

REQUISITOS HABILITANTES – Alcance – No otorgan puntaje – Comité de evaluación de propuestas

Como lo ha dicho reiteradamente esta Subsección, los requisitos habilitantes corresponden a exigencias básicas que debe acreditar el proponente para cumplir con el contrato proyectado; se refieren a factores como la experiencia y la capacidad financiera, jurídica y de organización de los oferentes, los cuales no otorgan puntaje en la medida que solo son objeto de verificación por parte de la Administración, es decir, sirven como criterios útiles que comprueban la idoneidad del contratista y conducen a definir sobre la admisión o rechazo de una propuesta, en atención a unas condiciones mínimas que se exigen para ejecutar el objeto a contratar.

FACTORES DE CALIFICACIÓN – Comparación de las ofertas – Ponderación de elementos técnicos y económicos de escogencia – Pliego de condiciones – Otorgamiento de puntaje

A su turno, los factores de calificación se examinan directamente en función de la propuesta, entendida como la manifestación de voluntad de quien participa en el proceso de selección que contiene los elementos del negocio jurídico respecto de los cuales la entidad pública efectúa la comparación de las ofertas que le son presentadas con el fin de obtener la más favorable, en atención a la ponderación detallada de elementos técnicos y económicos de escogencia establecidos en el respectivo pliego de condiciones. De modo que estos factores son materia de evaluación, otorgan puntaje y se examinan solo respecto de aquellos proponentes que resultan habilitados, esto es, aquellos que superen la verificación de las condiciones necesarias para celebrar el contrato.

SUBSANACIÓN DE LA OFERTA – Reglas para la subsanación de la oferta – Régimen jurídico de la subsanación de la oferta – Término para la subsanación de la oferta – SUBASTA INVERSA – Término para presentar subsanaciones

Sobre los defectos subsanables e insubsanables de las propuestas en la contratación pública, se recuerda que la Ley 80 de 1993 en el art. 25.15, inciso segundo, determinó que la falta de requisitos o documentos no necesarios para la comparación de las propuestas no constituía razón suficiente para el rechazo de los ofrecimientos. Esta disposición generó numerosas complejidades pues quedaba a cargo de la administración precisar qué requisitos fundamentaban tal comparación.

Por ello, la Ley 1150 de 2007 derogó dicho inciso, y a través del art. 5 que subrogó el art. 29 de la Ley 80 de 1993, conservó el principio general que informa el deber de selección objetiva, distinguiendo de forma expresa entre los requisitos habilitantes y los factores de ponderación o evaluación. Señaló que los primeros no otorgan puntaje, de manera que su examen se realiza bajo el criterio cumple / no cumple, lo que se explica por la naturaleza de tales condicionamientos; los segundos, versan sobre aquellos componentes que otorgan puntuación.

El párrafo de la misma disposición estableció la regla de subsanabilidad y su oportunidad, y determinó que todos los requisitos que no incidan en la asignación de puntaje podían “ser solicitados por las entidades, en cualquier momento, hasta la adjudicación”, con la precisión de que en los casos de subasta debían “ser solicitados hasta el momento previo a su realización”.

Con la Ley 1882 de 2018, el Legislador señaló, entre otras cosas, que el término máximo para subsanar es hasta el vencimiento del traslado del informe de evaluación, pero mantuvo la singularidad atinente a la selección por el sistema de subasta, indicando que para dicho proceso los requisitos “no necesarios para la comparación de las propuestas, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización”.

[...]

LÍMITE TEMPORAL DE LA SUBSANACIÓN – Nulidad artículo 10 Decreto 2474 de 2008 – Interpretación del concepto “hasta la adjudicación”

El Decreto 2474 de 2008 reglamentó parcialmente las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y en el art. 10 estableció las reglas de subsanabilidad de las ofertas. En su texto original indicaba que la entidad podía solicitar la subsanación de los requisitos “hasta la adjudicación, o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones (...)”. La expresión subrayada fue declarada nula por esta Sección en providencia del 14 de abril de 2010, por limitar temporalmente la posibilidad de subsanar las ofertas en momento distinto y anticipado al señalado en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, y precisó que “se puede inferir sin dificultad que la ley permite que los requisitos habilitantes se soliciten hasta el momento previo a la adjudicación, de allí que la subsanación debe realizarse antes de que ésta se lleve a cabo”.

(...) Este entendimiento, sobre el límite temporal relacionado con la regla de subsanabilidad bajo tal normativa, fue constatado por esta Subsección en sentencia del 13 de agosto de 2024 que, al analizar la naturaleza y alcance de esta figura puso de presente los pronunciamientos de la jurisprudencia de esta Corporación atinentes a la expresión “hasta”.

Teniendo en cuenta que el Decreto 2474 de 2008 fue derogado por el 734 de 2012 el que, a su vez, quedó derogado por el Decreto 1510 de 2013 (sin que este último hiciera algún desarrollo sobre la subsanabilidad de las ofertas), el tratamiento de esta materia quedó sujeto directamente a los preceptos del art. 5 de la Ley 1150 de 2007.

En los términos de dicha norma, el procedimiento administrativo precontractual que se adelanta para la selección de contratistas dispone respecto de la oportunidad para subsanar las ofertas (en aquello susceptible de serlo), la coexistencia de deberes y facultades. De un lado, las entidades públicas tienen el deber de señalar las falencias advertidas y otorgar términos razonables a los proponentes para que éstas sean superadas, y de otro, los participantes están llamados a aclarar o subsanar aquello que es requerido con el fin de que sus ofrecimientos sean valorados de forma objetiva, completa y transparente.

De manera que no podrá entenderse la subsanación como una facultad que emerge del llano arbitrio de los oferentes, como si pudieran ir completando los requisitos de la propuesta en el curso del procedimiento y al margen de las fases preclusivas establecidas para su verificación y evaluación; corresponde a un derecho, el de subsanar, que tiene fuente y respaldo en el marco de la actuación administrativa descrita.

Esta Corporación también ha precisado que “no se trata, entonces, de que el oferente tenga la posibilidad de entregar la información solicitada a más tardar hasta la adjudicación; es la entidad quien tiene, a más tardar hasta la adjudicación, la posibilidad de pedir a los oferentes que aclaren o subsanen (...) la entidad es quien pone el término

para aportar la aclaración o para subsanar, perdiendo definitivamente el oferente la oportunidad de hacerlo si no se ajusta al plazo preciso que se le concede, salvo que ella misma se lo amplíe”.

SUBASTA INVERSA – Subsanación de la oferta – Reglas para la subsanación de la oferta – Régimen jurídico de la subsanación de la oferta

En el caso de la subasta, el parágrafo 1 del art. 5 de la Ley 1150 de 2007, en su texto original, dispuso un lapso específico para concretar la regla de subsanabilidad, “hasta el momento previo a su realización”. Tal precisión deriva de las particularidades de este mecanismo de escogencia.

SUBASTA INVERSA – Modalidad de selección – Características

A voces del literal a) del art. 2.2 de la Ley 1150 de 2007, la subasta inversa está concebida para adquirir bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización. Ante la homogeneidad del objeto que se contrata a través de este mecanismo, únicamente constituye un factor de escogencia la postura que mayor beneficio económico genere a la entidad.

Bajo este modelo de selección, se conforma un escenario de competencia entre los sujetos habilitados, en el que la entidad establece un presupuesto oficial y los interesados presentan una propuesta económica sobre dicha base y, seguidamente, “la subasta debe iniciar con el precio más bajo indicado por los oferentes”. Definido lo anterior, tiene lugar la presentación de lances con los cuales la oferta puede ser mejorada en, al menos, el margen mínimo, todo lo anterior, de conformidad con el artículo 41 y ss. del Decreto 1510 de 2013.

En estos términos, una vez se supera la etapa de habilitación, serán las posturas del más bajo valor o mayor descuento en porcentaje, el único factor a considerar. Por ello, adquiere protagonismo el precio con el cual se presenta la oferta, el límite al presupuesto oficial y los márgenes mínimos que conforman los lances admisibles, comoquiera que en la fase en que se desarrolla la puja la entidad se desplaza para ejercer únicamente el control de tiempos y condiciones, pero son los proponentes quienes definen a través de las manifestaciones que hacen en los lances, cuál de ellos será el adjudicatario.

