitos habilitantes exigidos para participar, ni en general que la oferta no se ajuste a lo señalado en el pliego de condiciones. Por ello no es posible que el oferente vaya mejorando, completando, adicionando, modificando o estructurando su propuesta a lo largo del proceso contractual según vaya evolucionando su situación particular en el mismo, pues como se establece en el numeral 6º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, “las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones”, es decir, todos los elementos del negocio jurídico exigidos en los pliegos de condiciones. Dicho de otra forma, el oferente tiene la carga de presentar su oferta en forma íntegra, esto es, respondiendo todos los puntos del pliego de condiciones y adjuntando todos los documentos de soporte o prueba de las condiciones habilitantes y de los elementos de su oferta, de manera que la entidad licitante pueda, con economía de medios, evaluarla lo más eficientemente posible, y sólo si hace falta algún requisito o un documento, la administración puede requerirlo del oferente. Este último proceder se realiza por excepción, pues la regla general debe ser el cumplimiento del numeral 6º del artículo 30 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por parte de cada uno de los proponentes. Es conveniente agregar que quien se presenta al proceso de selección debe cumplir, en la fecha en que presenta su oferta, con las condiciones que se exigen para el efecto, de manera que es sobre ellos y no sobre otros que se cumplan con posterioridad, sobre los que recae la posibilidad de saneamiento. A título ilustrativo, si se requiere una experiencia determinada, la misma se debe tener al presentar la propuesta y la administración puede requerir al oferente para que especifique aspectos relacionados con ella (complementar certificaciones, aclarar fechas, etc.); pero no puede extender el tiempo para avalar experiencia que sólo se llegare a cumplir después del cierre de la licitación. (...) Lo expuesto en el punto anterior, significa que la posibilidad de subsanar debe referirse o recaer sobre las circunstancias ocurridas antes del cierre del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar ofertas, razón por la cual lo que se subsana es la prueba y no la condición habilitante o un elemento de la propuesta. (...) Tanto el parágrafo 1 del artículo 5 de la ley 1150 de 2007 como el artículo 10 del decreto 2474 de 2008, prevén una potestad reglada para la administración de hacer la solicitud de los requisitos, documentos o informaciones subsanables, vinculando al proponente con el término que ella indique en el requerimiento o en el pliego de condiciones, y en modo alguno, se insiste, es una autorización o permiso para que los proponentes mejoren, adicionen o complementen la oferta.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la interpretación de las reglas de subsanabilidad, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1927 de 6 de noviembre de 2008.

FUENTE FORMAL: LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 5 PARAGRAFO 1 / LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 6 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 30 NUMERAL 6 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 30 NUMERAL 7 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 30 NUMERAL 8 / DECRETO 2474 DE 2008 - ARTICULO 10

CONTRATACION ESTATAL - Oportunidad para subsanar pruebas de requisitos habilitantes de las propuestas / REQUISITOS HABILITANTES -

Oportunidad para subsanar su prueba / OFERTA - Oportunidad para subsanar prueba de requisitos habilitantes / PLIEGO DE CONDICIONES - Puede contener cláusula sobre oportunidad para subsanar pruebas de requisitos habilitantes

Se reitera que las normas prevén una potestad para la entidad licitante de hacer la solicitud de los requisitos, documentos o informaciones subsanables, vinculando al proponente con el término que ella indique en el requerimiento o en el pliego de condiciones, y en modo alguno, es una autorización o permiso para que los proponentes subsanen lo solicitado “incluso hasta la adjudicación”, incumpléndose el plazo concedido por la entidad estatal contratante. Se advierte que dicho término debe ser razonable, esto es suficiente para que el proponente logre entregar los documentos o realizar las acciones necesarias para completar las informaciones o las probanzas requeridas; razonabilidad que en cada caso deberá fijarla la administración, pudiendo el proponente pedir, también razonadamente, su ampliación. (...) En las preguntas formuladas, el consultante averigua si la inclusión en un pliego de condiciones de una cláusula que defina unos plazos para contestar los requerimientos de los documentos y requisitos subsanables que haga la entidad licitante, es ineficaz de pleno derecho. Para responder, recuerda la Sala que la Sección Tercera del Consejo de Estado anuló la expresión “o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones” dejando claro que el término dentro del cual puede hacer requerimientos va hasta antes de la adjudicación, por lo cual los pliegos de condiciones no pueden cambiarlo, ni establecer una etapa ad hoc. Nótese que tanto la ley como el reglamento se refieren tan sólo al deber para la administración licitante de pedir los documentos, pero guardan silencio sobre la oportunidad que tiene el licitante para aportar aquellos que le fueron requeridos, esto es, no hay un plazo legal para la respuesta. Es claro, como se dijo antes, que la entidad licitante debe dar un término razonable al proponente para que cumpla con el requerimiento que le hace en aras de los principios de economía, eficacia, preclusión de las etapas procesales, etc., y por lo mismo, agrega ahora la Sala, en los pliegos de condiciones es válido establecer unos parámetros para definir dicho plazo, cláusula ésta que no contradice en nada las prohibiciones del numeral 5° del artículo 24 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que consagra las causales de ineficacia de las estipulaciones del pliego.

OFERTA - Puede rechazarse cuando el proponente no subsana a solicitud de la entidad contratante

“¿Puede una entidad del Estado rechazar una oferta, cuando el proponente dentro del término previsto en el pliego o en la solicitud, no responda al requerimiento que le haga el ente estatal para subsanarla, tal como lo prevé el tercer inciso del artículo 10 del Decreto 2474 de 2010?”. Sí, porque la decisión reglada por parte de la administración, según se ha expuesto en la parte motiva de este concepto, no puede quedar supeditada a la voluntad del proponente por expresa disposición de los artículos 25, numerales 1 y 4; 30, numeral 7, de la ley 80 de 1993, y 5 de la ley 1150 de 2007, así como del artículo 10 del decreto 2474 de 2008, normas que desarrollan los principios de economía y transparencia, deber de selección objetiva y estructura de los procedimientos de selección propios de la contratación estatal.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada la publicación con oficio 2010300230631 de 23 de junio de 2010.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

Bogotá, D.C., veinte (20) de mayo de dos mil diez (2010)

Radicación numero: 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992)

Actor: MINISTERIO DE TRANSPORTE

Referencia: **CONTRATACION ESTATAL. Ley 1150 de 2007. Selección Objetiva. Verificación de las condiciones de los proponentes. Registro Unico de Proponentes.**

El señor Ministro de Transporte, doctor Andrés Uriel Gallego Henao, formula a la Sala una consulta en relación con la interpretación que debe dársele al parágrafo 1° del artículo 5 de la ley 1150 de 2007 y al artículo 10 del decreto reglamentario 2474 de 2008.

