

MEMORANDO

11.2.2
Bogotá,

PARA: LILIANA FERNANDEZ MUÑOZ
Subgerencia Administrativa y Financiera

DE: OFICINA ASESORA JURÍDICA

ASUNTO: Concepto Jurídico No.008-2021. Subsanación requisitos que no otorgan puntaje en un proceso contractual de licitación pública.

Apreciada doctora Liliana:

En atención a lo convenido en reunión celebrada el pasado 19 de mayo de 2021 a través de Microsoft Teams; se emite de forma escrita el siguiente Concepto Jurídico.

I. TESIS CONCLUSIVA.

Se puede subsanar los documentos y requisitos que no afecten la asignación de puntaje en un proceso de selección objetiva (Licitación Pública).

II. PROBLEMA JURÍDICO.

¿Es posible subsanar requisitos que no otorgan puntaje en un proceso contractual de Licitación Pública?

III. NORMA(S) CONTROLANTE(S).

- Ley 80 de 1993.
- Ley 1150 de 2007.

IV. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO.

Frente a la posibilidad que tiene el oferente de subsanar documentos o requisitos que hacen parte de la futura contratación derivada del proceso de LICITACIÓN PÚBLICA N° GC-LP-034-2021, se tiene que el parágrafo 1° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, establece que si dichos documentos no son necesarios para la comparación de las propuestas no se pueden rechazar los ofrecimientos hechos.

Ahora, si bien es cierto que, en el pliego de condiciones definitivo y en la adenda número 3 se señaló que el oferente debía:

"...Contar con mínimo 20 establecimientos de comercio, sucursal o agencia ubicadas en diferentes puntos del territorio nacional, de propiedad, para lo cual deberá acreditarlo con el registro en el certificado de existencia y representación legal expedido por la cámara y comercio, o en arrendamiento, para lo cual deberá acreditarlo con el correspondiente contrato de arrendamiento. Y Para los dos casos (establecimientos, agencias o sucursales de propiedad o arriendo), el oferente deberá anexar un registro fotográfico por sede, numerando cada una e indicando a cual registro o contrato de arrendamiento corresponde..."

También es cierto que, si la entidad pública tiene dudas, sobre los documentos aportados o los que se omitió aportar, se debe otorgar la posibilidad de subsanar para que se allegue el documento faltante, en la oportunidad prevista en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993; con el fin de evitar la violación del debido proceso administrativo amparado en la Constitución Política en su artículo 29.

Lo anterior significa que, si lo carente no es necesario para comparar las ofertas, debe la entidad solicitarlos y de esta manera permitir que el proponente subsane y pueda participar en igualdad de condiciones, por lo que el rechazo de la propuesta resulta improcedente.

Frente al tema el Consejo de Estado mediante sentencia del 26 de febrero de 2014, bajo el radicado 13001-23-31-000-1999-00113-01 (25.804) sostuvo que:

"...Con la Ley 1150 esos requisitos corresponden a los que "asignan puntaje", de allí que si en un procesos de contratación un requisito no se evalúa con puntos, sus deficiencias son subsanables, es decir, el defecto, el error o incompletitud se puede corregir -!debe corregirse!-, solicitando al oferente que aporte lo que falta para que su propuesta se evalúe en igualdad de condiciones con las demás". En esta sentencia, la Corporación señaló a manera de ejemplo "que la falta de certificado de existencia y representación legal, de RUP, de firma de la oferta, de un certificado de experiencia, la copia de la oferta, la ausencia y errores en la garantía de seriedad, de autorización al representante legal por parte de la junta directiva, etc., son requisitos subsanables, porque no otorgan puntaje en la evaluación. En cambio, si el defecto o la ausencia es de un requisito o documento que acredita un aspecto que otorga puntos, por ejemplo la falta de precio de un ítem, la omisión del plazo de ejecución -si se evalúa-, etc., no son subsanables porque otorgan puntaje..."