El procedimiento regulado en el Decreto 1510 de 2013 es claro en establecer que la oferta se divide en dos partes, la primera contentiva de la acreditación de los requisitos habilitantes y la segunda integrada por el precio mínimo que se puede mejorar durante la puja, indicando, además, que “[h]ay subasta inversa siempre que haya como mínimo dos oferentes habilitados cuyos bienes o servicios cumplen con la Ficha Técnica”, lo que implica, sin mayores elucubraciones, que para el comienzo de la subasta es necesario que la entidad se haya pronunciado sobre los oferentes que cumplieron las condiciones estipuladas para ser considerados aptos para suscribir el futuro negocio jurídico, pues es la condición que abre paso a su participación en la subasta.

LÍMITE SUBSANACIÓN DE LAS PROPUESTAS – Subasta inversa – Momento previo a la realización de la puja

El diseño de este mecanismo de selección explica la diferencia que existe respecto del límite temporal dispuesto por el Legislador para la subsanación de las propuestas en la

generalidad de procesos de selección. En el caso de la subasta, como la adjudicación denota una fase posterior a la puja de los precios ofertados, resulta lógico que la norma indique que los requisitos a subsanar "deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización"; de modo que corresponde a la entidad indicar las falencias de tales requisitos antes de iniciar la subasta, y conferir un plazo razonable para superar las incorrecciones advertidas y hacer su verificación.

A su turno, los proponentes tienen el deber-carga de cumplir los requerimientos en la oportunidad prevista por la Administración, so pena de que sus ofrecimientos sean rechazados por no acatar las condiciones de selección o no aportar la subsanación en el plazo conferido por la entidad. Lo que excluye el entendimiento de que la oportunidad para subsanar podría extenderse hasta antes del inicio de la subasta, pues el oferente está llamado a hacerlo dentro del plazo conferido por la entidad para subsanar; es la Administración la que tiene hasta ese momento para efectuar la solicitud de información, aclaración o corrección.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., once (11) de agosto de dos mil veinticinco (2025)

Expediente: 250002336000201502694 02 (72.288)
Demandantes: Unión Temporal Nutrir Capital SED 2015
Demandado: Distrito Capital de Bogotá – Secretaría de Educación y otros
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Sentencia de segunda instancia

TEMAS: SUBSANABILIDAD DE LAS PROPUESTAS – se trata de una atribución que activa la entidad y debe ser cumplida por los proponentes dentro del término señalado / LÍMITE TEMPORAL PARA LA SUBSANACIÓN DE OFERTA – desarrollo legislativo y reglamentario / REGLA DE SUBSANACIÓN EN EL SISTEMA DE SUBASTA

Surtido el trámite de ley sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que negó las súplicas de la demanda.

La controversia se enfoca en determinar si la decisión de la entidad de tener por no habilitada la propuesta de la demandante se ajusta a la ley de cara a la regla de subsanabilidad de los ofrecimientos, en particular, frente al marco temporal previsto en la Ley 1150 de 2007.

I. LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la decisión adoptada el 30 de agosto de 2024, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a al actor¹.
2. El anterior proveído decidió la demanda instaurada el 1 de diciembre de 2015² por la unión temporal Nutrir Capital SED 2015³ (en adelante la UT actora o Nutrir Capital) y el señor Jorge Ricardo Camargo Camperos, junto con las sociedades Nutrir de Colombia S.A.S. y Alimso Catering Services S.A. –integrantes de la UT actora– (parte demandante)⁴ contra el Distrito Capital de Bogotá - Secretaría de Educación (en adelante la SED, la entidad o la demandada), la unión temporal Alicol 2015⁵ (en adelante la adjudicataria o Alicol) y Fabio Doblado Barreto⁶.

¹ Como agencias en derecho fijó el 0.5% del valor de las pretensiones a favor de la demandada.

² FI.9, c.1.

³ Conformada por: Jorge Ricardo Camargo Camperos en un 77%, Nutrir de Colombia S.A.S. en un 20%, Alimso Catering Services S.A. en un 3%.

⁴ La demanda fue presentada tanto por la unión temporal, como por los sujetos que la componían.

⁵ Forma asociativa adjudicataria del grupo 8 del proceso de selección abreviada por subasta electrónica No. SED-SA-SI-DBE-017-2015, compuesta por Diseral S.A.S. y el señor Javier Ignacio Pulido Solano.

⁶ Adjudicatario del grupo 15 del proceso de selección abreviada por subasta electrónica No. SED-SA-SI-DBE-017-2015.

3. Las pretensiones, hechos principales y fundamentos jurídicos se enuncian a continuación.

Pretensiones

4. La demandante solicitó la declaratoria de la nulidad de las Resoluciones (i) 184 de 2015, por medio de la cual la SED adjudicó el proceso Selección Abreviada por Subasta Inversa Electrónica No. SED-SA-SI-DBE-017-2015, en específico, sus ordinales octavo y quince –referentes a los grupos 8 y 15–, y (ii) 187 de 2015, en la que declaró desierto el grupo 28 del referido proceso de selección. Como consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, reclamó el pago de la utilidad dejada de percibir, en proporción al porcentaje de participación de los integrantes de la figura asociativa, por un valor total de dos mil trescientos ochenta y un millones quinientos sesenta y nueve mil cuarenta y cuatro pesos (\$2.381'569.044)⁷, así como la actualización y causación de intereses de dicha cifra.

Hechos

5. La entidad tramitó el proceso de selección abreviada, por subasta inversa electrónica, No. SED-SA-SI-DBE-017-2015 (en adelante el proceso de selección o la subasta inversa), cuyo objeto consistió en el “*suministro de refrigerios diarios con destino a estudiantes matriculados en colegios oficiales del distrito capital*”, con un presupuesto oficial de \$175.701'678.702, fragmentado en 28 grupos (cada uno de éstos por adjudicar de forma independiente).
6. La SED, mediante adenda No. 3, estableció que el plazo para subsanar las ofertas transcurriría entre la publicación del informe de evaluación preliminar y hasta antes de la audiencia de apertura de los sobres contentivos de la oferta económica.
7. La UT actora presentó propuesta para los grupos No. 8, 15 y 28. El 19 de mayo de 2015, la entidad publicó la evaluación preliminar de los ofrecimientos y el 2 de junio siguiente emitió informe definitivo. En dichos documentos, la demandada consignó que Nutrir Capital debía subsanar la ficha técnica del néctar de fruta UHT, suministrada por Colfrance, a fin de dar cumplimiento al numeral 5.4 del anexo técnico de la jornada 40 x 40.
8. Adujo haber subsanado lo pedido mediante comunicaciones electrónicas recibidas por la entidad el 4 de junio de esa anualidad: la primera a las 7:23 am bajo el Rad. E-2015-89158, y la segunda a las 10:28 am con Rad. E-2015-89678. Aun así, a las 2:59 pm, la SED publicó el informe de evaluación definitivo indicando que la UT actora no aportó la ficha técnica del producto néctar de fruta UHT y la requirió para allegar esa documentación.
9. Censuró el hecho de que la entidad no tuviera en cuenta la subsanación del demandante, y con tal omisión hubiese adjudicado los grupos 8 y 15 a la UT Alicol 2015 y a Fabio Doblado Barreto, respectivamente, mediante la Resolución 184 del

⁷ Discriminó dicha cifra en los siguientes montos: (i) \$706'328.212, por concepto la utilidad dejada de percibir por la no adjudicación del grupo No.8; (ii) \$683'322.613, correspondiente utilidad referida a la no adjudicación del grupo No. 15; y (iii) \$991'918.219, equivalente a la utilidad que habría recibido si se le hubiere escogido para la ejecución del grupo No. 28, en lugar de haberse declarado desierto.

11 de junio de 2015. Y que declarara desierta la subasta respecto del grupo 28, por no hallar habilitado alguno de los proponentes, según la Resolución 187 del 11 de junio de 2015.

