

FORMATO PQRS

PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA – Fundamento – Alcance

El principio de selección objetiva es un postulado que debe orientar la escogencia del futuro contratista del Estado en los procedimientos de selección adelantados por las entidades públicas, que se traduce en la exigencia de que la elección no esté basada en apreciaciones o factores subjetivos, sino en criterios objetivos, de carácter técnico, jurídico y financiero. En tal sentido, se trata de un principio que se deriva, en el ordenamiento jurídico colombiano, de principios como la igualdad (art. 13, C.P.) y la buena fe –manifestada en la confianza legítima– (art. 83 C.P.), así como de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal (arts. 209 y 267 C.P.). Dicho principio rector de los procedimientos de selección, además, encuentra fundamentación legal expresa en disposiciones como el artículo 24, numeral 5º, literal a) de la Ley 80 de 1993, que exige incorporar requisitos objetivos en los pliegos de condiciones; el artículo 24, numeral 5º, literal b) de la misma Ley, que manda que en el pliego se definan “reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierto de la licitación”; y, de forma más clara profunda y clara, el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, cuyo primer inciso dispone que “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”. La subsanabilidad de las ofertas fortalece la garantía del principio de selección objetiva, porque permite que se le otorgue prevalencia, como criterio de selección, a la favorabilidad del ofrecimiento, por sus ventajas objetivas para la entidad estatal, sobre los errores formales que se adviertan en los requisitos habilitantes.

SUBSANABILIDAD – Concepto de unificación – Aplicación – Improcedencia – Circunstancias posteriores – Cierre del proceso

La regla de la subsanabilidad de las ofertas en los procedimientos de selección, prevista actualmente en los párrafos 1o. y 4o. del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, es el mandato normativo que ordena que las entidades estatales, al verificar la acreditación de los requisitos habilitantes por parte de los proponentes, permitan, por regla general, que los oferentes aporten o corrijan aquella información relacionada con tales requisitos de participación, de manera que no opere un rechazo de plano de las ofertas. En tal sentido, el primero de los párrafos mencionados señala que “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” y que “En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta”. Si bien esta regla encuentra algunos límites, como por ejemplo, el previsto en el segundo inciso del mismo párrafo, que establece que “Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad

FORMATO PQRS

al cierre del proceso” o el consagrado en el párrafo 3o., adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, según el cual “La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma”, lo cierto es que la subsanabilidad de las ofertas debe interpretarse como una regla general en relación con la falta de entrega o con los defectos de los requisitos habilitantes.

SUBSANABILIDAD – Criterios de desempate - Imposibilidad

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

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

De considerarse “condiciones habilitantes”, se llegaría a la idea de que –so pena de rechazo– la participación en el procedimiento contractual está sujeta a la prueba de por lo menos una de las causales del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Esta conclusión no tendría sentido, ya que es posible la acreditación de los requisitos previstos en el artículo 5.1 de la Ley 1150 de 2007, sin que la ausencia de prueba del criterio de desempate condicione la aplicación de los factores de evaluación previstos en el pliego de condiciones. Naturalmente, en caso de empate, la consecuencia es que la adjudicación se resuelve con los participantes que acreditaron alguno de los factores, excluyendo a quienes no lo hicieron.

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

FORMATO PQRS

Bogotá D.C., 15 de Mayo de 2025



Señor
Nicolás Fagua Suárez
nfagua@shd.gov.co
Bogotá D.C.

Concepto C – 560 de 2025

Temas: PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA – Fundamento – Alcance / SUBSANABILIDAD – Concepto de unificación – Aplicación – Improcedencia – Circunstancias posteriores – Cierre del proceso / SUBSANABILIDAD – Criterios de desempate - Imposibilidad

Radicación: Respuesta a la consulta con radicado No. P20250508004393

Estimado señor Fagua Suárez:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su solicitud de consulta de fecha 8 de mayo de 2025, en la cual –de cara a lo manifestado por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en Sentencia del 2 de agosto de 2024, rad. 70597, con ponencia del Consejero Fredy Ibarra Martínez– manifiesta lo siguiente:

“[...] se solicita que por favor se revisen los argumentos esgrimidos por la alta corporación a efectos de establecer la procedencia de la

FORMATO PQRS

subsanción de los documentos por medio de los cuales se acreditan los criterios de desempate”.

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad sólo tiene competencia para responder consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes del sistema de compra pública. La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

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

I. Problema planteado:

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá el siguiente problema jurídico: ¿los factores de desempate del artículo 35 de la Ley de Empeñamiento son subsanables?

II. Respuesta:

Conforme a la interpretación de las normas generales del sistema de compras públicas, analizada la regla del párrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, los criterios de desempate afectan la asignación de puntaje. Estos factores definen la adjudicación del contrato cuando, después de aplicar los criterios de evaluación del pliego de condiciones, dos o más proponentes obtienen resultados similares. De hecho, el primer inciso del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 dispone que los factores de desempate aplican cuando el puntaje total de dos o más ofertas es el mismo.

FORMATO PQRS

Por tanto, dado que los factores de desempate influyen en la ponderación de las ofertas presentadas, la acreditación de las causales previstas en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 es insubsanable, pues no son criterios puramente formales de las propuestas ni requisitos para la verificación de las condiciones habilitantes. Teniendo esto en cuenta, dado que no existe oportunidad posterior, la documentación relacionada con los factores de desempate debe entregarse con la oferta de forma completa e íntegra, antes del cierre del proceso de selección.

En contraste, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en Sentencia del 2 de agosto de 2024, rad. 70597, con ponencia del Consejero Fredy Ibarra Martínez, considera que los factores de desempate son subsanables, pues los equipara con los criterios habilitantes al no otorgar puntaje. Sin embargo, esta decisión no está unificada en los términos del artículo 270 de la Ley 1437 de 2011, por lo que no surge el deber de aplicación uniforme de que trata el artículo 10 *ibidem*. En este contexto, la Sentencia de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado tiene efectos de cosa juzgada en el proceso en que se expidió, sin que esta pauta interpretativa sea vinculante para las demás entidades estatales.