Igualmente, respecto de la subsanación de documentos no aportados con la propuesta inicial. Colombia Compra Eficiente, ha manifestado lo siguiente en sus conceptos:

"...Concepto 4201814000005306 - Subsanación de documentos no aportados con la propuesta inicial:

Sólo son subsanables aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, los cuales deberán ser solicitados por las entidades en cualquier momento y entregados por los proponentes hasta el término de traslado de la evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, siempre que no implique una mejora de la propuesta.

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, excepto para la mínima cuantía y la subasta..."

Así las cosas, y continuando con esta misma línea de conceptos, Colombia Compra Eficiente, emite el Concepto C082 de 2020, el cual esboza lo siguiente:

"...la Ley 1150 de 2007 introdujo otro criterio que le dio mayor claridad al tema: 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..."

De igual forma, como criterio auxiliar, mediante sentencia del 12 de noviembre de 2014, Radicado No. 25000-23-26-000-199612809-01 (27.986), el Consejo de Estado precisó que:

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

En igual sentido, en otro aparte de la sentencia antes citada, la misma señala que:

"...cabe advertirle a la administración que la posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el contratista; así que para aquéllas se trata de un deber, de una obligación para que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, en bien del interés general. Por tanto, si las entidades no conceden a los proponentes la oportunidad de corregir la oferta incompleta o que no se comprende -sólo en aquellos aspectos susceptibles de corregirse- violan el derecho del oferente a hacerlo, e incumplirán la obligación que les asigna la ley..."

Por consiguiente, si el oferente omite en su propuesta algún documento que no sea indispensable para hacer una comparación objetiva, puede ser admitida su corrección sin que ello implique la mejora de su ofrecimiento frente a otros oferentes, pues lo que se busca con esto es hacer una selección objetiva como pilar de la contratación estatal, evidentemente planteando la primacía de lo material sobre lo formal.

Así las cosas, no se podrá rechazar la oferta cuando soliciten documentos que no son esenciales para la comparación de las mismas y que no tienen el carácter de habilitantes, sino que son requeridos para la celebración del contrato. Y, como lo ocurrido aquí fue no allegarse el documento exigido en el pliego de condiciones que lo acredite como propietario o arrendador de los establecimientos para desarrollar el objeto contractual, lo procedente es hacer el requerimiento al proponente para que allegue lo omitido. Y, que si bien, estos documentos son aportados con posterioridad a la fecha de cierre, lo que se busca con ello es verificar que esto se encuentre de manera previa a la presentación de las ofertas, de tal manera que no mejore la propuesta presentada.

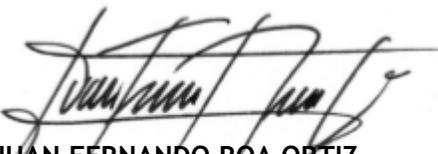
Colofón de lo anterior, la Entidad está en el deber de solicitar al oferente subsanar los requisitos de la oferta que no impliquen la asignación de puntaje, y los oferentes pueden subsanar tales requisitos hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, so pena de ser rechazada su oferta.

V. CONCLUSIÓN FINAL.

En un proceso de selección, la entidad, deberá analizar si los documentos que se requiere subsanar, otorga o no puntaje. Pues en cumplimiento del artículo 5 parágrafo 1 de la Ley 1150 de 2007, la misma es clara al momento de indicar que aquellos documentos o requisitos que no afecten la asignación de puntaje; la entidad, está en la obligación de correr traslado al oferente para que subsane dichos documentos o requisitos.

En los anteriores términos, procedo a dar una respuesta de fondo a su solicitud, indicando que la misma se surte bajo los parámetros del artículo 28 de la Ley 1755 de 2015.

Cordialmente,



JUAN FERNANDO ROA ORTIZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica

C.C.: Gerencia General
Subg. De Análisis y Diagnóstico
Grupo de Gestión Contractual



Elaboró: Jose Luis Olivares Sibaja / Gerencia General
Uriel Esteban Sierra Zuleta / Subg. De Análisis y Diagnóstico
Diego Oswaldo León Rifaldo / Grupo de Gestión Contractual
Juan Fernando Roa Ortiz