Fundamentos de derecho

10. Para el demandante la entidad vulneró los arts. 2 y 6 de la Constitución Política, 24 y 25 de la Ley 80 de 1993 y 5 de la Ley 1150 de 2007. Explicó que las resoluciones debatidas adolecen de *falsa motivación y violación de la norma en que debían fundarse*, toda vez que (i) la entidad desconoció el límite temporal previsto en el parágrafo 1 del art. 5 de la Ley 1150 de 2007 para la presentación de la subsanación de las propuestas, (ii) se trata de un asunto que goza de reserva legal que fue desatendido por la entidad, y (iii) la demandada no tuvo en cuenta que Nutrir Capital presentó la subsanación antes de iniciar la subasta inversa, según prescribe la ley.

11. La UT actora reclama que debió ser habilitada en los tres grupos en que hizo ofrecimiento y que habría resultado adjudicataria, pues estaba en disposición de efectuar un lance con un mínimo de mejora del 0.5% para los grupos 8 y 15. Y que para el grupo 28, luego del descuento base del 1,5% de la oferta inicial, debió ser adjudicataria al ser la única habilitada.

Contestación de la demanda

12. La **SED**⁸ se opuso a las pretensiones de la demanda. Indicó que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado⁹, el art. 5 de la Ley 1150 de 2007 prevé que la entidad tiene hasta la fase de adjudicación para pedir la aclaración o corrección correspondiente. Así que, si ésta fija un plazo para superar las falencias de las ofertas, los proponentes deben acogerse a dicho término, so pena de que cese la oportunidad fijada para el efecto pues, a voces del art. 25 de la Ley 80 de 1993, las etapas del proceso de selección son preclusivas y perentorias.

13. Propuso las excepciones de: (i) “*caducidad*”¹⁰, en tanto que la adjudicación de la subasta inversa ocurrió el 5 de junio de 2015 y la demanda se presentó el 1 de diciembre de ese año; (ii) “*inidoneidad del medio de control*”¹¹, comoquiera que la UT actora no planteó la nulidad de los contratos suscritos como consecuencia de la adjudicación de los grupos 8 y 15; (iii) “*falta de competencia*”¹², por cuanto no se agotaron los requisitos previos para acudir a la Rama Judicial¹³; (iv) “*reclamación excesiva de perjuicios*”, ya que la cuantificación hecha por la demandante escapa a las reglas de la razonabilidad; (v) “*respeto por el acto propio*”, en tanto que la UT

⁸ Fls.49 a 60, c.1.

⁹ Se refirió a la sentencia del 12 de noviembre de 2014, exp. 27.986.

¹⁰ En la audiencia inicial, surtida el 27 de abril de 2018, el *a quo* negó esta excepción. Señaló que, aunque el plazo para demandar vencía el 12 de octubre de 2015, éste se suspendió faltando 8 días para que se completara (ante la solicitud de conciliación extrajudicial), y se reanudó el 26 de noviembre de ese año, esto es, hasta el 4 de diciembre de 2015. Como la demanda se instauró el 1 de diciembre de esa anualidad, concluyó que fue presentada en tiempo (fl.420, c.ppal).

¹¹ El Tribunal también negó este medio exceptivo en la audiencia inicial. Aseguró que el medio de control ejercido es idóneo, por cuanto se pretende la invalidez de unos actos previos al contrato (fl.420, c.ppal).

¹² En el curso de la audiencia inicial, *a quo* negó esta excepción, junto con la de prescripción, por incumplimiento de la carga argumentativa mínima para desatarlas (fl.421, c.ppal).

¹³ La entidad no explica esos requisitos.

actora no puede solicitar una indemnización cuando se abstuvo de cumplir los requisitos previstos en el proceso de selección; y (vi) “*prescripción*”¹⁴.

14. La **UT Alicol 2015**¹⁵ también se opuso a las pretensiones. Formuló como medios de defensa: (i) insuficiencia de poder¹⁶; (ii) falta de legitimación en la causa por pasiva¹⁷; (iii) inexistencia de responsabilidad por ausencia de nexo causal¹⁸; (iv) cumplimiento de condiciones exigidas para ser adjudicatario¹⁹; y (v) la genérica.

15. El señor **Fabio Doblado Barreto**²⁰ afirmó la legalidad del proceso de selección y la inexistencia de requisitos direccionados que favorecieran a algún oferente particular.

Alegatos en primera instancia

16. Surtido el debate probatorio²¹, en el término para alegar de conclusión, Nutrir Capital insistió en los razonamientos de su demanda²². Alicol ratificó las razones de su defensa²³.

17. El Ministerio Público, la SED y Fabio Doblado Barreto guardaron silencio.

Fundamentos de la sentencia impugnada²⁴

18. El *a quo* negó las pretensiones. Aseguró que la entidad dio a conocer las condiciones del proceso de selección, entre las cuales estaban los requisitos técnicos del componente nutricional²⁵ y el plazo para presentar la subsanación de los ofrecimientos²⁶, pero Nutrir Capital se abstuvo de cumplirlos. Durante la fase de confección del pliego de condiciones, la UT actora no formuló cuestionamiento sobre los requisitos habilitantes establecidos por la SED.

¹⁴ El demandado no fundamentó su proposición.

¹⁵ Fls.375 a 385, c.1.

¹⁶ Argumentó que el poder otorgado por la demandante no incluye la facultad de iniciar una acción contra Alicol 2015. En la audiencia inicial, el Tribunal negó esta excepción, pues si bien en el mandato no se hizo expresa mención a Alicol 2015, lo cierto es que su vinculación provino de una determinación de oficio de la autoridad judicial, al señalar que se trataba de un litisconsorte necesario por pasiva (fl.421, c.ppal).

¹⁷ El fallo que se emita, en caso de acceder a las pretensiones, no es oponible a Alicol 2015. El *a quo* negó esta excepción en la audiencia inicial. El señor Fabio Doblado Barreto la apeló y, esta Corporación, en proveído del 30 de julio de 2018, la confirmó, al considerar que es innegable el interés de los vinculados en las results del proceso, ya que se discute si las propuestas escogidas fueron en realidad las mejores (fls.439 a 442, c.ppal).

¹⁸ Por cuanto Alicol 2015 no participó en la expedición de las resoluciones enjuiciadas.

¹⁹ Indica que Alicol 2015 resultó adjudicataria, por cumplir todos los requerimientos del pliego de condiciones; y llevó a la celebración del contrato No. 2979 de 2015, el cual fue ejecutado a cabalidad, se terminó y liquidó.

²⁰ Fls.384 a 386, c.1.

²¹ En la continuación de la audiencia inicial llevada a cabo el 6 de diciembre de 2018 (fls.467 a 486, c.ppal), el Tribunal decretó las pruebas documentales aportadas con la demanda (contenidas los c.1 y c.2.), así como los insumos aportados por la SED y Alicol (c.3. y cds obrantes en el fl.613 c.ppal). Asimismo, ofició a la demandada para que allegara todos los antecedentes administrativos de las resoluciones enjuiciadas y copia íntegra de las propuestas de Nutrir Capital, Alicol, Fabio Doblado Barreto, Lácteos Appenzall Ltda. y Yeffer Panche Cárdenas. En esta oportunidad, también le llamó la atención a la entidad, pues, de conformidad con el art.175 del CPACA, debía aportar con su contestación la totalidad de tales antecedentes.

²² Índice 123, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA CUNDINAMARCA–.

²³ Índice 124, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA CUNDINAMARCA–.

²⁴ Índice 126, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA CUNDINAMARCA–.

²⁵ Señaló que mediante la adenda 2 se ajustaron las características de los alimentos del componente bebidas, fijando las referentes al Néctar de Fruta ultra pasteurizado (UHT) de diferentes variedades.