Ello es congruente con el artículo 17 del Código Civil, ya que “Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria”. Por tanto, en ausencia de unificación jurisprudencial al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el criterio de la Subsección B sobre la subsanabilidad de los factores de desempate no es obligatorio en los demás procesos de selección.

Al margen de la explicación precedente debe advertirse que el análisis requerido para resolver problemas específicos en torno a la gestión contractual de las entidades públicas debe ser realizado por quienes tengan interés en ello, de acuerdo con lo explicado la aclaración preliminar del presente oficio. Por lo anterior, previo concepto de sus asesores, la solución de situaciones particulares corresponde a los interesados adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias. Así, cada entidad definirá la forma de adelantar su gestión contractual, sin que sea atribución de Colombia Compra Eficiente validar sus actuaciones.

FORMATO PQRS

III. Razones de la respuesta:

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

i. Uno de los principios transversales de los procedimientos de selección es el de *selección objetiva*. Se trata del postulado que exige que la escogencia de la oferta ganadora deba fundamentarse en factores objetivos, de carácter técnico, jurídico y financiero, y no en criterios subjetivos, como el afecto, la amistad, el ánimo de ayuda, el interés personal, etc. Si bien dentro de la historia de la contratación pública en Colombia se vislumbran antecedentes normativos que consagraban dicho principio¹, en la actualidad la disposición legal que lo prevé de manera más clara y contundente es el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011 y por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. Esta norma prescribe lo siguiente:

“ARTÍCULO 5o. 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

¹ Al respecto, conviene recordar el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, que establecía: “La selección de contratistas será objetiva.

Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace 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.

Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no será objeto de evaluación”.

El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, 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.

En caso de comparación de propuestas nacionales y extranjeras, se incluirán los costos necesarios para la entrega del producto terminado en el lugar de su utilización”.

FORMATO PQRSD

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 6o de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.

2. <Numeral modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

- a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o
- b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.

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.

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

PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al

FORMATO PQRS

proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado.

Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

PARÁGRAFO 2o. 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.

PARÁGRAFO 3o. <Parágrafo adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma.

PARÁGRAFO 4o. <Parágrafo adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

PARÁGRAFO 5o. <Parágrafo adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> En los procesos de contratación, las entidades estatales deberán aceptar la experiencia adquirida por los proponentes a través de la ejecución de contratos con particulares”.

De acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, el deber de selección objetiva supone que las entidades escojan en los procesos de selección el “[...] ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca [...]”. Tal favorabilidad debe determinarse a partir de criterios que pueden variar de acuerdo con el objeto contractual o la modalidad de selección aplicable, los cuales, en todo caso, para que la selección sea objetiva, deben señalarse en el pliego de condiciones o documento equivalente.

FORMATO PQRS

Al respecto, el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 se refiere a algunos requisitos exigibles en la generalidad de procesos de selección adelantados conforme al EGCAP, tales como la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, la capacidad financiera y de organización, denominados requisitos habilitantes, los cuales –en principio, salvo expresa disposición legal– no otorgan puntaje. Lo anterior comoquiera que estos no se refieren a la oferta misma sino a la idoneidad del oferente para asumir adecuadamente la ejecución del contrato². Los oferentes que cumplan estos requisitos habilitantes son considerados idóneos para ejecutar el objeto contractual, de manera que sus ofertas pueden ser consideradas en la evaluación dirigida a determinar cuál es la más favorable para la entidad y los fines de la contratación. En este sentido, los requisitos *habilitantes* son aquellos que deben cumplir en igualdad de condiciones los proponentes y cumplido el mínimo establecido en el pliego de condiciones o documento equivalente hacen que los proponentes se habiliten en el procedimiento de selección y sean susceptibles de ser seleccionados como futuros contratistas.

En contraposición a los requisitos habilitantes, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 regula los factores dirigidos a determinar cuál es la propuesta comparativamente más favorable. En ese sentido, el inciso primero dispone los factores de escogencia y calificación que deben indicarse en los pliegos de condiciones. El numeral 2 de esta norma establece que la oferta más favorable es aquella que resulte ser la más ventajosa para la entidad, una vez se realice la ponderación precisa y detallada de los factores técnicos y económicos de escogencia, de acuerdo con los parámetros establecidos en los pliegos de condiciones o equivalentes que permiten la comparación de ofertas. Este numeral 2 se divide en dos literales, cada uno de los cuales hace referencia a los mecanismos por los que pueden optar las entidades para ponderar los elementos de calidad y precio de las ofertas. El literal a) alude a la ponderación de los referidos elementos mediante puntajes o fórmulas, mientras que el literal b) se refiere la elección de la oferta que represente la mejor relación costo – beneficio para la entidad.

Por su parte, el numeral 3 establece que en los procesos de selección de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización el único factor de evaluación consiste en el menor precio. Por último, el numeral

² DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Tercera edición, Bogotá: Legis, 2016. p. 355.

FORMATO PQRS

4, referente a procedimientos para selección de consultores, señala que debe hacerse uso de factores de calificación, para valorar los aspectos técnicos de la oferta, permitiendo que entre ellos se pondere la experiencia.