Luego de transcribir las precitadas normas, manifiesta que allí se previó la flexibilización en la evaluación de las propuestas respecto de los denominados “*requisitos habilitantes*”. Afirma que los requisitos y documentos relativos a los proponentes, más no así de las propuestas, pueden ser subsanados por aquéllos hasta la adjudicación.

Agrega que como consecuencia de la amplitud de la nueva normatividad se han dado interpretaciones que contrariamente a lo esperado por la regulación, la han convertido en un impedimento y dificultad adicional para los procesos de contratación pública.

En efecto, se ha interpretado, por una parte, que en la fecha de cierre de la licitación basta con entregar la información relativa a la capacidad jurídica y durante la evaluación hasta la adjudicación, en ejercicio de la facultad de subsanar, se adjunta la información restante, de manera que incluso durante la audiencia de adjudicación, se allega información relativa a los requisitos habilitantes.

La otra interpretación considera que, si bien es “inapropiado” que las propuestas sean rechazadas de plano por asuntos meramente formales, también resulta inconveniente que las entidades se vean obligadas a aceptar información relativa a los requisitos habilitantes hasta el último momento de la adjudicación.

Así las cosas, considera el Ministerio consultante que permitir que se subsanen los requisitos, incluso en la audiencia de adjudicación, transgrede los principios de transparencia y economía propios de la contratación estatal (artículos 24 y 25 ley 80 de 1993), así como la estructura de los procesos de selección (artículo 30 ibídem, en particular, numerales 6° y 8°).

De conformidad con lo expuesto, concluye de la siguiente manera: “...es *fundamental para esta cartera Ministerial que la Honorable Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, señale los lineamientos que las entidades estatales deberían seguir para efectos de establecer el límite de lo que es subsanable*

y lo que termina convirtiéndose en un abuso de la norma y deja de ser un tema de subsanar todos aquellos errores en la documentación de soporte de una propuesta, para permitir, inclusive, que un proponente con posterioridad al cierre del proceso, pueda completar, adicionar, modificar o mejorar su propuesta, o lo que es peor a conformarla a medida que pasa el tiempo de evaluación”.

Con base en lo expuesto, formula las siguientes preguntas:

1. *“¿Puede la entidad a través del comité evaluador o cualquier representante autorizado de la misma señalar, en el requerimiento que efectúe al proponente para que subsane aspectos de su propuesta que verifiquen el cumplimiento de requisitos habilitantes, que el plazo para subsanar es una fecha cierta anterior a la fecha prevista para la audiencia de adjudicación o al momento previo a la de realización de la Subasta, según el caso?”*
2. *“¿Puede una entidad del Estado rechazar una oferta, cuando el proponente dentro del término previsto en el pliego o en la solicitud, no responda al requerimiento que le haga el ente estatal para subsanarla, tal como lo prevé el tercer inciso del artículo 10 del Decreto 2474 de 2010?”*
3. *“¿Serían dichas estipulaciones ineficaces de pleno derecho, conforme a lo dispuesto por el inciso segundo del literal f) del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993?”*
4. *“¿Cuál es el límite entre el derecho a subsanar 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 y el abuso de tal derecho?”*

Para responder, la Sala CONSIDERA:

1. Consideración preliminar: los procedimientos de selección de los contratistas en la contratación estatal son reglados y culminan con un acto reglado.

a) El procedimiento de selección como actuación administrativa.

El proceso de formación de la voluntad de la administración en la contratación pública involucra actos administrativos, hechos, conceptos, el perfeccionamiento del contrato, etc. En este proceso, explica Escola, se pueden diferenciar dos etapas:

“La primera relativa al orden interno de la Administración Pública, y es la que se refiere a la formación de la voluntad administrativa, a la decisión de contratar en sí misma y a la forma y condiciones de esa contratación (...). La segunda, en cambio, atañe al conjunto de las relaciones de la Administración con los particulares, y es la que se refiere a la formación del contrato como tal y a las formas y modalidades de selección del cocontratante particular,

*que llevarán, finalmente, a la declaración de voluntad que constituirá el contrato”.*¹

Por tanto, la administración para seleccionar la oferta más favorable para sus intereses, contrario a lo que ocurre en el derecho común en el que prima la autonomía de la voluntad y la libertad de formas, está sujeta a los procedimientos preestablecidos en las leyes y reglamentos, lo que significa que en el derecho público la preparación, adjudicación y perfeccionamiento de los contratos del Estado es una actividad eminentemente reglada, de manera que las partes están en la obligación de cumplir con el procedimiento fijado por el orden jurídico, bajo la estricta observancia de los principios que garantizan el derecho a la igualdad y libre concurrencia de los oferentes y el cumplimiento de los fines estatales perseguidos con esta actividad.

Las actuaciones administrativas contractuales están sujetas al principio de legalidad previsto en los artículos 6° y 121 Constitución Política² como postulado esencial del Estado Social de Derecho y de toda manifestación del poder público, conforme al cual, es legítima la actuación de las autoridades en cuanto se desarrolle dentro del preciso ámbito funcional definido por el legislador, proscribiendo las actuaciones de los servidores públicos que impliquen omisión o extralimitación en el ejercicio de las mismas; a la observancia del debido proceso, y a los principios de la función administrativa, desarrollados legalmente por el mismo Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Los antecedentes de la consulta ubican el tema que le corresponde estudiar a la Sala en la etapa del procedimiento de selección del contratista, actuación regulada por el legislador, la cual culmina con la adjudicación del contrato o declaración de desierto del proceso, decisiones administrativas que encajan en la noción de acto reglado, según se explica a continuación.

b) La estructura de los procedimientos de selección.

El artículo 30 de la ley 80 establece los diferentes pasos o etapas que conforman el procedimiento administrativo requerido para la adopción de una decisión. Como se indicó en el acápite anterior, la entidad licitante primero debe agotar lo correspondiente al orden interno de la administración, y luego de conformidad con el artículo 25 de la ley 80, la ley 1150 y el decreto reglamentario 2474 de 2008, realizar el conjunto de actuaciones previas al acto de apertura del proceso de selección (avisos, prepliegos, etc.) que afectan a terceros y tienen por objeto materializar los principios de planeación, transparencia y publicidad aplicables a la contratación estatal.