²⁶ Preciso que con la Resolución No. 119 del 15 de mayo de 2015, la entidad retrotrajo el proceso de selección a la etapa de evaluación preliminar, en virtud de la inadecuada interpretación que se advirtió frente al pliego de condiciones y, como consecuencia, modificó el cronograma del proceso de selección, en el sentido de precisar, entre otros, que la fecha límite para subsanar las ofertas se extendía hasta el 2 de junio de 2015, a las 8:30 am. Luego, a través de la adenda No. 7 del 27 de mayo de 2015, se modificó nuevamente el cronograma y se consignó que el límite para presentar las subsanaciones sería el 4 de junio de 2015.

19. La entidad, en los informes del 19 de mayo²⁷ y del 2 de junio de 2015²⁸, indicó las falencias que debían corregir los proponentes y, conforme a la adenda 7, tenían para ello hasta el 4 de junio siguiente, a las 7:30 am.

20. El 4 de junio de 2015, a las 07:23 am, Nutrir Capital aportó lo relacionado con la observación referente al néctar UHT y allegó su ficha técnica; sin embargo, no cumplió los requerimientos de la entidad, pues no tenía los resultados de laboratorio microbiológico del producto sin adición de hierro.

21. Ese mismo día, a la 1:12 pm, la demandante presentó la “...*ficha técnica y registro sanitario del producto bebidas a base de fruta con correspondiente correctivo del proveedor Colfrance*”, y señaló que esos soportes habían sido remitidos al correo electrónico de la SED, a las 10:28 am. Precisó que la entidad no valoró estos documentos, toda vez que fueron entregados fuera del plazo establecido para tal fin.

22. Sostuvo que aún de haberse analizado dichos soportes extemporáneos, se mantenía el incumplimiento de los requisitos del producto néctar UHT, por cuanto la UT actora no aportó los resultados microbiológicos de laboratorio sin la adición de hierro, en la medida que todos contaban con un porcentaje de ese elemento.

II. EL RECURSO DE APELACIÓN²⁹

23. Nutrir Capital pide revocar la sentencia de primer grado. Asevera que lo previsto en la adenda 7 vulneró el ordenamiento jurídico, pues fijó un límite para la subsanación de las propuestas que no corresponde al previsto en el parágrafo 1 del art. 5 de la Ley 1150 de 2007, que autoriza dicha actuación “*hasta antes de la audiencia de apertura de sobres que contiene la propuesta económica*”³⁰, y la UT actora presentó su corrección faltando 27 horas para el inicio de la subasta, dado que ésta se programó para el 5 de junio a las 12:30 pm.

24. Agrega que, en todo caso, la apertura de los sobres económicos no da lugar al inicio de la subasta, por lo que ese hito tampoco impedía la corrección de los requisitos habilitantes; de modo que era viable la subsanación luego de abiertos esos sobres, evento en el cual la puja comenzaría con base en la oferta más baja.

Trámite en segunda instancia

25. El Tribunal concedió el recurso de apelación³¹ y esta Corporación lo admitió en proveído del 28 de enero de 2025³². Como el recurso fue interpuesto en vigencia

²⁷ El 19 de mayo de 2015, se publicó el informe de evaluación preliminar en el que se consignó respecto de la UT actora que le correspondía aportar, entre otros, la ficha técnica para la evaluación nutricional del néctar de fruta Colfrance, a fin de verificar los laboratorios microbiológicos para el producto, sin adición de hierro.

²⁸ Allí la demandada indicó, nuevamente, que Nutrir Capital no cumplía con el requisito técnico nutricional y el concepto general para ninguno de los grupos a los que se postuló: “[e]n el análisis nutricional no se tuvo en cuenta el producto Leche entera UHT adicionado con hierro proveedor Colfrance, debido a que el nombre consignado en la ficha técnica no tiene coincidencia con el registro sanitario” y, como consecuencia, se le requirió ficha técnica y resultados de laboratorios bromatológico del producto.

²⁹ Índice 130, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA CUNDINAMARCA–.

³⁰ Ibidem, fl.9

³¹ Índice 132, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA CUNDINAMARCA–.

³² Índice 3 de SAMAI.

de la Ley 2080 de 2021, no se corrió traslado a las partes para alegar, por cuanto no se decretaron pruebas en segunda instancia³³.

26. El Ministerio Público³⁴ en el concepto rendido³⁵, pide confirmar la sentencia apelada. Sostiene que la adjudicación de los grupos 8 y 15, como la declaratoria de desierta del grupo 28, se ciñó a los parámetros de evaluación fijados en los pliegos de condiciones.

III. CONSIDERACIONES

Problema jurídico

27. El eje del análisis en la segunda instancia se ciñe a determinar si *¿la decisión de no habilitar a la UT actora desconoció el art. 5 de la Ley 1150 de 2007, de cara al límite temporal previsto para la subsanación de las propuestas en un proceso de selección por subasta inversa?* Para desatar este interrogante, la Sala precisará el contenido y alcance de dicha norma. En caso de hallar fundado este reproche, analizará los documentos aportados por Nutrir Capital para definir si cumplieron los requerimientos del pliego de condiciones y definirá sus efectos frente a la determinación adoptada por el *a quo* de negar las pretensiones de la demanda.

Reglas de subsanación de los requisitos habilitantes

28. Como lo ha dicho reiteradamente esta Subsección³⁶, los requisitos habilitantes corresponden a exigencias básicas que debe acreditar el proponente para cumplir con el contrato proyectado; se refieren a factores como la experiencia y la capacidad financiera, jurídica y de organización de los oferentes, los cuales no otorgan puntaje en la medida que solo son objeto de verificación por parte de la Administración, es decir, sirven como criterios útiles que comprueban la idoneidad del contratista y conducen a definir sobre la admisión o rechazo de una propuesta, en atención a unas condiciones mínimas que se exigen para ejecutar el objeto a contratar.

29. A su turno, los factores de calificación se examinan directamente en función de la propuesta, entendida como la manifestación de voluntad de quien participa en el proceso de selección que contiene los elementos del negocio jurídico respecto de los cuales la entidad pública efectúa la comparación de las ofertas que le son presentadas con el fin de obtener la más favorable, en atención a la ponderación detallada de elementos técnicos y económicos de escogencia establecidos en el respectivo pliego de condiciones. De modo que estos factores son materia de evaluación, otorgan puntaje y se examinan solo respecto de aquellos proponentes

³³ El art. 247 del CPACA consagra:

“5. Si fuere necesario decretar pruebas, una vez practicadas, el superior autorizará la presentación de alegatos por escrito, para lo cual concederá un término de diez (10) días. En caso contrario, no habrá lugar a dar traslado para alegar. El secretario pasará el expediente al despacho para dictar sentencia dentro de los diez (10) días siguientes de concluido el término para alegar o de ejecutoria del auto que admite el recurso”.

³⁴ Índice 9 de SAMAI.

³⁵ El art. 247 ibid. establece que *“6. El Ministerio Público podrá emitir concepto desde que se admite el recurso y hasta antes de que ingrese el proceso al despacho para sentencia”.*

³⁶ Entre otras, en sentencia del 13 de agosto de 2021. Rad. 25000233600020130000901 (56.960); sentencia del 24 de septiembre de 2024 Rad. 73001233300020120017001 (67.836) M.P. José Roberto SÁCHICA Méndez.

que resultan habilitados, esto es, aquellos que superen la verificación de las condiciones necesarias para celebrar el contrato.

30. Sobre los defectos subsanables e insubsanables de las propuestas en la contratación pública, se recuerda que la Ley 80 de 1993 en el art. 25.15, inciso segundo, determinó que la falta de requisitos o documentos no necesarios para la comparación de las propuestas no constituía razón suficiente para el rechazo de los ofrecimientos. Esta disposición generó numerosas complejidades pues quedaba a cargo de la administración precisar qué requisitos fundamentaban tal comparación.

31. Por ello, la Ley 1150 de 2007 derogó dicho inciso³⁷, y a través del art. 5 que subrogó el art. 29 de la Ley 80 de 1993, conservó el principio general que informa el deber de selección objetiva, distinguiendo de forma expresa entre los requisitos habilitantes y los factores de ponderación o evaluación. Señaló que los primeros no otorgan puntaje, de manera que su examen se realiza bajo el criterio cumple / no cumple, lo que se explica por la naturaleza de tales condicionamientos; los segundos, versan sobre aquellos componentes que otorgan puntuación.