Conforme a lo anterior, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, alude a diferentes conceptos como factores de escogencia, de calificación, técnicos y económicos de escogencia, de evaluación y calificación. Además, el artículo alude a unos factores que no otorgan puntaje y de otros que inciden en la comparación de ofertas. Por ello, la doctrina define los requisitos o factores ponderables como “[...] aquellas condiciones de la oferta y no de quien la presenta, que sí entrarán a ser evaluadas por la Administración y que en consecuencia, darán lugar a la escogencia objetiva de la mejor propuesta para la entidad”³. Todas estas categorías designan los “[...] factores a los cuales cabe otorgarles puntajes o que pueden ser ponderados, precisamente, pues estos son los factores que en últimas permiten una comparación de ofertas y una diferenciación entre ellas”⁴. Conforme a esto, la doctrina explica que:

“De acuerdo con ese entendimiento, el numeral 2 del artículo 5.º de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011, comienza por señalar que ‘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’. Es decir que los factores de ponderación o de evaluación son los que en realidad determinan la propuesta que mejor satisface las necesidades de la Administración y no simplemente cuál de los proponentes es el más idóneo en la ejecución del contrato, pues, se insiste, todo oferente que supere los requisitos mínimos habilitantes se entiende que es suficientemente idóneo para la ejecución del objeto contractual.

De nuevo, aquí es preciso señalar que es el pliego de condiciones el que debe determinar cuáles son esos factores que en cada caso concreto permiten hacer una comparación entre las ofertas presentadas y, con base en ello, determinar cuál es la más favorable para la Administración Pública.

³ RODRÍGUEZ TAMAYO, Mauricio F. Evaluación y rechazo de ofertas en la Ley 80 de 1993. Primera edición. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2016. pp. 110-111.

⁴ EXPÓSITO VELEZ, Juan C., El deber de selección objetiva, en: Del contrato estatal a los sistemas de compras públicas, por COVILLA MARTINEZ Juan C. y LOZANO VILLEGAS Germán (Eds.). Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019. págs. 118-184.

FORMATO PQRS

[...]

Una siguiente conclusión que se deriva de la norma parcialmente transcrita consiste en que los pliegos de condiciones deben determinar dos situaciones por separado: 1. cuáles serán los factores o requisitos que serán evaluados por la Administración y 2. cuáles son los criterios para asignar puntaje a cada uno de los factores de evaluación y, con base en ello, poder hacer la comparación entre las ofertas y concluir cuál de ellas es la más ventajosa para la entidad estatal”⁵.

De acuerdo con lo anterior, es posible asimilar las diferentes categorías a las que hace referencia el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, cuando alude a los factores que, a diferencia de los requisitos habilitantes, determinan la oferta más favorable para la entidad, y que, por lo tanto, hacen que una oferta sea mejor que otra, pese a tener que cumplir todas ellas los requisitos habilitantes. Es frente a aquellos factores que determinan comparativamente que una oferta sea mejor que otra, que la entidad concibe el otorgamiento de puntajes, como mecanismos para ponderar y comparar los ofrecimientos, con el fin de determinar objetivamente la oferta más favorable, aplicando para ello las reglas establecidas en el pliego o documento equivalente para la ponderación de las ofertas.

En ese sentido, la asignación de puntaje es un mecanismo mediante el cual las entidades ponderan los factores de calificación –v.g. técnicos y económicos, de calidad y precio, etc.– en un determinado proceso de selección, como se desprende del literal a) del numeral 2 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en el que expresamente se alude al puntaje. Sin embargo, no es este el único mecanismo de ponderación que tienen a su alcance las entidades estatales para determinar el ofrecimiento más favorable, pues el propio literal b) del artículo 5.2 posibilita que el ofrecimiento más favorable se determine con un análisis de la relación costo-beneficio, evento en el no habría necesidad de acudir obligatoriamente a sistemas de asignación de puntaje. A estos se suman, los procesos de selección de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, así como los de mínima cuantía, en los que –según los artículos 5.3 y 2.5 de la Ley 1150 de 2007– el único factor de selección es el menor precio ofertado, por lo que no hay lugar a ponderación mediante puntajes o relaciones costo beneficio.

⁵ *Ibidem*.

FORMATO PQRS

Es necesario destacar que las reglas para establecer la oferta más favorable conforme al artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, se encuentran reglamentadas en el artículo 2.2.1.1.2.2.2 del Decreto 1082 de 2015, modificado recientemente por el Decreto 142 de 2023. Este artículo desarrolla los mecanismos de ponderación previstos en los literales a) y b) del artículo 5.2 de la Ley 1150 de 2007, disponiendo unas pautas para la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio. Conforme a este artículo, la oferta más favorable en estos casos debe determinarse ponderando en las ofertas: i) las condiciones técnicas y económicas mínimas; ii) las condiciones técnicas adicionales que representan ventajas de calidad o de funcionamiento; iii) las condiciones económicas adicionales que representen ventajas en términos de economía, eficiencia y eficacia; y iv) el valor en dinero que la Entidad Estatal asigna a cada ofrecimiento técnico o económico adicional. Teniendo en cuenta estos elementos, la Entidad Estatal debe calcular la relación costo-beneficio de cada oferta “[...] restando del precio total ofrecido los valores monetarios asignados a cada una de las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas. La mejor relación costo-beneficio para la Entidad Estatal es la de la oferta que una vez aplicada la metodología anterior tenga el resultado más bajo [...]”⁶.

⁶ Decreto 1082 de 2015 “Artículo 2.2.1.1.2.2.2. Modificado por el Decreto 142 de 2023, artículo 4º. Ofrecimiento más favorable. La Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta las normas aplicables a cada modalidad de selección del contratista.

En la licitación y la selección abreviada de menor cuantía, la Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta: (a) la ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas; o (b) la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio. Si la Entidad Estatal decide determinar la oferta de acuerdo con el literal (b) anterior debe señalar en los pliegos de condiciones:

1. Las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta.
2. Las condiciones técnicas adicionales que representan ventajas de calidad o de funcionamiento, tales como el uso de tecnología o materiales que generen mayor eficiencia, rendimiento o duración del bien, obra o servicio.
3. Las condiciones económicas adicionales que representen ventajas en términos de economía, eficiencia y eficacia, que puedan ser valoradas en dinero, como por ejemplo la forma de pago, descuentos por adjudicación de varios lotes, descuentos por variaciones en programas de entregas, mayor garantía del bien o servicio respecto de la mínima requerida, impacto económico sobre las condiciones existentes de la Entidad Estatal relacionadas con el objeto a contratar, mayor asunción de los Riesgos, servicios o bienes adicionales y que representen un mayor grado de satisfacción para la entidad, entre otras.
4. El valor en dinero que la Entidad Estatal asigna a cada ofrecimiento técnico o económico adicional, para permitir la ponderación de las ofertas presentadas.