Cumplida dicha etapa previa, el artículo 30 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, regula la licitación propiamente dicha, la cual se descompone en: i) el acto de apertura del proceso de selección; ii) los pliegos de condiciones; iii) la publicidad del proceso; iv) la posibilidad de aclaración sobre el alcance de los pliegos de condiciones y la audiencia correspondiente, así como las

¹ ESCOLA, Héctor, Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Vol. 1, De Palma, 1977, págs. 287 y 288.

² Art. 6 C.P. “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

Art. 121.C.P. “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”.

modificaciones a los pliegos, si ello fuere pertinente; v) plazo de la licitación, esto es, el término a partir del cual se pueden presentar las propuestas y su cierre; vi) contenido de las propuestas; vii) evaluación de las propuestas y elaboración de los informes de evaluación; viii) traslado de los informes y presentación de observaciones por los proponentes; ix) plazo para la adjudicación o declaratoria de desierto del proceso y firma del contrato correspondiente, y x) posibilidad de adjudicación en audiencia pública.

Como puede advertirse, se trata de un procedimiento que tiene como finalidad la selección objetiva de un proponente, la cual se concreta en la obligación de expedir un acto administrativo reglado, de manera que cualquier persona que repita la evaluación debe llegar a la misma conclusión.

c) La selección objetiva en la contratación estatal

La selección objetiva, según lo enseña la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado³, es una regla de conducta de la actividad contractual, así como un principio que orienta los procesos de selección tanto de licitación pública como de contratación directa, y un fin, pues apunta a un resultado, cual es, la escogencia de la oferta más ventajosa para los intereses colectivos perseguidos con la contratación.

El Legislador al definir lo que se entiende por selección objetiva, pretende regular la escogencia de la mejor oferta mediante un proceso en el que prime la transparencia, la imparcialidad e igualdad de oportunidades, ajena a consideraciones subjetivas⁴, para lo cual juegan un papel preponderante los factores y criterios de selección que en función de la específica necesidad pública haya fijado la administración en los pliegos de condiciones. Por estas razones la consagración legal del deber de selección objetiva se enmarca dentro de la institución del acto reglado.

Una decisión administrativa encaja en la noción de acto reglado cuando su contenido es el único posible en razón de la ley y los reglamentos, siendo ilegal si los desconoce. Por el contrario, se entiende como acto discrecional, aquella determinación en la cual la administración puede optar entre varias soluciones posibles, siendo válida aquella que escoja.

Lo anterior significa que cualquier persona que aplique a la misma realidad fáctica la ley y los reglamentos debe llegar a la misma decisión, de aquí que se califique como totalmente objetiva. Ello explica que para la actividad contractual de las entidades estatales, el legislador haya establecido un conjunto de normas que obligan a la administración a seleccionar objetivamente a su contratista imponiendo, como se explicó en el punto precedente, un procedimiento estricto y

³ Cfr. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Radicados: 1100-10-326-000-2003-000-14-01 (24.715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01 (25.206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01 (25.409); 1100-10-326-000-2003-000-10-01 (24.524); 1100-10-326-000-2004-000-21-00 (27.834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01 (25.410); 1100-10-326-000-2003-000-71-01 (26.105); 1100-10-326-000-2004-000-34-00 (28.244); 1100-103-26-000-2005-000-50-01 (31.447) –acumulados.

⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 15 de julio de 2004, Exp. AP 116402. “El referido deber de selección objetiva rige sin consideración al procedimiento o trámite que se utilice para elegir al contratista, de manera que están sometidos a él no sólo la licitación pública (...), sino también la contratación directa. En efecto, por tratarse de uno de los mecanismos dispuestos en la ley para la celebración del contrato estatal, está sometida a todas las reglas y principios que el estatuto contiene, dentro de los cuales está el principio de selección objetiva.”

detallado de selección, para que todo el que evalúe las propuestas llegue a la misma conclusión sobre el adjudicatario del contrato. Si los pliegos, que son el reglamento del procedimiento de selección del contratista y del contrato, están correctamente elaborados y las etapas del procedimiento de selección se cumplen como lo ordenan las normas aplicables, no debe haber discrecionalidad por parte de la autoridad a la hora de adjudicar y, por lo mismo, se dice que la selección ha sido objetiva; por el contrario, si hay margen para escoger al contratista con base en criterios que no estén expresamente definidos en la ley, los reglamentos y los pliegos, se dice que se violó la objetividad del proceso puesto que la selección se hizo en forma subjetiva.

2. La llamada subsanabilidad de los requisitos de las propuestas en la contratación estatal.

La ley 80 de 1993 no incluía en su texto el término *subsanar* o *subsanable* para referirse a la posibilidad que tendría un proponente para corregir algún elemento de su oferta y evitar que ésta fuera rechazada, o que el aspecto correspondiente le fuera valorado en forma desfavorable.

La idea de esta facultad para los proponentes, se basaba en el hoy derogado segundo inciso del numeral 15 del artículo 25 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que decía:

(...)

“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”.

Esta norma se interpretaba de consuno con la frase final del numeral 7° del artículo 30 de la misma ley, el cual continúa vigente, que permite a las entidades licitantes *“solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables”* durante el término para la evaluación, y también con el numeral 8 del mismo artículo que permite a los oferentes presentar las observaciones que consideren pertinentes durante el traslado de la evaluación de las ofertas. En la práctica administrativa se asumía que el oferente podía válidamente allegar los documentos que estimare necesarios para que su oferta fuera bien evaluada, siempre que no la adicionara, completara, modificara o mejorara, según las voces del citado numeral 8°.

Esta situación, o al menos la posibilidad de hacer la anterior interpretación de las normas legales, cambia sustancialmente con la regulación contenida en la ley 1150 de 2007, puesto que, en primer lugar, distinguió los requisitos habilitantes de los evaluables; en segundo lugar, entregó a las Cámaras de Comercio la verificación de los habilitantes; en tercer lugar, la discusión sobre este tipo de requisitos se debe hacer ante la misma Cámara y ante el juez administrativo, y por último, aclaró que le corresponde a las entidades licitantes la facultad de pedir los documentos necesarios para subsanar algún requisito. Procede la Sala a analizar los puntos anteriores, con el fin de dar respuesta a las preguntas formuladas por el Ministro consultante.