32. El párrafo de la misma disposición estableció la regla de subsanabilidad y su oportunidad, y determinó que todos los requisitos que no incidan en la asignación de puntaje podían *“ser solicitados por las entidades, en cualquier momento, hasta la adjudicación”*, con la precisión de que en los casos de subasta debían *“ser solicitados hasta el momento previo a su realización”*.

33. Con la Ley 1882 de 2018³⁸, el Legislador señaló, entre otras cosas, que el término máximo para subsanar es hasta el vencimiento del traslado del informe de evaluación, pero mantuvo la singularidad atinente a la selección por el sistema de subasta, indicando que para dicho proceso los requisitos *“no necesarios para la comparación de las propuestas, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización”*³⁹.

34. La SED ordenó la apertura de la subasta inversa electrónica *sub-lite*, a través de la Resolución No. 60 del 25 de marzo de 2015. Por esta razón el presente asunto debe ser analizado bajo las normas que antecedieron la reforma legal de 2018 en

³⁷ En el artículo 32 denominado “Derogatoria” que expresamente lo incluyó.

³⁸ “ARTÍCULO 5. De la selección objetiva.

(...)

PARÁGRAFO 1. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado.

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

(...)

PARÁGRAFO 4. En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización (...).

³⁹ Esta norma, además de fijar la frontera temporal para la subsanación de los ofrecimientos en los términos citados, también precisó que lo subsanable no son los requisitos sino la prueba de los mismos, toda vez que los proponentes no pueden acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso. Al respecto ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de agosto de 2024, Rad. 25000233600020200023001 (70.670), C.P. Fernando Alexei Pardo Flórez

la materia. En los términos de dicha normativa se definirá si asiste o no razón al disenso planteado por el apelante sobre la oportunidad de subsanar.

35. El Decreto 2474 de 2008 reglamentó parcialmente las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y en el art. 10⁴⁰ estableció las reglas de subsanabilidad de las ofertas. En su texto original indicaba que la **entidad podía solicitar la subsanación** de los requisitos *“hasta la adjudicación, o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones (...).”* La expresión subrayada fue declarada nula por esta Sección en providencia del 14 de abril de 2010⁴¹, por limitar temporalmente la posibilidad de subsanar las ofertas en momento distinto y anticipado al señalado en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, y precisó que *“se puede inferir sin dificultad que la ley permite que los requisitos habilitantes se soliciten hasta el momento previo a la adjudicación, de allí que la subsanación debe realizarse antes de que ésta se lleve a cabo”* (negrilla añadida).

36. Luego, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto proferido el 20 de mayo de 2010, Rad. 11001030600020100003400, indicó que la locución jurídica *“hasta la adjudicación”* no podía entenderse incluyendo la adjudicación, sino que se situaba en un momento anterior; y señaló:

“En este concepto, la Corporación sostuvo lo siguiente: “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 “hasta 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 solo por el significado mismo de la proposición hasta, sino por la interpretación sistemática de las normas bajo estudio.

(...)

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”.

37. Este entendimiento, sobre el límite temporal relacionado con la regla de subsanabilidad bajo tal normativa, fue constatado por esta Subsección en sentencia del 13 de agosto de 2024⁴² que, al analizar la naturaleza y alcance de esta figura⁴³

⁴⁰ 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, ~~o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones~~, sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior.

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

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

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

⁴¹ Radicación: 11001-03-26-000-2008-00101-00 (36054), C. P. Enrique Gil Botero.

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de agosto de 2024, Rad. 25000233600020200023001 (70.670), C.P. Fernando Alexei Pardo Flórez.

⁴³ En dicha providencia se indicó que esta Corporación *“ha puntualizado la necesidad de diferenciar entre el régimen jurídico de la subsanación de las ofertas y el de las aclaraciones o explicaciones de las mismas, pues si bien persiguen una finalidad coincidente (ajustar la propuesta al pliego de condiciones), comportan actuaciones semántica y jurídicamente distintas. Efectivamente, se ha sostenido ‘que lo subsanable es aquello que, a pesar de que se tiene, no aparece acreditado en el proceso de selección’, y dicha acción entraña la necesidad de que el oferente satisfaga la deficiencia suficientemente y ponga su oferta en condiciones de ser evaluada”*

puso de presente los pronunciamientos de la jurisprudencia de esta Corporación atinentes a la expresión "*hasta*".

38. Teniendo en cuenta que el Decreto 2474 de 2008 fue derogado por el 734 de 2012⁴⁴ el que, a su vez, quedó derogado por el Decreto 1510 de 2013 (sin que este último hiciera algún desarrollo sobre la subsanabilidad de las ofertas), el tratamiento de esta materia quedó sujeto directamente a los preceptos del art. 5 de la Ley 1150 de 2007.

39. En los términos de dicha norma, el procedimiento administrativo precontractual que se adelanta para la selección de contratistas, dispone respecto de la oportunidad para subsanar las ofertas (en aquello susceptible de serlo), la coexistencia de deberes y facultades. De un lado, las entidades públicas tienen el deber de señalar las falencias advertidas y otorgar términos razonables a los proponentes para que éstas sean superadas, y de otro, los participantes están llamados a aclarar o subsanar aquello que es requerido con el fin de que sus ofrecimientos sean valorados de forma objetiva, completa y transparente.

40. De manera que no podrá entenderse la subsanación como una facultad que emerge del llano arbitrio de los oferentes, como si pudieran ir completando los requisitos de la propuesta en el curso del procedimiento y al margen de las fases preclusivas establecidas para su verificación y evaluación; corresponde a un derecho, el de subsanar, que tiene fuente y respaldo en el marco de la actuación administrativa descrita.

41. Esta Corporación también ha precisado que *"no se trata, entonces, de que el oferente tenga la posibilidad de entregar la información solicitada a más tardar hasta la adjudicación; es la entidad quien tiene, a más tardar hasta la adjudicación, la posibilidad de pedir a los oferentes que aclaren o subsanen (...) la entidad es quien pone el término para aportar la aclaración o para subsanar, perdiendo definitivamente el oferente la oportunidad de hacerlo si no se ajusta al plazo preciso que se le concede, salvo que ella misma se lo amplíe"*⁴⁵.

42. En el caso de la subasta, el parágrafo 1 del art. 5 de la Ley 1150 de 2007, en su texto original, dispuso un lapso específico para concretar la regla de subsanabilidad, "*hasta el momento previo a su realización*". Tal precisión deriva de las particularidades de este mecanismo de escogencia.

43. A voces del literal a) del art. 2.2 de la Ley 1150 de 2007, la subasta inversa está concebida para adquirir bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización. Ante la homogeneidad del objeto que se contrata a través

Por su parte, 'aclarar o explicar es diferente. (...) la idea inicial más fuerte de su significado es hacer manifiesto, más perceptible, comprensible o dar a entender las causas de lo que sí se encuentra en la oferta, es decir, no se trata de agregar algo a lo propuesto, sino de dar a entender lo que contiene (...)'.

⁴⁴ En el art. 2.2.8. reglamentaba las reglas de subsanabilidad de los ofrecimientos. Sobre el límite temporal para ello, determinó que 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, podían ser requeridos hasta la adjudicación. Con la precisión de rechazar la propuesta, en caso de que el proponente no respondiera a dicho requerimiento, dentro del período previsto en el pliego de condiciones o directamente en la solicitud elevada por la entidad.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de noviembre de 2014, Rad. 25000232600019961280901(27.986), C.P. Enrique Gil Botero.

de este mecanismo, únicamente constituye un factor de escogencia la postura que mayor beneficio económico genere a la entidad.

44. Bajo este modelo de selección, se conforma un escenario de competencia entre los sujetos habilitados, en el que la entidad establece un presupuesto oficial y los interesados presentan una propuesta económica sobre dicha base y, seguidamente, *“la subasta debe iniciar con el precio más bajo indicado por los oferentes”*. Definido lo anterior, tiene lugar la presentación de lances con los cuales la oferta puede ser mejorada en, al menos, el margen mínimo, todo lo anterior, de conformidad con el artículo 41 y ss. del Decreto 1510 de 2013.