La Entidad Estatal debe calcular la relación costo-beneficio de cada oferta restando del precio total ofrecido los valores monetarios asignados a cada una de las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas. La mejor relación costo-beneficio para la Entidad Estatal es la de la oferta que una vez aplicada la metodología anterior tenga el resultado más bajo.

FORMATO PQRS

Conforme a lo anterior, el deber de selección objetiva está ligado a la determinación del ofrecimiento más favorable, cuyo contenido debe ser precisado a partir de las diferentes alternativas del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, reglamentado por el artículo 2.2.1.1.2.2.2 del Decreto 1082 de 2015, que en todo caso deben reflejarse en el pliego de condiciones o documento equivalente para el respectivo proceso de selección. Estas disposiciones establecen que deben evaluarse, fuera de los requisitos habilitantes, los factores de calificación, valoración o evaluación. Estos pueden ponderarse mediante la asignación de puntaje, por lo que la norma se refiere a factores que no otorgan puntaje para diferenciar los requisitos habilitantes de los mencionados factores de calificación. Lo anterior, bajo el entendido que son estos últimos los que determinan la oferta más favorable para la entidad y la que en consecuencia debe elegirse.

Retomando otros fundamentos jurídicos del deber de "selección objetiva" distintos al artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, la Ley 80 de 1993 se refiere a ella en varios apartados, como: i) el primer inciso del artículo 21, que obliga a las entidades estatales a tener en cuenta la selección objetiva, al garantizar la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, ii) el

La Entidad Estatal debe adjudicar al oferente que presentó la oferta con la mejor relación costo-beneficio y suscribir el contrato por el precio total ofrecido.

Para la adquisición de Bienes y Servicios de Características Técnicas No Uniformes a través de Acuerdos Marco de Precios e Instrumentos de Agregación de Demanda, el ofrecimiento más favorable parte de la definición que la Entidad Estatal que estructura el Instrumento de Agregación de Demanda o Acuerdo Marco de Precios hace en la Operación Principal de las condiciones técnicas y económicas mínimas del bien o servicio.

Las Entidades Estatales que compren en la operación secundaria de un Acuerdo Marco de Precios o Instrumento de Agregación de Demanda, deben evaluar las cotizaciones de los proveedores bajo las condiciones que el instrumento fija para definir la oferta más favorable.

Parágrafo. Los criterios de calidad para evaluar la mejor relación calidad precio podrán incluir criterios ambientales o sociales vinculados al objeto del contrato.

Los criterios ambientales podrán referirse, entre otras, a variables como la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero; el empleo de medidas de eficiencia energética y la utilización de energía procedente de fuentes renovables durante la ejecución del contrato.

Los criterios sociales se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: fomento de la integración social de personas con discapacidad, inclusión de personas pertenecientes a grupos vulnerables en la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas en situación de riesgo de exclusión social y la eliminación de criterios sospechosos de discriminación; el fomento de la contratación femenina o población LGTBIQ+; madres cabeza de hogar; personas que no cuenten con cualificaciones educativas de formación secundaria o profesional superior; víctimas del conflicto armado; criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio justo durante la ejecución del contrato, en los términos definidos por el artículo 4 de la Ley 2046 de 2020.

En el marco de las competencias atribuidas por el Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente adoptará instrumentos dirigidos a orientar a las Entidades Estatales en la aplicación de estos criterios sociales y ambientales".

FORMATO PQRS

artículo 24, numeral 5º, literal a), que manda que en los pliegos de condiciones se indiquen “[...] los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección”, iii) el artículo 24, numeral 5º, literal b), que establece que en los pliegos de condiciones se deben definir “[...] reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierto de la licitación”, iv) el artículo 24, numeral 8º, según el cual “Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto”, v) el segundo inciso del párrafo 3º del artículo 24, que exige tener en cuenta la selección objetiva de la entidad veedora para el procedimiento de venta de bienes de las entidades estatales por el sistema de martillo; vi) el numeral 18 del artículo 25, el cual señala que “La declaratoria de desierto de la licitación únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva”, vii) el numeral 2 del artículo 30, que dispone que “La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones [...] en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas”, viii) el inciso final del artículo 38, que obliga a las entidades estatales que tengan como objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones a respetar el principio de selección objetiva, y ix) el segundo inciso del artículo 76, que ordena cumplir también con dicho principio a las entidades que tengan por objeto la exploración, explotación y comercialización de recursos naturales renovables y no renovables.

Por su parte, a nivel reglamentario, el Decreto 1082 de 2015 también hace referencia a la selección objetiva como postulado esencial al interior de los procedimientos de selección. Así se infiere de enunciados como: i) el numeral 4º del artículo 2.2.1.1.2.1.3, que indica que dentro de la información del pliego de condiciones se deben definir “Las condiciones de costo y/o calidad que la Entidad Estatal debe tener en cuenta para la selección objetiva, de acuerdo con la modalidad de selección del contratista”; o ii) el numeral 8º del artículo 2.2.1.2.1.3.13, que establece como obligación del jurado calificador en los concursos de méritos para la selección de consultores de diseño, planos,

FORMATO PQRS

anteproyectos y proyectos arquitectónicos, “Manifestar a la Entidad Estatal promotora la declaratoria de desierto el concurso de arquitectura, en caso que se presente el impedimento de la escogencia objetiva de que trata el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993”.