3. La diferenciación entre las condiciones relativas al proponente y los elementos relativos a la oferta

El primero de los cambios indicados en el punto anterior consiste en la diferenciación entre las condiciones habilitantes o relativas al proponente y los elementos del negocio jurídico contenidos en las ofertas o propuestas; diferenciación que se encuentra en las reglas relativas a la manera como debe hacerse la selección objetiva por parte de la entidad licitante, y en especial en el artículo 5° de la ley 1150 de 2007⁵, el cual derogó el 29 de la ley 80 de 1993. Dice la norma vigente, en lo pertinente para este concepto:

“Artículo 5. De la selección objetiva. *Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:*

1. *La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes, serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.*

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.*

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.*

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.*

⁵ “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”. Publicada en el Diario Oficial No. 46.691 del 16 de julio de 2007.

En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores.

(...)

Parágrafo 2. Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos.”

De las normas transcritas, y en cuanto es relevante para el concepto, destaca la Sala que los factores como la experiencia y la capacidad financiera, jurídica y de organización de los proponentes se definen como “requisitos habilitantes” que no otorgan puntaje, y por tanto, deben considerarse bajo el criterio de admisión o rechazo, los cuales sólo son susceptibles de verificación por la Cámara de Comercio. La norma transcrita radica esta etapa de la selección objetiva en las Cámaras, las cuales deben hacerla de forma general de manera que sirva para cualquier licitación, y como se verá más adelante, hay varias excepciones, en las que las mismas entidades licitantes deben hacer esta verificación, siendo una de ellas el contrato de consultoría, con el fin de valorar la experiencia específica del proponente y del equipo de trabajo.

Los requisitos habilitantes que son materia de verificación, deben ser tomados por la entidad licitante del registro único de proponentes, y ser adecuados y proporcionales a la naturaleza del contrato que se suscribirá y a su valor, lo que significa que no es ajustado a derecho exigir condiciones distintas de aquellas que resulten necesarias para cumplir con el objeto del contrato.

Las condiciones del oferente son las que le permiten participar en el proceso, bajo el entendido de que son las exigencias básicas o mínimas que debe tener para cumplir con el contrato proyectado. Esta fue la intención del proyecto de ley 20 Senado de 2005, que se convirtió en la ley 1150 de 2007, de acuerdo con la exposición de motivos presentada por los Ministerios del Interior y de Justicia y de Transporte, en la que sostuvieron, respecto del artículo 5 en comento, lo siguiente:

“En el artículo 5º y como complemento al rediseño de las modalidades de selección, se propone una nueva redacción y contenido para el deber de selección objetiva que tiene como objetivo principal la depuración de los factores de escogencia en los procesos de selección, de tal manera que se privilegien las condiciones técnicas y económicas de la oferta, y la valoración de las ofertas se concentre en dichos aspectos. Las condiciones del oferente referidas a su capacidad administrativa y financiera, así como a su experiencia, no podrán ser utilizadas para darle un mayor puntaje. Serán simplemente factores habilitadores para la participación en un determinado proceso de selección, con lo cual se limitará la posibilidad de diseñar procesos “a la medida” de proponentes determinados. La única excepción a este criterio está constituida por la selección de consultores, en la que se reconoce la posibilidad de valorar la formación y experiencia del proponente, en razón al alto contenido intelectual que requiere el desarrollo de tales contratos”⁶.

Por otra parte, los factores de calificación se deben aplicar exclusivamente en función de la oferta, entendida como los elementos del negocio jurídico sobre los cuales la entidad licitante va a efectuar la comparación de las propuestas para obtener la más favorable, teniendo en cuenta los elementos técnicos y

⁶ Gaceta del Congreso No. 458 del 1 de agosto de 2005. Página 10.

económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenidos en los pliegos de condiciones.

El artículo 5° de la ley 1150 de 2007 privilegia las condiciones técnicas y económicas de la oferta, señalando que ofrecimiento más favorable es aquel que teniendo en cuenta dichos factores de escogencia y *“la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos”*, es decir, el peso o valor exacto que tendrá cada uno de los mismos en la calificación total de la propuesta, *“contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos”*.

Estos elementos deben ser ponderados por la entidad licitante respecto de aquellos proponentes hábiles, esto es, sólo a aquellos que en la verificación de los requisitos habilitantes demostraron tener los requisitos necesarios para celebrar el contrato.

Los certificados de gestión de calidad no se pueden solicitar a los proponentes, ni como requisito habilitante para participar en los procesos de selección, ni para otorgar puntaje.

Como se observa la norma distingue entre las condiciones del proponente necesarias para participar en la licitación, llamándolas requisitos habilitantes, que dan lugar a verificación, y los criterios propios del objeto del contrato que son materia de evaluación, en donde se privilegian los factores técnicos y económicos sujetos a comparación y puntuación.

4. La verificación de las condiciones de los proponentes por las Cámaras de Comercio en el registro único de proponentes - RUP.

El artículo 5 de la ley 1150 arriba comentado, establece que la verificación documental de las condiciones habilitantes de los proponentes se realizará en las condiciones señaladas por el artículo 6 de la misma, cuyo texto, en lo pertinente, es del siguiente tenor:

“Artículo 6. De la verificación de las condiciones de los proponentes. Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Unico de Proponentes del Registro Unico Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.”

“No se requerirá de este registro, ni de calificación ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos cuyo valor no supere el diez por ciento (10%) de la menor cuantía de la respectiva entidad; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes.”

“En dicho registro constará la información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente, que se establecerá de conformidad con los factores de calificación y clasificación que defina el reglamento. El puntaje resultante de la calificación de estos factores se entenderá como la capacidad máxima de contratación del inscrito.”

“6.1. De la calificación y clasificación de los inscritos. Corresponderá a los proponentes calificarse y clasificarse en el registro de conformidad con los documentos aportados. Las cámaras de comercio harán la verificación documental de la información presentada por los interesados al momento de inscribirse en el registro.”

“La calificación y clasificación certificada de conformidad con el presente artículo será plena prueba de las circunstancias que en ella se hagan constar. En tal sentido, la verificación de las condiciones establecidas en el numeral 1 del artículo 5 de la presente ley, se demostrará exclusivamente con el respectivo certificado del RUP en donde deberán constar dichas condiciones. En consecuencia, las entidades estatales en los procesos de contratación no podrán exigir, ni los proponentes aportar documentación que deba utilizarse para efectuar la inscripción en el registro.”

“No obstante lo anterior, sólo en aquellos casos en que por las características del objeto a contratar se requiera la verificación de requisitos del proponente adicionales a los contenidos en el Registro, la entidad podrá hacer tal verificación en forma directa.”