45. En estos términos, una vez se supera la etapa de habilitación, serán las posturas del más bajo valor o mayor descuento en porcentaje, el único factor a considerar. Por ello, adquiere protagonismo el precio con el cual se presenta la oferta, el límite al presupuesto oficial y los márgenes mínimos que conforman los lances admisibles, comoquiera que en la fase en que se desarrolla la puja la entidad se desplaza para ejercer únicamente el control de tiempos y condiciones, pero son los proponentes quienes definen a través de las manifestaciones que hacen en los lances, cuál de ellos será el adjudicatario⁴⁶.

46. El procedimiento regulado en el Decreto 1510 de 2013⁴⁷ es claro en establecer que la oferta se divide en dos partes, la primera contentiva de la acreditación de los requisitos habilitantes y la segunda integrada por el precio mínimo que se puede mejorar durante la puja, indicando, además, que *“[h]ay subasta inversa siempre que haya como mínimo dos oferentes habilitados cuyos bienes o servicios cumplen con la Ficha Técnica”*, lo que implica, sin mayores elucubraciones, que para el comienzo de la subasta es necesario que la entidad se haya pronunciado sobre los oferentes que cumplieron las condiciones estipuladas para ser considerados aptos para suscribir el futuro negocio jurídico⁴⁸, pues es la condición que abre paso a su participación en la subasta.

47. El diseño de este mecanismo de selección explica la diferencia que existe respecto del límite temporal dispuesto por el Legislador para la subsanación de las propuestas en la generalidad de procesos de selección. En el caso de la subasta, como la adjudicación denota una fase posterior a la puja de los precios ofertados, resulta lógico que la norma indique que los requisitos a subsanar *“deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización”*; de modo que corresponde a la entidad indicar las falencias de tales requisitos antes de iniciar la subasta, y conferir un plazo razonable para superar las incorrecciones advertidas y hacer su verificación.

48. A su turno, los proponentes tienen el deber-carga de cumplir los requerimientos en la oportunidad prevista por la Administración, so pena de que sus ofrecimientos sean rechazados por no acatar las condiciones de selección o no

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 5 de mayo de 2025, rad. 25000233600020190010601 (70.067), C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

⁴⁷ Aplicable al asunto de la referencia, toda vez que se inició antes de la expedición del Decreto 1082 del 26 de mayo de 2015.

⁴⁸ No se presenta subasta si sólo resulta habilitado un (1) oferente, evento en el cual la entidad le adjudicará el contrato, solo si el precio de su propuesta es igual o inferior a la disponibilidad presupuestal prevista (núm.5, art. 41 Decreto 1510 de 2013).

aportar la subsanación en el plazo conferido por la entidad. Lo que excluye el entendimiento de que la oportunidad para subsanar podría extenderse hasta antes del inicio de la subasta, pues el oferente está llamado a hacerlo dentro del plazo conferido por la entidad para subsanar; es la Administración la que tiene hasta ese momento para efectuar la solicitud de información, aclaración o corrección.

Análisis del caso

49. La SED dio apertura al proceso de subasta inversa electrónica No. SED-SA-SI-DBE-017-2015, cuyo objeto consistió en el “*suministro de refrigerios diarios con destino a estudiantes matriculados en colegios oficiales del distrito capital*”⁴⁹. Su presupuesto total se estimó en \$175.701’678.702, dividido en 28 grupos, por cuantías distintas cada uno, en aras de proveer el mejoramiento o mantenimiento del estado nutricional de la población escolar del distrito capital, para las jornadas académicas (mañana – tarde – nocturna), media fortalecida y extendida 40 horas.

50. Este proceso fue objeto de distintas modificaciones, pero para el conflicto que se resuelve es importante traer de presente la contenida en la adenda No. 7, del 27 de mayo de 2015, a través de la cual se efectuó la última variación al cronograma del proceso de selección, en los siguientes términos⁵⁰:

ACTIVIDAD	FECHA Y HORA	
PUBLICACIÓN DE LAS RESPUESTAS A OBSERVACIONES RECIBIDAS Y EL INFORME DE LOS PROPONENTES HABILITADOS	2 de junio de 2015	
COMUNICACIÓN A CERTICÁMARA DE LOS PROPONENTES HABILITADOS PARA PARTICIPAR EN LA SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA	2 de junio de 2015	
SIMULACRO DE SUBASTA ELECTRÓNICA	3 de junio de 2015 Hora: 2:00 p.m.	
FECHA LÍMITE PARA SUBSANAR	4 de junio de 2015 Hora: 7:30 am	
APERTURA DE SOBRES QUE CONTIENEN LA PROPUESTA ECONÓMICA	4 de junio de 2015 Hora: 9:00 am (diligencia interna)	
EVENTO DE LA SUBASTA ELECTRÓNICA	5 de junio de 2015 Hora: 8:00 am	
PARA LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO (elaboración de la minuta y firma de las partes)	9 de junio de 2015	12 de junio de 2015
PARA EL REGISTRO PRESUPUESTAL	16 de junio de 2015	
PARA LA PUBLICACIÓN DEL CONTRATO EN EL SECOP	17 de junio de 2015	18 de junio de 2015
PARA EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE EJECUCIÓN	19 de junio de 2015	

51. Mediante el anterior acto, se determinó que el límite para subsanar sería el 4 de junio de 2015, hasta las 7:30 am, seguido de la apertura de los sobres económicos que se realizaría el mismo día a las 9:00 am. Se previó que el desarrollo del evento de subasta tendría lugar el 5 de junio siguiente, a las 8:00 am.

52. En total se presentaron 20 proponentes. La UT actora participó en tres grupos: a) en el 8 (a este también concurrieron Alicol 2015 y Lácteos Appenzell

⁴⁹ Fl.161, c.1.

⁵⁰ Fl.26, c.2.

Ltda.); b) en el 15 (el otro oferente fue el señor Fabio Doblado Barreto); y c) en el 28 (en el que participó el señor Yeffer Panche Cárdenas).

53. En la evaluación preliminar⁵¹, realizada el 19 de mayo de 2015, el comité evaluador tuvo como no habilitado a Nutrir Capital para los tres grupos, por inobservancia del componente técnico *“al evidenciar información errónea en las fichas técnicas en los ítems: registro sanitario, nombre del producto, marca del producto, nombre del fabricante, registro de datos análisis bromatológico y microbiológico, se procedió a omitir dicho alimento de dicho cálculo nutricional”*⁵². En detalle, la entidad advirtió falencias en siete (7) de los bienes ofrecidos⁵³; frente al néctar del proveedor Colfrance anotó: *“el proponente no cumple con el ítem 5.3. del pliego de condiciones, en consecuencia, se requiere que el proponente aporte ficha técnica nutricional”*⁵⁴.

54. El 2 de junio siguiente, la entidad publicó el informe final consolidado. Allí no habilitó a la UT actora por el componente técnico. Explicó que hubo falencias relacionadas con los requisitos de la planta dispuesta para el tratamiento y conservación de los alimentos; además, conforme a lo previsto en el numeral 5.3 del anexo técnico, requirió la ficha técnica para la evaluación nutricional de: el néctar UHT Colfrance, el pastel gloria, el queso petit suisse, la galleta de chocolate, la leche UHT adicionada con hierro, la arepa de queso, la margarina, el queso doble crema, la torta de zanahoria y queso, el pan tajado y el mix de frutas deshidratadas. Sobre el néctar de fruta Colfrance, precisó que *“no presenta laboratorios bromatológicos para el producto sin adición de hierro”*.

55. Transcurrida la oportunidad para subsanar según lo dispuesto en la Adenda No. 7, es decir, hasta el 4 de junio de 2015, a las 7:30 am, el comité evaluador profirió el informe de evaluación definitivo de los ofrecimientos, y calificó como no habilitada a Nutrir Capital. Señaló que aun cuando dicho proponente cumplió las exigencias que le pidieron subsanar frente a la planta de tratamiento, continuaban defectos de cara a la evaluación nutricional de los productos, en particular, respecto del néctar UHT Colfrance, al señalar que *“no cumple con el ítem 5.4 de los anexos técnicos del pliego de condiciones”*. Las falencias advertidas frente a los otros productos sí fueron enmendadas.