La jurisprudencia también ha reconocido la preponderancia de este deber en la etapa precontractual, indicando que su garantía es imprescindible para satisfacer adecuadamente las necesidades de la sociedad a través del contrato. A este respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha dicho que “la selección de contratistas, para cumplir con el requisito de objetividad, debe caracterizarse por: 1. Ausencia total de subjetividad; 2. Estar determinada por la comparación de distintos factores, establecidos con anterioridad por la Administración en el pliego de condiciones; 3. Estar determinada la forma como los factores de selección serán evaluados y el valor que corresponde a cada uno de ellos en el pliego de condiciones y 4. Estar determinada la adjudicación y celebración del negocio jurídico por un análisis, comparación y evaluación objetiva de las propuestas presentadas”⁷. Igualmente, ha señalado que “el principio de escogencia o selección objetiva de los contratistas fundamenta uno de los principales deberes de todos los responsables de la contratación estatal en el derecho colombiano, cual es el de mantener intacta la institucionalidad por encima de los intereses personales, individuales o subjetivos cuando se trate de escoger al contratista, al margen del procedimiento utilizado, con miras a evitar el actuar arbitrario, abusivo o violatorio de norma superior (numeral 8, art. 24, ley 80) por parte de los servidores públicos”⁸.

Ahora bien, para garantizar el principio de selección objetiva, también es necesario que las entidades estatales se abstengan de rechazar las ofertas, por el incumplimiento de requisitos meramente formales, sacrificando la favorabilidad que podría representar la oferta que adolezca de estos defectos, si se permitiese su corrección. En otras palabras, es consustancial a la selección objetiva la obligación que tienen las entidades estatales de permitir la subsanación de los requisitos de participación, bajo las condiciones indicadas en la ley, antes de tomar la decisión de rechazar las propuestas que hayan omitido la observancia de los requisitos habilitantes. Esta decisión, por regla general – salvo en los casos específicos previstos en la ley, como el de la imposibilidad de

⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 25 de octubre de 2019. Exp. 39.945. Consejera Ponente: María Adriana Marín.

⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 5 de julio de 2018. Exp. 37.834. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

FORMATO PQRS

subsana la no entrega de la garantía de seriedad de la oferta o de acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del procedimiento de selección –art. 5, par. 1º y 3º, Ley 1150 de 2007)– solo puede tomarse si, previamente, se ha permitido que los proponentes completen o corrijan la información relacionada con los requisitos que no asignan puntaje, como mecanismo para hacer prevalecer el derecho sustancial sobre las formalidades. Dicha regla se explica a continuación.

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

Sobre este aspecto, debe resaltarse que la posibilidad de enmendar, corregir o subsanar los errores en los que se incurre en los documentos contentivos de la oferta es un tema que ha tenido diferentes momentos o etapas en el ordenamiento jurídico colombiano. En un *primer momento*, antes de expedirse la Constitución Política de 1991, el régimen jurídico de la subsanabilidad de las ofertas estaba compuesto por el Decreto-ley 150 de 1976 y el Decreto-ley 222 de 1983. Bajo el imperio de estas normas, la posibilidad de subsanar errores era prácticamente inexistente, debido al excesivo formalismo procedimental que irradiaba la actuación administrativa. En este contexto, por ejemplo, no era extraordinario que una oferta fuera rechazada por no aportar una copia de esta.

En un *segundo momento* se expidió la Ley 80 de 1993, bajo el paradigma que supuso la Constitución de 1991, particularmente en la forma como se relaciona lo formal y lo sustancial en las actuaciones judiciales y administrativas. Este cambio ideológico quedó consignado en el artículo 228, que introdujo el principio de supremacía o prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental. En este nuevo escenario constitucional, el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 dispuso lo siguiente:

FORMATO PQRS

“15. Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales.

La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”.

Bajo el amparo de esta norma, el régimen jurídico de subsanabilidad de las ofertas sufre un cambio fundamental, pues ya no era posible rechazar las ofertas por falta de requisitos o documentos que no fueran “*necesarios para la comparación de propuestas*”. De esta manera, la ley introdujo un primer criterio jurídico, aunque indeterminado, que servía como punto de partida en la posibilidad de subsanar las ofertas, pues, verificada la ausencia de un requisito o documento, previo al rechazo de la oferta, la Administración debía constatar si este era o no necesario para la comparación de las propuestas, y de ese análisis surgiría la decisión sobre su rechazo o la oportunidad de subsanar.

El artículo 25.15 debía leerse en conjunto con otras de la Ley 80 de 1993, particularmente con el artículo 30.7⁹, que ordena a la entidad señalar un plazo razonable para evaluar las propuestas y pedir a los proponentes, de ser necesario, que aclaren o expliquen aspectos que ofrezcan dudas y resulten indispensables para hacer la evaluación; y con el artículo 30.8¹⁰, que consagró el término de 5 días hábiles para que los oferentes presenten observaciones al informe de evaluación de las propuestas, sin que sea posible completar, adicionar, modificar o mejorar la oferta. A partir de la lectura integrada de estas tres normas debía concluirse que con la Ley 80 de 1993 era posible subsanar las propuestas, y la omisión o el error en algún aspecto de la misma no podía llevar a su rechazo, sin antes verificar que lo omitido fuera un aspecto necesario para la comparación.

⁹ Ley 80 de 1993, art. 30.7: “De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables”.

¹⁰ Ley 80 de 1993, art. 30.8: “Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas”.

FORMATO PQRS

En un *tercer momento*, y siguiendo la línea trazada por la Ley 80 de 1993, el legislador expidió la Ley 1150 de 2007, que, en el párrafo 1º del artículo 5, determinó lo siguiente: “La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización”.