“Cuando la información presentada ante la Cámara de Comercio no sea suficiente, sea inconsistente o no contenga la totalidad de los elementos señalados en el reglamento para su existencia y validez, esta se abstendrá de realizar la inscripción, renovación o modificación que corresponda, sin perjuicio de las acciones legales a que haya lugar.”

“La información deberá mantenerse actualizada y renovarse en la forma y con la periodicidad que señale el reglamento.”

“6.2. De la información sobre contratos, multas y sanciones a los inscritos.”

“Las entidades estatales enviarán mensualmente a la Cámara de Comercio de su domicilio, la información concerniente a los contratos, su cuantía, cumplimiento, multas y sanciones relacionadas con los contratos que hayan sido adjudicados, los que se encuentren en ejecución y los ejecutados.”

“Las condiciones de remisión de la información y los plazos de permanencia de la misma en el registro serán señalados por el Gobierno Nacional.”

“El servidor público encargado de remitir la información, que incumpla esta obligación incurrirá en causal de mala conducta.”

“6.3. De la impugnación de la calificación y clasificación.”

(...)

“Parágrafo 2. El reglamento señalará las condiciones de verificación de la información a que se refiere el numeral 1 del artículo 5°, a cargo de cada

entidad contratante, para el caso de personas naturales extranjeras sin domicilio en el país o de personas jurídicas extranjeras que no tengan establecida sucursal en Colombia, o en aquellos casos en que en el proceso de selección, se hayan utilizado sistemas de precalificación.”

“El reglamento señalará de manera taxativa, los documentos objeto de la verificación a que se refiere numeral 1, del artículo 6”.

La norma en los apartes transcritos contempla una nueva regulación sobre el Registro Único de Proponentes, y en tal sentido, lo que en su momento dispuso el artículo 22 de la ley 80 de 1993 sobre la materia, fue expresamente derogado por el artículo 32 de la ley 1150. Un cambio de tal magnitud fue lo que llevó a que su entrada en vigencia se realizara 18 meses después de promulgada la ley, de manera que estas disposiciones sólo resultaron vinculantes a partir del 16 de enero de 2009⁷.

El artículo 6 de la ley 1150 consagra respecto de la verificación de las condiciones de los proponentes una regla general y unas excepciones, a saber:

La regla general consiste en que todas las personas que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales deberán inscribirse en el RUP. Dicho registro contiene la información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente, de acuerdo con la calificación y clasificación que corresponda, esto es la verificación de los requisitos o condiciones propias del proponente que lo habilitan para presentar determinadas ofertas.

Así, la verificación de las condiciones de los proponentes o requisitos habilitantes corresponde hacerla a la cámara de comercio en el momento en que cualquier interesado que *aspire a celebrar contratos con las entidades estatales* presente la información y documentos para inscribirse en el registro junto con la calificación y clasificación que corresponda. En el proceso licitatorio, el proponente deberá adjuntar el correspondiente certificado de inscripción en el RUP, en el que aparecen verificados los requisitos que lo habilitan para participar en el respectivo proceso. Nótese que la certificación expedida por esa entidad gremial es plena prueba de los requisitos habilitantes señalados en el citado numeral 1 artículo 5 y *“En consecuencia, las entidades estatales en los procesos de contratación no podrán exigir, ni los proponentes aportar documentación que deba utilizarse para efectuar la inscripción en el registro”*, como lo dispone el numeral 6.1 de la norma en comento.

La regla general así explicada corresponde a la intención del Gobierno Nacional al presentar el proyecto de ley, según se aprecia en la exposición de motivos:

“Piedra angular de la apuesta que hace el proyecto por la obtención de los objetivos concurrentes de eficiencia y transparencia se encuentra en la reformulación del contenido del deber de selección objetiva con el objeto de que la evaluación de las ofertas se concentre en los aspectos técnicos y económicos, de forma que las condiciones del proponente (capacidad administrativa, operacional, financiera y experiencia) no sean objeto de

⁷ Estableció el artículo 33 de la ley 1150: “Vigencia. La presente ley empieza a regir seis (6) meses después de su promulgación, con excepción del artículo 6 que entrará a regir a los dieciocho (18) meses de su promulgación.

Parágrafo 1. En tanto no entre en vigor el artículo 6o de la presente ley las entidades podrán verificar la información de los proponentes a que se refiere el numeral 1 del artículo 5o de la presente ley...”

evaluación, sino de verificación de cumplimiento; es decir, se conviertan en requisitos de habilitación para participar en el proceso ("pasa, no pasa") y en consecuencia la evaluación de las ofertas se concentre en los aspectos técnicos y económicos.

Esta separación de las condiciones del proponente de las de la oferta busca evitar el direccionamiento de los procesos desde los propios pliegos de condiciones, dentro de la cual surge un elemento de vital importancia para la materialización de la estrategia, cual es la reforma al Registro Unico de Proponentes, de manera que sea ese el único sitio en el que las condiciones mínimas de participación se acrediten, dándole valor agregado al esfuerzo ya realizado por el administrador del registro, que no se aprovecha en toda su extensión por una evidente miopía de la regulación vigente. De lograrse los cometidos de la reforma, las entidades públicas se verán por fin liberadas de tener que examinar el detalle de las interminables resmas de papel que acompañan hoy las ofertas, conteniendo las certificaciones de experiencia del proponente y de su equipo de trabajo, los estados financieros de los últimos años, toda clase de indicadores, etc. Sobra decir que esta sola medida reducirá considerablemente los precios finales de los bienes o servicios que se adquieran, en la medida en la cual el proponente no tendrá que cargar más con este costo asociado a la participación en cada proceso de selección, sino que deberá mantener actualizada la información pertinente en el respectivo registro (...).

(...) La redacción propuesta entrega a las Cámaras de Comercio la carga de la verificación de la información contenida en el registro, a efecto de que esta sea la fuente de las entidades para la verificación de la capacidad jurídica del proponente y de las condiciones referidas a su capacidad administrativa, operacional y financiera, con el objeto de que la valoración de las propuestas de las entidades se centre en los aspectos técnicos y económicos, que se refuerza con el contenido normativo propuesto para la selección objetiva (artículo 5º)⁸. (Paréntesis textuales).

No obstante la intención manifestada en el sentido de conferir a las Cámaras de Comercio la verificación de los requisitos habilitantes de los proponentes, desde el mismo proyecto de ley, así como del trámite surtido en el Congreso de la República, existen importantes excepciones en las cuales las entidades estatales contratantes tienen la obligación de verificar los requisitos habilitantes de los proponentes, casos que se enuncian a continuación.