56. El mismo día, 4 de junio, la UT actora pidió a la SED modificar la evaluación definitiva, afirmando que la ficha técnica del néctar de fruta sí fue aportada ese día, desde las 10:37 am, y adujo (transcripción literal):

⁵¹ Visible en la página web del SECOP I. Su consulta virtual es procedente, comoquiera que el Tribunal decretó, en la audiencia inicial, los antecedentes administrativos del trámite precontractual. el SECOP es el principal medio de divulgación de la contratación estatal en Colombia y, de acuerdo con su reglamentación, el Distrito estaba obligado a publicar allí su actividad contractual. Así lo ha reconocido esta Subsección en sentencia del 4 de junio de 2024, Rad: 08001233300020190056701 (70198), C.P. Fernando Alexei Pardo Flórez.

⁵² Este cálculo se realizaba a partir de la ficha técnica de los productos y los laboratorios bromatológicos, a fin de establecer el aporte de calorías, macro y micronutrientes en 100 gramos de cada uno de los alimentos, seguido del aporte nutricional de cada uno de éstos. Información contenida en el documento detallado de este proponente.

⁵³ A saber: (1) néctar de fruta, (2) arepa de queso, (3) ofrecimiento técnico de refrigerios NH, (4) margarina, (5) queso doble crema, (6) torta de zanahoria y queso y (7) pan tajado.

⁵⁴ Numeral 5.3. Jornada PI y 40x40. *“Si la ficha técnica no contiene o presenta erróneamente alguno de los siguientes ítems; registro sanitario, nombre del producto, marca del producto, nombre del fabricante, registro de datos del análisis bromatológico y microbiológico, DICHO PRODUCTO NO SE TENDRÁ EN CUENTA PARA LA EVALUACIÓN DE CALIDAD NUTRICIONAL (...)”*.

“Se trata de la subsanación del requisito de carácter habilitante de la ficha técnica del producto NECTAR UHT- COLFRANCE el cual fue debidamente subsanado a través del documento que se envió vía correo electrónico a las 10:37 a.m., en el que se remitió la ficha técnica definitiva, la cual corresponde con su nombre y número registro, con el registro sanitario que fue aportado.

Es necesario destacar que dicho correo electrónico, ya había sido remitido a las 10:28 a.m. pero infortunadamente el correo electrónico rebotó del correo de la entidad con el mensaje de: ‘algunos de los destinatarios no recibieron su mensaje’, tal como se evidencia en los pantallazos que se adjuntan. Dicho documento fue enviado nuevamente en varias oportunidades a las 11:52 a.m. y a las 12:02 p.m. pero también rebotó. Adjuntamos las evidencias de los pantallazos que fueron devueltos del correo destinatario.

No obstante ello y conociendo que dichos correos electrónicos fueron devueltos -con excepción del de las 10:37 a.m. del cual no recibimos mensajes de devolución o rebote- se radicó el mismo documento en físico a las 1:12p.m. del día 4 de junio de 2015 bajo el número de radicado E-2015-89678 (anexo copias de dichas evidencias).

(...)

*Clarísimo que dicha subsanación se efectúa previamente a la celebración de la subasta inversa la cual se celebrará el día 5 de junio de 2015 a las 8:00 a.m. no obstante la entidad haya indicado, de forma muy desprolija y violando de forma clarísima la norma aludida, que permitirá subsanar los requisitos habilitante hasta antes de la **DILIGENCIA INTERNA** de APERTURA DE SOBRE QUE CONTIENE PROPUESTA ECONÓMICA, cuando la ley -única que puede regular esta materia- ha dicho que la subsanación pueden tener lugar hasta antes de la audiencia de subasta, la cual está prevista el día de mañana 5 de junio de 2015 a las 8:00 a.m.”⁵⁵ (resaltado del texto original).*

57. Ese mismo día, el Comité Evaluador negó la petición de modificación de la evaluación definitiva, toda vez que la ficha técnica del producto requerido fue aportada fuera del plazo previsto por la SED para allegar la subsanación a los ofrecimientos. Al respecto señaló:

“En atención a las comunicaciones de la referencia relacionadas con la subsanación solicitada inicialmente por el comité evaluador en el informe de evaluación de fechas 19 de mayo de 2015 y 2 de junio de 2015, donde se requirió subsanación de la ficha técnica del néctar de fruta UHT del proveedor Colfrance para el cumplimiento del numeral 5.4 del anexo técnico de la jornada extendida 40x40, fue radicado mediante comunicación No E-2016-89158 de fecha 4 de junio de 2015 a las 7:23 am allega subsanaciones referidas a la evaluación técnica de este producto a folio 180 al 190 el cual verificado no cumple con lo establecido en el pliego de condiciones y sus anexos confirmando el concepto técnico emitido por el grupo evaluador.

Posteriormente mediante comunicación electrónica recibida el 4 de Junio de 2015 a las 10:28 am y física radicada en la SED ... bajo radicado No. E-2015-89678 de fecha 4 de junio de 2015 hora 1:12 pm, aportando ficha técnica del producto néctar de fruta UHT del proveedor Colfrance en el cual ajusta la ficha técnica solicitada por el comité evaluador.

Teniendo en cuenta lo anterior y de conformidad con el cronograma establecido en los pliegos de condiciones y adenda No. 7 de fecha 27 de mayo de 2015, la fecha límite para subsanar quedó establecida en el cronograma del proceso, la cual procedía hasta antes de la apertura de sobres de la propuesta económica, y toda vez que la diligencia interna inició a las 9:00 am, y la subsanación se recibió de manera extemporánea”⁵⁶.

58. El 5 de junio de 2015, se llevó a cabo el evento de subasta inversa electrónica para los grupos en que resultaron con dos o más proponentes habilitados. Luego

⁵⁵ Fls.43 a 45, c.2

⁵⁶ Fl.106, c.1.

de ésta, se tuvo como mejor ofrecimiento para el grupo 8 el de Alicol 2015. En el grupo 15 resultó como único oferente habilitado el señor Fabio Doblado Barreto. Como consecuencia, la SED profirió la Resolución No. 184 del 11 de junio de ese año⁵⁷, a través de la cual adjudicó 27 de los 28 grupos ofertados en el proceso de selección; el grupo 8 se adjudicó a Alicol 2015, por la suma de \$3.549'388.001 y el 15 a Fabio Doblado Barreto, por el valor de \$3.433'781.978.

59. La entidad, por medio de la Resolución No. 187 del 11 de junio de 2015⁵⁸, declaró desierto el grupo 28, por cuanto ninguno de los oferentes que se presentó (Nutrir Capital y Yeffer Panche Cárdenas) cumplió con los requisitos técnicos establecidos en el pliego de condiciones, razón por la cual no fueron habilitados sus ofrecimientos.

60. El recuento probatorio acompaña la determinación de la entidad de tener por no habilitada a la UT actora, por cuanto aportó la ficha técnica del néctar de fruta fuera del término que se otorgó a los proponentes para el efecto. La Sala precisa que no está en discusión el hecho de que antes de las 7:30 a.m. del 4 de junio de 2015, la demandante no aportó la subsanación del referido ítem, pues ésta reconoce que lo hizo ese día a las 10:37 a.m. –y el correo electrónico enviado a las 10:28 am, que rebotó, no modifica su extemporaneidad–.

61. El cuestionamiento en sede de apelación de Nutrir Capital se centró en que la adenda No. 7 vulneró el ordenamiento jurídico al fijar como plazo máximo para la recepción de las subsanaciones el 4 de junio de 2015 a las 7:30 a.m., cuando, en su criterio, la Ley 1150 de 2007 establece que puede subsanarse hasta el momento previo a la realización de la subasta, lo que aconteció el siguiente día (5 de junio).