Nótese que esta norma reitera lo que dispuso la Ley 80 de 1993, en el sentido de que los requisitos o documentos que no sean necesarios para la comparación de las ofertas pueden subsanarse, pero además la Ley 1150 de 2007 introdujo otro criterio que le dio mayor claridad al tema: la asignación de puntaje. A partir de la Ley 1150 de 2007, la Administración contó con un criterio más claro y determinado para saber si la ausencia de documentos o requisitos de la oferta conlleva a su rechazo o al requerimiento del proponente para que lo subsane, pues bastará con un simple ejercicio de verificación que consiste en corroborar si lo omitido hace parte de los aspectos que otorgan puntaje o no. Si al verificar la Administración encuentra que lo omitido por el proponente es un aspecto que otorga puntaje, no es posible subsanarlo; pero, si no otorga puntaje, la Administración debe requerir al proponente para que lo subsane.

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, además de consagrar un criterio más claro, y, de paso, reducir la discrecionalidad de la Administración, fijó un ámbito temporal para la subsanación de las ofertas: “*en cualquier momento, hasta la adjudicación*”. El Consejo de Estado, con particular *sindéresis*, concluyó que a partir del párrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150, la definición de lo que es subsanable y lo que no lo es surge a partir del planteamiento de la pregunta sobre si el defecto asigna puntaje o no, en estos términos:

“Esto significa que en adelante las entidades y los oferentes aplican directamente la regla que contempla el art. 5, párrafo, de la Ley 1150, de manera que lo subsanable o insubsanable se define a partir de una pregunta, que se le formula a cada requisito omitido o cumplido imperfectamente: ¿el defecto asigna puntaje al oferente? Si lo hace no es subsanable, si no lo hace es subsanable; en el último evento la entidad le solicitará al oferente que satisfaga la deficiencia, para poner su oferta en condiciones de ser evaluada, y no importa si se refiere a

FORMATO PQRS

no a problemas de capacidad o a requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfaga suficientemente”¹¹.

Esa interpretación fue compartida por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, pues en la Circular Externa Única se había precisado que si durante un proceso de contratación hay proponentes que no acreditaron en sus ofertas requisitos que no afectan la asignación de puntaje o la comparación de las mismas, la entidad estatal deberá indicarlo en el informe de evaluación y advertir que la correspondiente oferta no será evaluada hasta que se subsane.

En un *cuarto momento*, el legislador expidió la Ley 1882 de 2018, con la finalidad de introducir cambios y ajustes para fortalecer la contratación pública. El artículo 5 modificó el párrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 en los siguientes términos: “La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado. Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso”.

iii) La Ley 1882 de 2018: a) mantiene el criterio de la Ley 80 de 1993, relativo a que todo lo que no sea necesario para la comparación de propuestas no es título suficiente para su rechazo; b) mantiene el criterio aclaratorio de la Ley 1150 de 2007, según el cual todo lo que no afecte la asignación de puntaje

¹¹ Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2014. C.P. Enrique Gil Botero, Rad. 1999-00113-01 (25.804).

FORMATO PQRS

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

El primero es el ámbito temporal para ejercer la facultad de subsanar la oferta, pues la Ley 1882 de 2018 fijó una regla general y una excepción. La regla general es que el límite para que la entidad solicite y para que el proponente corrija lo que haga falta es hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección. La excepción es que el anterior límite no aplica para los procesos de mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta: en este último los documentos o requisitos subsanables deben solicitarse, como límite final, hasta el momento previo a su realización¹².

Frente a la regla general, como se explica en el Concepto CU-060 del 24 de febrero de 2020, la norma fijó un límite final para que la Administración y los oferentes subsanen los requisitos o documentos que puedan y deban ser subsanados; pero nada impide, y la norma no lo hace, que la Administración requiera al proponente antes de publicar el informe de evaluación.

De otro lado, el segundo cambio importante de la Ley 1882 de 2018 es el correspondiente a la garantía de seriedad. El parágrafo 3 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 dispone que la falta de entrega de la garantía de seriedad es insubsanable. Al respecto, la norma prescribe lo siguiente: "PARÁGRAFO 3o. La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma".

Finalmente, el último cambio importante de la Ley 1882 de 2018 fue la introducción de un criterio material, directamente relacionado con los aspectos subsanables: "los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso". Esta regla tiene una finalidad particular, y es que, al momento de presentar la oferta, el proponente la deberá hacerlo de forma íntegra y así evitar que a lo largo del procedimiento contractual complete o adicione su propuesta, conforme mejora su situación particular. En términos del Consejo de Estado:

¹² Ley 1150 de 2007, artículo 5, parágrafo 4º: "En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura contratación o a proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización".

FORMATO PQRS

"[...] 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"¹³.

De igual manera, en los documentos tipo adoptados mediante las Resoluciones No. 463 y 465 del 10 de septiembre de 2024, la obligación del proponente de presentar su oferta de manera íntegra es congruente con el numeral 1.6 del documento base. Al respecto, el pliego dispone que:

"El Proponente tiene la responsabilidad y carga de presentar su oferta en forma completa e íntegra, esto es, respondiendo todos los puntos del Pliego de Condiciones y adjuntando todos los documentos de soporte o prueba de las condiciones que pretenda hacer valer en el Proceso.

En caso de ser necesario, la Entidad deberá solicitar a los Proponentes durante el proceso de evaluación, y a más tardar en el informe de evaluación, las aclaraciones, precisiones o solicitud de documentos que puedan ser subsanables [...]".

Bajo la premisa de que el proponente deberá presentar su oferta de manera completa, es que se debe interpretar la expresión "circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso". Como se explicó en el Concepto CU-060 del 24 de febrero de 2020, esto lleva a la necesidad de distinguir entre la prueba de un hecho y el hecho mismo. En el caso de la subsanabilidad de las ofertas una cosa es el requisito habilitante o el elemento de la propuesta y otra su prueba. Lo que prohíbe la norma, es que se subsanen

¹³ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de mayo de 2010. No. de Radicado: 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992). C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

FORMATO PQRS

requisitos que no estaban cumplidos al momento de presentar la oferta, o en palabras de la ley, que se acrediten hechos que ocurrieron después del cierre del proceso, en tanto esto implicaría que el proponente pueda hacer mejoras o adicione circunstancias que no corresponden a la oferta inicialmente presentada¹⁴.