Primero: No se requerirá el RUP, ni la calificación y clasificación correspondiente, respecto de los proponentes que pretendan celebrar los contratos listados en el inciso segundo del artículo 6 de la ley 1150, así como en los eventos de contratación directa. Este último caso abre amplias posibilidades de excepción para un gran número de contratos estatales, comoquiera que la ley 1150 en el numeral 4º del artículo 2 trae al menos nueve casos en los que se emplea como modalidad de selección la contratación directa.

Segundo: Personas naturales extranjeras sin domicilio en el país o de personas jurídicas extranjeras que no tengan establecida sucursal en Colombia, o en aquellos casos en que el proceso de selección haya utilizado sistemas de precalificación.

⁸ Gaceta del Congreso No. 458 del 1 de agosto de 2005. Página 10.

Tercero: Cuando por las características del objeto a contratar se requiera la verificación de requisitos del proponente adicionales a los contenidos en el RUP.

Cuarto: Correspondía a la excepción temporal prevista en artículo 11 del decreto reglamentario 2474 de 2008⁹, según la cual mientras entraba en vigencia el artículo 6 de la ley 1150, “*las entidades verificarán la información de los proponentes a que se refiere el numeral 1 del artículo 5 ibídem;*” de manera que a partir del 16 de enero de 2009 las entidades estatales perdieron la facultad de verificar los requisitos habilitantes y, por lo tanto, cobró plena aplicación la regla general consistente en que la verificación de los requisitos habilitantes corresponde a la Cámara de Comercio y no a la administración licitante.

En resumen, la regla general prevista en la ley 1150 es que la verificación de las condiciones de los proponentes, referidas a los requisitos habilitantes previstos en el numeral 1 del artículo 5 ibídem, corresponde a las Cámaras de Comercio con jurisdicción en el domicilio principal del proponente, y sólo en los casos enumerados previstos por tal ley, las entidades estatales contratantes deberán realizar directamente la mencionada verificación.

Si bien no es tema del concepto, es conveniente advertir, que como consecuencia de definir el certificado del RUP como plena prueba de los hechos registrados, excluye del procedimiento licitatorio la posibilidad de discutir por parte de los demás participantes y de la misma entidad la veracidad de los datos consignados en el certificado, pues esto sólo puede hacerse ante la misma Cámara de Comercio y el juez de la jurisdicción contencioso administrativa.

Volviendo al punto de partida, la verificación de los requisitos habilitantes por parte de las entidades estatales licitantes, sólo puede darse en los tres casos de excepción, pues en los demás procesos, deben atenerse al RUP. Ahora, dado que en las preguntas formuladas se alude a la posibilidad de subsanar tanto los requisitos habilitantes como documentos que soporten el contenido de la oferta, pasa la Sala a examinar las normas que regulan la subsanabilidad de las ofertas.

5. Análisis de las normas que permiten subsanar las propuestas.

Las modificaciones efectuadas por la ley 1150 de 2007 en relación con el tema de la subsanabilidad de las ofertas y que fueron reseñadas en el acápite tercero de éste concepto, se encuentran principalmente en los artículos 5° y 6° de la ley 1150 de 2007, y en especial en el párrafo 1° del primero de estos, que a la letra dice:

“Artículo 5. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca (...)

Parágrafo 1. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el

⁹ “Artículo 11. Verificación de requisitos habilitantes. De conformidad con lo señalado en el párrafo 1° del artículo 33 de la Ley 1150 de 2007, en tanto no entre en vigor el artículo 6° ídem, las entidades verificarán la información de los proponentes a que se refiere el numeral 1 del artículo 5° ibídem...”

mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización”.

El párrafo 1° que acaba de transcribirse reemplazó el derogado inciso segundo del numeral 15 del artículo 25 de la ley 80, y por lo mismo, su interpretación debe hacerse en consonancia con los numerales 6°, 7° y 8° del artículo 30 de la misma ley 80 de 1993.

Por su parte, el Decreto 2474 del 7 de julio de 2008, el cual reglamentó parcialmente las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 “sobre las modalidades de selección, publicidad y selección objetiva y se dictan otras disposiciones”, dispuso en el artículo 10°, lo siguiente:

“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 5° 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, (e hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones¹⁰), 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.”

Sobre la interpretación de las normas transcritas la Sala emitió el concepto 1927 de noviembre 6 de 2008¹¹, el cual se reitera y sirve igualmente de sustento de las respuestas a las preguntas formuladas en esta oportunidad.

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

¹⁰ El texto tachado entre paréntesis fue anulado en sentencia de fecha del 14 de abril de 2010 expedida por la Sección Tercera del Consejo de Estado. Rad. 110010326000200800101 00 (36054).

¹¹ Autorizándose su publicación mediante oficio 000691 del 21 de noviembre de 2008 del Ministerio de Comunicaciones.

De esta manera, la primacía de lo sustancial sobre lo formal se enmarca bajo la siguiente premisa: no podrán rechazarse las propuestas por ausencia de requisitos o falta de documentos que verifiquen las condiciones habilitantes del proponente, o soporten elementos del contenido de la oferta *no necesarios* para la comparación de las propuestas y que no *constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones*, los cuales serán subsanables a petición de la entidad licitante, respetando la transparencia e igualdad de todos los participantes.

Además, el último inciso del artículo 10º del Decreto 2474 de 2008, prevé un límite a la posibilidad de requerir los documentos o requisitos, señalando que las entidades estatales no pueden permitir que “*se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso*”. Tampoco la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones.

Con base en los anteriores lineamientos generales, pasa la Sala a referirse a los diferentes aspectos relativos a la aplicación de las normas citadas que fueron preguntados por la entidad consultante a saber: la interpretación del numeral 6º del artículo 30 de la ley 80 de 1993, la competencia de la administración para pedir los documentos o requisitos formales necesarios para la evaluación objetiva, el objeto o contenido de tales documentos y la oportunidad para requerirlos y entregarlos

5.1. Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones.

Advierte la Sala sobre la dificultad de definir el término *requisito* utilizado por los artículos 5º y 6º de la ley 1150 de 2007, pues a veces es utilizado como sinónimo de *condición* o sea un hecho que debe tener el proponente para participar en la licitación, como aparece en la locución *requisitos habilitantes* en el párrafo 1º del citado artículo 5º, y también es utilizada para significar la ausencia de algún elemento o circunstancia requerida para demostrar aspectos de la oferta que sean meramente formales.