62. La Sala no comparte el reproche del apelante. En primer lugar, porque la regla dispuesta en la adenda No. 7 del pliego de condiciones que definió el plazo para subsanar quedó revestida de legalidad de forma definitiva, en la medida que no fue objeto de una pretensión de nulidad bajo el *sub lite*, sin posibilidad de extender el examen de legalidad contra los actos de adjudicación y declaratoria de desierto demandados, a un acto administrativo no cuestionado en sede judicial. Además de que el *a quo* precisó que la UT actora, dentro del proceso de selección, ni siquiera formuló cuestionamiento sobre los requisitos habilitantes establecidos por la SED y esta Sala tampoco advierte la procedencia para ejercer su control vía excepción –art.148 del CPACA–, en tanto que dicha previsión no vulnera el ordenamiento jurídico, por versar sobre una facultad que podía ser activada por la entidad, en los términos ya desarrollados.

63. En segundo lugar, como se desarrolló párrafos atrás, la posibilidad de subsanar los requisitos que no otorgan puntuación se concibió como un *deber-facultad* de la entidad, que solo se activa en virtud de su examen previo y de la determinación de requerir a los oferentes para superarlas; no se trata de una conducta que pueda ejecutar algún proponente derivada de su voluntad o iniciativa propia, en tanto es imperiosa tal solicitud por parte de la Administración.

⁵⁷ Fls.48 a 80, c.2.

⁵⁸ Fls.81 a 101, c.2.

64. En este escenario, los oferentes debían atender los requerimientos de la entidad dentro del término por ésta conferido. La expresión contenida en la ley es clara en señalar que los requisitos a subsanar *“deberán ser solicitados hasta el momento previo”* a la realización de subasta, de modo que la entidad tiene el deber de formular tales solicitudes a los oferentes dentro de un límite temporal máximo: antes de iniciar la subasta, lo que significa que puede hacerlo de forma anterior a este momento, no necesariamente en ese punto culminante.

65. El término máximo para la subsanación de las ofertas establecido en la adenda 7, expedida el 27 de mayo de 2015, fue fijado para las 7:30 am del 4 de junio de 2015, y el examen del componente económico se haría a las 9:00 am del mismo día. Luego de las 7:30 am de aquella fecha, razonablemente quedaba cerrado el período de subsanaciones, regla predefinida para surtir esta fase y aplicable en igualdad de condiciones a todos los proponentes.

66. El demandante aportó los documentos de la subsanación que se analizan el 4 de junio de 2015, después de las 10 de la mañana, por lo que no hay duda de que se trató de una actuación extemporánea. Y no asiste razón al accionante al afirmar que podía subsanar los requerimientos de forma posterior al plazo señalado por la entidad, fundamentado en que el evento de subasta se realizaría el siguiente día, porque ese horizonte de tiempo está dispuesto, como se dijo, para activar la facultad de la Administración de efectuar tales requerimientos, no para dejar sin valor y efectos los términos conferidos por ésta a los proponentes para subsanar; máxime, si se tiene en cuenta que dichos plazos son preclusivos⁵⁹ y deben considerarse en función de una modalidad de selección claramente dividida en dos etapas⁶⁰.

67. En este orden de ideas, no se encuentra que los actos enjuiciados adolezcan de falsa motivación o que infrinjan las normas superiores a las que debían someterse, por cuanto la determinación de la entidad observó los lineamientos que el ordenamiento jurídico prescribe en punto a la frontera temporal en que es viable la presentación de las subsanaciones de los ofrecimientos, razón por la cual la Sala confirmará la providencia recurrida.

Costas

68. En los términos del artículo 188 del CPACA, la liquidación y ejecución de la condena en costas se sujetará a las reglas previstas en el Código General del Proceso, normativa que establece, en su artículo 365, numeral 1, que se condenará en costas *“a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación (...)”*.

69. Atendiendo lo ordenado en la citada norma, se condenará en costas a la parte demandante, quien interpuso el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia y se le resolvió desfavorablemente.

⁵⁹ El artículo 25.1 de la Ley 80 de 1993 dispone, respecto del principio de economía, entre otras cosas, que para *“... este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones”*.

⁶⁰ Conforme al art. 41.2 del Decreto 1510 de 2013 *“2. La oferta debe contener dos partes, la primera en la cual el interesado acredite su capacidad de participar en el proceso de contratación y acredite el cumplimiento de la Ficha Técnica; y la segunda parte debe contener el precio inicial propuesto por el oferente”*.

70. Adicionalmente, el citado art. 361 prevé que las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados causados durante el trámite del proceso. El pleito de la referencia corresponde a una controversia de nulidad y restablecimiento del derecho que implicó que la parte demandada y vencedora (conformada por el Distrito Capital de Bogotá - Secretaría de Educación, la unión temporal Alicol 2015 y Fabio Doblado Barreto) tuviera que designar y sufragar abogados que ejercieran la defensa judicial de sus intereses, expensas que se generan por la sola vigilancia del proceso⁶¹.

71. Motivo por el cual la Sala fijará las agencias en derecho para esta instancia, a cargo de la unión temporal Nutrir Capital SED 2015, en la suma de VEINTITRÉS MILLONES OCHOCIENTOS QUINCE MIL PESOS M/CTE (\$23'815.000), cifra que no supera el 5% de las pretensiones formuladas en este proceso, límite máximo para la tasación de las costas en segunda instancia, según lo establece el Acuerdo 1887 de 2003. Esta suma será pagada a los tres sujetos que integran la parte demandada, en partes iguales, correspondiendo a cada uno el valor de SIETE MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS M/CTE (\$7.938.333).

72. Al tenor de lo dispuesto en el art. 365.6 del CGP⁶² el pago de las costas se efectuará a cargo de los integrantes de la unión temporal actora de acuerdo con su porcentaje de participación en dicha forma asociativa, en los siguientes términos: (i) el señor Jorge Ricardo Camargo Camperos deberá pagar la suma de DIECIOCHO MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL QUINIENTOS CINCUENTA PESOS (\$18'337.550) con una participación del 77%; (ii) Nutrir de Colombia S.A.S. pagará el monto de CUATRO MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y TRES MIL PESOS (\$4'763.000) M/Cte, que corresponde al 20% de su participación; y (iii) Alimso Catering Services S.A debe pagar el valor de SETECIENTOS CATORCE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$714.450) M/Cte que equivale al 3% de su participación en dicha forma asociativa, frente a esta condena.

IV. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 30 de agosto de 2024, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

⁶¹ Sobre las labores de vigilancia del proceso como criterio suficiente para fijar agencias en derecho, se pueden consultar, entre otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencias del 19 de febrero de 2021, exp. 64.401, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, 19 de marzo de 2021, exp. 68.836, C.P. María Adriana Marín; del 17 de junio de 2022, exp. 67.178, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; del 21 de noviembre de 2022, exp. 68.941, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico y del 3 de febrero de 2023, exp. 69.319, auto de 9 de abril de 2021, C.P. María Adriana Marín, exp. 64.150 y auto de 19 de marzo de 2021, C.P. José Roberto Sáchica Méndez, exp. 65.193.

⁶² "6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos".

SEGUNDO: CONDENAR en costas, por esta instancia, a los integrantes de la UNIÓN TEMPORAL NUTRIR CAPITAL SED 2015, en la suma de VEINTITRÉS MILLONES OCHOCIENTOS QUINCE MIL PESOS M/CTE (\$23'815.000), de acuerdo con los porcentajes establecidos en la parte motiva de esta providencia, y a favor de las demandadas: Distrito capital de Bogotá - Secretaría de Educación, unión temporal Alicol 2015 y Fabio Doblado Barreto, correspondiendo a cada una la suma equivalente a SIETE MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS M/CTE (\$7.938.333)

Las costas se liquidarán de manera concentrada en el Tribunal *a quo*.

TERCERO: En firme esta providencia, devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

VF

Nota: se deja constancia de que esta providencia se suscribe de forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/evalidador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha. **Se recuerda que, con la finalidad de tener acceso al expediente, los abogados tienen la responsabilidad de registrarse en el sistema Samai.**