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

Por ejemplo, para los documentos tipo de licitación –versión 4– y selección abreviada –versión 3– de obra pública de infraestructura de transporte, esta idea es congruente con el numeral 1.6 del pliego de condiciones. Al respecto, el documento base dispone que “Todos aquellos requisitos de la oferta que afecten la asignación de puntaje, *incluyendo los necesarios para acreditar requisitos de desempate*, no son subsanables, por lo que los mismos deben ser aportados por los proponentes desde la presentación de la oferta. No obstante, pueden ser aclarados o ser objeto de explicación” (Énfasis fuera de texto).

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

De considerarse “condiciones habilitantes”, se llegaría a la idea de que –so pena de rechazo– la participación en el procedimiento contractual está sujeta a

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de mayo de 2010. No. de Radicado: 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992). C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

FORMATO PQRS

la prueba de por lo menos una de las causales del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020. Esta conclusión no tendría sentido, ya que es posible la acreditación de los requisitos previstos en el artículo 5.1 de la Ley 1150 de 2007, sin que la ausencia de prueba del criterio de desempate condicione la aplicación de los factores de evaluación previstos en el pliego de condiciones. Naturalmente, en caso de empate, la consecuencia es que la adjudicación se resuelve con los participantes que acreditaron alguno de los factores, excluyendo a quienes no lo hicieron.

De esta manera, los factores de desempate afectan la “asignación de puntaje” en los términos del párrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en la medida que influyen en la “comparación de las propuestas”. En efecto, algunos de los factores de evaluación también son criterios de desempate: este es el caso de los previstos en el artículo 2 de la Ley 816 de 2003 y en el artículo 2.2.1.2.4.2.6 del Decreto 1082 de 2015 para los proponentes que oferten bienes y servicios nacionales o vinculen personas en situación de discapacidad, respectivamente¹⁵. Por tanto, si no es posible subsanar los factores de evaluación previstos en las normas citadas, mucho menos es posible subsanarlos tratándose de los factores de desempate de los numerales 1 y 3 del artículo 35 de la Ley de Emprendimiento. Esta conclusión se extiende al resto de las causales de esta norma, ya que definen la adjudicación del contrato en caso de empate en el puntaje total de dos o más ofertas en los procesos de contratación.

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

¹⁵ El primer inciso del artículo 2º de la Ley 816 de 2003 dispone lo siguiente: “Las entidades de que trata el artículo 1º asignarán, dentro de los criterios de calificación de las propuestas, un puntaje comprendido entre el diez (10) y el veinte por ciento (20%), para estimular la industria colombiana cuando los proponentes oferten bienes o servicios nacionales”. Por su parte, el artículo 2.2.1.2.4.2.6 del Decreto 1082 de 2015 prescribe que “En los procesos de licitaciones públicas y concursos de méritos, para incentivar el sistema de preferencias a favor de las personas con discapacidad, las entidades estatales deberán otorgar el uno por ciento (1%) del total de los puntos establecidos en el pliego de condiciones, a los proponentes que acrediten la vinculación de trabajadores con discapacidad en su planta de personal [...]”.

FORMATO PQRS

de desempate debe entregarse con la oferta de forma completa e íntegra, antes del cierre del proceso de selección.

iv) En contraste, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en Sentencia del 2 de agosto de 2024, rad. 70597, con ponencia del Consejero Fredy Ibarra Martínez, considera que los factores de desempate son subsanables, pues los equipara con los criterios habilitantes al no otorgar puntaje. Sin embargo, esta decisión no fue unánime, pues el Consejero Martín Bermúdez Muñoz –en línea con lo explicado *ut supra*– estima que “[...] los criterios de desempate no pueden ser subsanados porque son determinantes para la evaluación de la oferta”; razón por la cual, “[...] permitir subsanar criterios de desempate, en realidad, permite mejorar la oferta presentada. Es evidente que los criterios de desempate reflejan cualidades adicionales que justifican la preferencia de una oferta sobre otra que tenga el mismo puntaje”.

Pese al criterio mayoritario de la Sala, vale la pena considerar que la decisión adoptada el 2 de agosto de 2024 no se encuentra unificada en los términos del artículo 270 de la Ley 1437 de 2011, por lo que no surge el deber de aplicación uniforme de que trata el artículo 10 *ibidem*¹⁶. En este contexto, la Sentencia de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado tiene efectos de cosa juzgada en el proceso en que se expidió, sin que esta pauta interpretativa sea vinculante para los demás entes estatales.

Ello es congruente con el artículo 17 del Código Civil, ya que “Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria”¹⁷.

¹⁶ El artículo 270 del CPACA dispone que “Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia o precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1995, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009”. El concepto es relevante para la aplicación del artículo 10 *ibidem*, el cual prescribe que “Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. *Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas*” (Énfasis fuera de texto)

¹⁷ Como explica la doctrina, “La eficacia vinculante que la decisión del juez despliega como cosa juzgada respecto del caso decidido, se considera conceptualmente distinta de la autoridad que el criterio de decisión en ella adoptada (la llamada *ratio decidendi*) pueda desplegar sobre la convicción de los juicios futuros que vengan llamados a decidir casos semejantes. La autoridad de la decisión precedente en este segundo

FORMATO PQRS

Por tanto, en ausencia de unificación jurisprudencial al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el criterio de la Subsección B sobre la subsanabilidad de los factores de desempate no es obligatorio en los demás procesos de selección.

v) Al margen de la explicación precedente debe advertirse que el análisis requerido para resolver problemas específicos en torno a la gestión contractual debe ser realizado por quienes tengan interés en ello, de acuerdo con lo explicado la aclaración preliminar del presente oficio. De esta manera, las afirmaciones aquí realizadas no pueden ser interpretadas como juicios de valor sobre circunstancias concretas relacionadas con los hechos que motivan la consulta. Por lo anterior, previo concepto de sus asesores, la solución de situaciones particulares corresponde a los interesados adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Dentro de este marco, la entidad contratante definirá en cada caso concreto lo relacionado con el tema objeto de consulta. Al tratarse de un análisis que debe realizarse en el procedimiento contractual específico, la Agencia no puede definir un criterio universal y absoluto por vía consultiva, sino que brinda elementos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad. De esta manera, cada entidad definirá la forma de adelantar su gestión contractual, sin que sea atribución de Colombia Compra Eficiente validar sus actuaciones.