Con base en lo expuesto hasta ahora, estima la Sala que no es viable hacer ofrecimientos sin cumplir con los requisitos habilitantes exigidos para participar, ni en general que la oferta no se ajuste a lo señalado en el pliego de condiciones. Por ello no es posible que el oferente vaya mejorando, completando, adicionando, modificando o estructurando su propuesta a lo largo del proceso contractual según vaya evolucionando su situación particular en el mismo, pues como se establece en el numeral 6º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, “*las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones*”, es decir, todos los elementos del negocio jurídico exigidos en los pliegos de condiciones. Dicho de otra forma, el oferente tiene la carga de presentar su oferta en forma íntegra, esto es, respondiendo todos los puntos del pliego de condiciones y adjuntando todos los documentos de soporte o prueba de las condiciones habilitantes y de los elementos de su oferta, de manera que la entidad licitante pueda, con economía de medios, evaluarla lo más eficientemente posible, y sólo si hace falta algún requisito o un documento, la administración puede requerirlo del oferente. Este último proceder se realiza por excepción, pues la regla general debe ser el cumplimiento del numeral 6º del artículo 30 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por parte de cada uno de los proponentes.

Es conveniente agregar que quien se presenta al proceso de selección debe cumplir, en la fecha en que presenta su oferta, con las condiciones que se exigen para el efecto, de manera que es sobre ellos y no sobre otros que se cumplan con posterioridad, sobre los que recae la posibilidad de saneamiento. A título ilustrativo, si se requiere una experiencia determinada, la misma se debe tener al presentar la propuesta y la administración puede requerir al oferente para que especifique aspectos relacionados con ella (complementar certificaciones, aclarar fechas, etc.); pero no puede extender el tiempo para avalar experiencia que sólo se llegare a cumplir después del cierre de la licitación.

5.2. Lo que puede ser requerido es la prueba de las condiciones o elementos de la oferta.

Lo expuesto en el punto anterior, significa que la posibilidad de subsanar debe referirse o recaer sobre las circunstancias ocurridas antes del cierre del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar ofertas, razón por la cual lo que se subsana es la prueba y no la condición habilitante o un elemento de la propuesta.

Ello es plenamente concordante con las normas en estudio, ya que no de otra forma puede entenderse la posibilidad de subsanar requisitos o falta de documentos que *i)* verifiquen¹² las condiciones del proponente (requisitos habilitantes), o *ii)* soporten¹³ el contenido de la oferta.

5.3. La potestad de pedir que se subsane la prueba de un requisito o elemento de la oferta es exclusiva de la administración licitante, no es un derecho del proponente.

Tanto el párrafo 1 del artículo 5 de la ley 1150 de 2007 como el artículo 10 del decreto 2474 de 2008, prevén una potestad reglada para la administración de hacer la solicitud de los requisitos, documentos o informaciones subsanables, vinculando al proponente con el término que ella indique en el requerimiento o en el pliego de condiciones, y en modo alguno, se insiste, es una autorización o permiso para que los proponentes mejoren, adicionen o complementen la oferta.

Así las cosas, no se consultan los principios de economía, transparencia y libre concurrencia cuando, llegado el momento de adjudicar, no estén verificadas todas las condiciones del proponente y de la oferta previamente y, si es del caso, debidamente saneadas, todas las pruebas de los requisitos exigidos para contratar con el Estado, tanto las generales como las particulares de la respectiva convocatoria. Los oferentes que participan en el proceso podrán ser requeridos por la entidad a través del representante autorizado para el efecto, para que alleguen los requisitos o documentos susceptibles de ser subsanados, dentro de un término razonable y proporcionado, teniendo como límite máximo un plazo expreso y determinado anterior a la adjudicación.

La posibilidad de subsanar prevista en la ley 1150 de 2007 y el decreto 2474 de 2008, es una potestad reglada para las entidades estatales contratantes, que implica deberes de obligatorio cumplimiento para los proponentes. En otras palabras no es una facultad ilimitada de la Administración, sino que encuentra precisos límites legales, todo dentro del marco del deber de selección objetiva, y

¹² “Verificar. Comprobar o examinar la verdad de algo”. Diccionario de la Lengua Española.

¹³ “Soporte. Apoyo o sostén”. *Ibidem*

de los principios de economía, igualdad, libre concurrencia y transparencia, propios de la contratación estatal.

5.4 .Oportunidad del requerimiento y la respuesta al mismo.

De conformidad con la ley 1150 de 2007 y el decreto 2474 de 2008, las entidades estatales tienen la facultad de solicitar los requisitos o documentos subsanables “*hasta la adjudicación*”. Considera la Sala que esa locución debe interpretarse “*hasta antes de la adjudicación*”, en la medida en que para poder adjudicar han de estar verificadas previamente todas las condiciones exigidas para contratar con el Estado. A ello se llega no sólo por el significado mismo de la preposición *hasta*, sino por la interpretación sistemática de las normas bajo estudio.

Según el Diccionario panhispánico de dudas, *hasta* es una “*Preposición que se usa para expresar el término límite en relación con el tiempo, el espacio o la cantidad: No lo tendré listo hasta el viernes; Corrió hasta la casa; Contaré hasta veinte...*”. Agrega dicha obra la siguiente explicación: “3. Puede funcionar como adverbio con el sentido de ‘incluso’ y, en ese caso, es compatible con otras preposiciones: *Hasta por tu padre haría eso; Son capaces de trabajar hasta con cuarenta grados; Fui a buscarlo hasta a Cuenca* (distinto de *Fui a buscarlo hasta Cuenca*)”

Se advierte entonces que la locución legal *hasta la adjudicación* al no estar acompañada con otra preposición no puede entenderse como “*incluso hasta la adjudicación*”; por tanto, el término otorgado por la norma para que las entidades estatales ejerzan la potestad de solicitar documentos o informaciones subsanables será hasta antes de la adjudicación.

Se reitera que las normas prevén una potestad para la entidad licitante de hacer la solicitud de los requisitos, documentos o informaciones subsanables, vinculando al proponente con el término que ella indique en el requerimiento o en el pliego de condiciones, y en modo alguno, es una autorización o permiso para que los proponentes subsanen lo solicitado “*incluso hasta la adjudicación*”, incumpléndose el plazo concedido por la entidad estatal contratante. Se advierte que dicho término debe ser razonable, esto es suficiente para que el proponente logre entregar los documentos o realizar las acciones necesarias para completar las informaciones o las probanzas requeridas; razonabilidad que en cada caso deberá fijarla la administración, pudiendo el proponente pedir, también razonadamente, su ampliación.

Lo anterior es plenamente concordante con el principio de economía aplicable a la contratación estatal, el cual exige que en los procesos de selección se observen únicamente las etapas estrictamente necesarias con el fin de asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable y que los términos son preclusivos y perentorios¹⁴.

En las preguntas formuladas, el consultante averigua si la inclusión en un pliego de condiciones de una cláusula que defina unos plazos para contestar los requerimientos de los documentos y requisitos subsanables que haga la entidad

¹⁴ “...el artículo 25 de la Ley 80 enseña que los términos para las diferentes etapas de selección son preclusivos y perentorios. Transcurrido el tiempo indicado en los pliegos o en la ley para realizar determinada actividad sin que esta se hubiere cumplido, se habrá perdido la oportunidad para efectuarla, por cuanto el término una vez vencido no puede revivirse...” Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 20 de octubre de 2005, Exp. 14.579.

licitante, es ineficaz de pleno derecho. Para responder, recuerda la Sala que la Sección Tercera del Consejo de Estado anuló la expresión “o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones” dejando claro que el término dentro del cual puede hacer requerimientos va hasta antes de la adjudicación, por lo cual los pliegos de condiciones no pueden cambiarlo, ni establecer una etapa *ad hoc*.

Nótese que tanto la ley como el reglamento se refieren tan sólo al deber para la administración licitante de pedir los documentos, pero guardan silencio sobre la oportunidad que tiene el licitante para aportar aquellos que le fueron requeridos, esto es, no hay un plazo legal para la respuesta. Es claro, como se dijo antes, que la entidad licitante debe dar un término razonable al proponente para que cumpla con el requerimiento que le hace en aras de los principios de economía, eficacia, preclusión de las etapas procesales, etc., y por lo mismo, agrega ahora la Sala, en los pliegos de condiciones es válido establecer unos parámetros para definir dicho plazo, cláusula ésta que no contradice en nada las prohibiciones del numeral 5° del artículo 24 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que consagra las causales de ineficacia de las estipulaciones del pliego.

Lo anterior es plenamente concordante con el principio de economía aplicable a la contratación estatal, el cual exige que en los procesos de selección se observen únicamente las etapas estrictamente necesarias con el fin de asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable; además, con este mismo propósito los términos son preclusivos y perentorios y las autoridades están en la obligación de dar impulso oficioso a las actuaciones (Ley 80, art. 25 No.1). Bajo este mismo criterio, es deber de las entidades públicas adelantar los trámites con austeridad de tiempo, medios y gastos, impidiendo las dilaciones y los retardos (ibídem, art. 25 No. 4).

Igualmente, el numeral 7 del artículo 30 de la ley 80 consagra la siguiente regla: “Artículo 30. De la estructura de los procedimientos de selección. La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas: (...). 7. 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...”. (Se subraya).

Así las cosas, los principios de economía, transparencia y libre concurrencia de la contratación estatal exigen que llegado el momento de adjudicar estén 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. Es por ello que la norma es clara en establecer 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 dentro del término señalado, so pena de que la oferta sea rechazada.

A este respecto no puede olvidarse que el proceso de selección de contratistas es un conjunto de reglas estrictas y detalladas tendientes a adoptar una decisión reglada por parte de la administración, según se ha expuesto, la cual no puede quedar supeditada a la voluntad del proponente de responder cuando a bien tenga el requerimiento para subsanar, argumento adicional que fundamenta, en caso de que se omita el plazo otorgado o la respuesta no satisfaga el preciso y concreto requerimiento efectuado, la potestad de rechazar la oferta.

Con base en las consideraciones anteriores, la Sala RESPONDE:

1. *“¿Puede la entidad a través del comité evaluador o cualquier representante autorizado de la misma señalar, en el requerimiento que efectúe al proponente para que subsane aspectos de su propuesta que verifiquen el cumplimiento de requisitos habilitantes, que el plazo para subsanar es una fecha cierta anterior a la fecha prevista para la audiencia de adjudicación o al momento previo a la de realización de la Subasta, según el caso?”.*

En el Registro Unico de Proponentes debe constar la información relacionada con los requisitos habilitantes de los proponentes, los cuales son verificados y certificados por la Cámara de Comercio respectiva.

Cuando las entidades estatales estén facultadas para verificar el cumplimiento de los requisitos habilitantes, puede darse el caso de que surja la necesidad de requerir la subsanabilidad de los mismos, caso en el cual se otorgará a los proponentes, en igualdad de condiciones, un plazo razonable anterior a la adjudicación o a la realización de la subasta, para que responda el requerimiento efectuado por la entidad.

2. *“¿Puede una entidad del Estado rechazar una oferta, cuando el proponente dentro del término previsto en el pliego o en la solicitud, no responda al requerimiento que le haga el ente estatal para subsanarla, tal como lo prevé el tercer inciso del artículo 10 del Decreto 2474 de 2010?”.*

Sí, porque la decisión reglada por parte de la administración, según se ha expuesto en la parte motiva de este concepto, no puede quedar supeditada a la voluntad del proponente por expresa disposición de los artículos 25, numerales 1 y 4; 30, numeral 7, de la ley 80 de 1993, y 5 de la ley 1150 de 2007, así como del artículo 10 del decreto 2474 de 2008, normas que desarrollan los principios de economía y transparencia, deber de selección objetiva y estructura de los procedimientos de selección propios de la contratación estatal.

3. *“¿Serían dichas estipulaciones ineficaces de pleno derecho, conforme a lo dispuesto por el inciso segundo del literal f) del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993?”.*

La estipulación contenida en el pliego de condiciones que regule la posibilidad de dar un plazo razonable para responder el requerimiento efectuado por la entidad para subsanar, no es ineficaz de pleno derecho de acuerdo con lo expuesto en la respuesta anterior y en la parte motiva de éste concepto.

4. *“¿Cuál es el límite entre el derecho a subsanar 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 y el abuso de tal derecho?”.*

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.

Lo que se puede remediar es la prueba y no el requisito: La posibilidad debe recaer exclusivamente sobre circunstancias acaecidas antes del cierre del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar ofertas.

Transcríbese al Señor Ministro de Transporte y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO
Presidente de la Sala

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Consejero

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO
Consejero

JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaria de la Sala