IV. Referencias normativas:

- Ley 80 de 1993, artículos 21, 24, 25, 30, 38 y 76.
- Ley 816 de 2003, artículo 2.
- Ley 1150 de 2007, artículo 5.

aspecto no se impone al futuro juez como un precepto jurídico a observar, sino que hace referencia únicamente a la inteligencia y al sentido crítico del que ha de decidir, llamándolo a apreciar el criterio de decisión adoptado en cuanto a su valor interpretativo, o sea a reconocer si éste responde a las exigencias del caso decisivo y al esquema de coherencia del *ius conditum*, es decir, si representa en suma una interpretación exacta de las normas jurídicas en discusión [...]” (BETTI, Emilio. La interpretación de la ley y los actos jurídicos. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018. p. 264).

FORMATO PQRS

- Ley 1437 de 2011, artículos 10 y 237.
- Ley 2069 de 2020, artículo 35.
- Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.1.2.1.3, 2.2.1.1.2.2.2, 2.2.1.2.1.3.13 y 2.2.1.2.4.2.6.
- Código Civil, artículo 17.

V. Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:

Esta Subdirección se ha pronunciado sobre la regla de subsanabilidad en los Conceptos C-218 del 2 de abril de 2020, C-229 del 16 de abril de 2020, C-307 del 21 de mayo de 2020, C-396 del 16 de julio de 2020, C-410 del 26 de junio de 2020, C-429 del 24 de julio de 2020, C-481 del 27 de julio de 2020, C-548 del 21 de agosto de 2020, C-633 del 2 de octubre de 2020, C-634 del 21 de octubre de 2020, C-675 del 25 de noviembre de 2020, C-802 del 1º de febrero de 2021, C-010 del 16 de febrero de 2021, C-083 del 18 de marzo de 2021, C-090 del 23 de marzo de 2021, C-152 del 12 de abril de 2021, C-207 del 10 de mayo de 2021, C-217 del 14 de mayo de 2021, C-250 del 2 de junio de 2021, C-311 del 10 de junio de 2021, C-409 del 13 de agosto de 2021, C-424 del 27 de septiembre de 2021, C-477 del 6 de septiembre de 2021, C-485 del 13 de octubre de 2021, C-498 del 14 de septiembre de 2021, C-501 del 16 de agosto de 2021, C-521 del 24 de septiembre de 2021, C-565 del 11 de octubre de 2021, C-691 del 28 de diciembre de 2021, C-716 del 23 de enero de 2022, C-728 del 26 de enero de 2022, C-753 del 6 de febrero de 2022, C-114 del 22 de marzo de 2022, C-140 del 28 de marzo de 2022, C-162 del 5 de abril de 2022, C-285 del 20 de mayo de 2022, C-343 del 31 de mayo de 2022, C-381 del 15 de julio de 2022, C-416 del 30 de junio de 2022, C-431 del 7 de julio de 2022, C-434 del 8 de julio de 2022, C-542 del 23 de agosto de 2022, C-595 del 9 de septiembre de 2022, C-772 del 28 de noviembre de 2022, C-793 del 21 de noviembre de 2022, C-923 del 27 de diciembre de 2022, C-965 del 27 de enero de 2023, C-058 del 10 de mayo de 2023, C-082 del 19 de abril de 2023, C-216 del 6 de junio de 2023, C-304 del 4 de julio de 2023, C-734 del 28 de noviembre de 2024 y C-051 del 21 de febrero de 2025. Estos y otros se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de relatoría de la Agencia, al cual puede accederse a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.

FORMATO PQRS

Te informamos que ya se encuentra disponible la **Cartilla para incentivar y fortalecer el acceso a las compras y contratación pública de los pueblos y comunidades étnicas en Colombia**. Esta cartilla es una apuesta de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, para incentivar la participación de los pueblos y comunidades étnicas en las compras y contratación pública, mediante el desarrollo de los principios de igualdad, equidad e inclusión social. Puede consultar la versión actualizada en el siguiente enlace: [Cartilla para incentivar y fortalecer el acceso a las compras y contratación pública de los pueblos y comunidades étnicas en Colombia | Colombia Compra Eficiente | Agencia Nacional de Contratación Pública](#)

De otra parte, te informamos que, con el objetivo de garantizar un conocimiento adecuado de las **modificaciones y/o actualizaciones realizadas a los Documentos Tipo**, hemos programado una serie de **capacitaciones** dirigidas a todos los actores involucrados en los procesos de selección. Podrás conocer la programación y realizar tu inscripción a estas capacitaciones a través del siguiente enlace: [Calendario | Colombia Compra Eficiente | Agencia Nacional de Contratación Pública](#)

También, te contamos que ya publicamos **la nueva Guía de Contratación Pública Sostenible y Socialmente Responsable**. Esta guía es un instrumento clave para integrar buenas prácticas en la contratación estatal, promoviendo los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) a través de criterios y obligaciones ambientales y sociales en todas las etapas del proceso. Puede consultar la guía en el siguiente enlace: [Guía de Contratación Pública Sostenible y Socialmente Responsable | Colombia Compra Eficiente | Agencia Nacional de Contratación Pública](#)

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

Atentamente,

FORMATO PQRS

Original Firmado
Carolina Quintero Gacharná

Carolina Quintero Gacharná
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Juan David Montoya Penagos
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Alejandro Sarmiento Cantillo
Gestor T1 – 15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Carolina Quintero Gacharná
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE