

DIRECTRIZ EN MATERIA DE CONCILIACIÓN DE LA AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA -COLOMBIA COMPRA EFICIENTE- 2020

La obligación de fijar directrices institucionales para efectivizar medios alternativos para la solución de los conflictos, es exigida por la normativa:

El artículo 19 del Decreto 1716 de 2009 le asignó a los comités de conciliación la función de fijar directrices institucionales para la aplicación de los mecanismos de arreglo directo, tales como la transacción y la conciliación, sin perjuicio de su estudio y decisión en cada caso concreto, la que fue reiterada con la incorporación de esta norma en el artículo 2.2.4.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015.

Para el cumplimiento de la citada función, se debe dar cumplimiento a lo siguientes pasos, en aplicación de la metodología propuesta por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, así:

1. Paso 1. Identificación y priorización de causas generales

1.1. Identificar el periodo de tiempo a analizar

De conformidad con la METODOLOGÍA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE DIRECTRICES INSTITUCIONALES DE CONCILIACIÓN, el periodo a analizar dependerá del insumo: (i) Seis (6) meses, cuando el insumo son solicitudes de conciliación, y; (ii) Un (1) año, cuando el insumo son demandas y sentencias, evento último que se aplicará cuando no se cuente con solicitudes de conciliación en los últimos seis (6) meses contados a partir del momento en que se inicia la elaboración de la directriz.

De conformidad con la metodología, la entidad puede tomar una muestra representativa de solicitudes de conciliación, demandas y sentencias, de acuerdo con los parámetros establecidos en la siguiente tabla:

SOLICITUDES DE CONCILIACIÓN / DEMANDAS Y SENTENCIAS	MUESTRA
Mayores a 1.000	100
Mayores a 500 y menores o iguales a 1.000	80
Mayores a 100 y menores o iguales a 500	10% de las solicitudes
Mayores a 10 y menores o iguales a 100	10
Menores a 10	todas

Conforme a lo anterior, Colombia Compra Eficiente durante los últimos seis (6) meses sometió a consideración del comité de conciliación **dos (2) solicitudes**, razón por la cual, se tomará como muestra para la presente directriz, la totalidad de las solicitudes de conciliación presentadas durante los últimos seis (6) meses, así como la totalidad de las demandas presentadas en contra de la entidad durante el año anterior, teniendo en cuenta la baja litigiosidad de la entidad (menor a 10) y la ausencia de condenas en contra de la Entidad.



1.2. Recolectar insumos

1.2.1. Conciliaciones Extrajudiciales

Durante el primer semestre del año 2020, en las doce (12) sesiones de comité se han presentado dos (2) fichas técnicas de conciliación prejudicial, analizadas en las sesiones llevadas a cabo los días 18 y 26 de febrero de 2020, según fichas técnicas Nos. 21575 y 23007 respectivamente.

1.2.2. Demandas y sentencias

Para el presente caso, debe resaltarse que la entidad no cuenta con condenas patrimoniales, razón por la cual el presente análisis estará desprovisto del análisis de sentencias.

De conformidad con el reporte del sistema eKOGUI, de los treinta (30) procesos activos registrados en contra de la Entidad, de los cuales: (i) Seis (6) de ellas, fueron admitidas y notificadas durante el año anterior a la elaboración de la presente directriz, y; (ii) Cuatro (4), tienen pretensiones económicas determinadas.

1.2.3. Organizar y analizar insumos por causa general

1.2.3.1. Listar las solicitudes de conciliación y demandas

1.2.3.1.1. Información del proceso extrajudicial asociado a la ficha No. 21575:

Número de la ficha:	21575
Número de la solicitud:	1425828
Jurisdicción	Administrativa
Tipo de acción o medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Procuraduría de conocimiento:	Procuraduría (reparto)
Convocante	BUSINESSMIND COLOMBIA S.A.
Causa de la solicitud	Ilegalidad del acto administrativo que adjudica un contrato
Valor económico inicial:	\$1.225.000.000,00

1.2.3.1.2. Información del proceso extrajudicial asociado a la ficha No. 23007:

Número de la ficha:	23007
Número de la solicitud:	1425516
Jurisdicción	Administrativa
Tipo de acción o medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho / controversias contractuales
Procuraduría de conocimiento:	Procuraduría 166 judicial II administrativa de Cali
Convocante	PROVIDER CIA S.A.S



Causa de la solicitud	Ilegalidad del acto administrativo que adjudica un contrato
Valor económico inicial:	\$28.204.316.116,00

1.2.3.1.3. Información del proceso judicial asociado al ID eKogui No. 2038998:

Código Único del proceso	110013343063 2019 00146 00
Jurisdicción	Contencioso administrativa
Tipo de acción o medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Despacho Judicial	Juzgado 63 Administrativo de Bogotá
Fecha de Admisión	2019/06/19
Nombre contraparte	Papelería de los Andes Ltda.
Actos administrativos demandados	Resolución 1646 2018-07-18
Causa del proceso	Ilegalidad del acto administrativo que declara el incumplimiento del contrato
Valor pretensiones	\$94.259.480,00

1.2.3.1.4. Proceso judicial asociado al ID eKogui No. 2091864:

Código Único del proceso	250002336000 2019 00553 00
Jurisdicción	Contencioso Administrativa
Tipo de acción o medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Despacho Judicial	Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Fecha de Admisión	2019/11/07
Nombre contraparte	Mundo Turístico E.U.
Actos administrativos demandados	Resolución 1779 2019-03-11
Causa del proceso	Ilegalidad del acto administrativo que adjudica un contrato
Valor pretensiones	\$500.000.000,00

1.2.3.1.5. Proceso judicial asociado al ID eKogui No. 2101108:

Código Único del proceso	110013336033 2019 00304 00
Jurisdicción	Contencioso administrativa
Tipo de acción o medio de control	Controversias contractuales
Despacho Judicial	Juzgado 33 Administrativo de Bogotá
Fecha de Admisión	2019/11/13
Nombre contraparte	Papelería Los Andes Ltda.
Actos administrativos demandados	Resolución 1779 de fecha 11 de marzo del 2019
Causa del proceso	Violación al debido proceso administrativo
Valor pretensiones	\$20.183.965,00



1.2.3.1.6. Proceso judicial asociado al ID eKogui No. 2116116:

Código Único del proceso	110013336033 2019 00364 00
Jurisdicción	Contencioso administrativa
Tipo de acción o medio de control	Controversias contractuales
Despacho Judicial	Juzgado 33 Administrativo de Bogotá
Fecha de Admisión	2019/12/19
Nombre contraparte	Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A ESP
Causa del proceso	Incumplimiento del contrato por ejecución parcial de prestaciones
Valor pretensiones	\$24.713.523,79

1.2.3.2. Identificar las causas generales – agrupar por causas generales – determinar si la causa es conciliable.

Analizando los hechos relevantes expuestos en las solicitudes de conciliación y en las demandas, de acuerdo con **el listado de causas generales que se encuentra en el sistema eKogui**, las causas generales son las siguientes:

CAUSAS GENERALES			
Periodo analizado	Inicio: <u>junio/2019</u>	Fin: <u>junio/2020</u>	
Tipo de insumo	Causa general	Cantidad de insumo	Conciliable
Conciliación	Ilegalidad del acto administrativo que adjudica el contrato	Dos (2)	Si
Demanda	Ilegalidad del acto administrativo que adjudica el contrato	Uno (1)	Si
Demanda	Incumplimiento del contrato por ejecución parcial de prestaciones	Una (1)	Si
Demanda	Ilegalidad del acto administrativo que declara el incumplimiento del contrato	Una (1)	Si
Demanda	Violación al debido proceso administrativo	Una (1)	Si

Priorización de la causa: la Agencia prioriza la causa denominada “*Ilegalidad del acto administrativo que adjudica un contrato*”, considerando que se trata de dos (2) solicitudes de conciliación y una (1) demanda (frecuencia), que además se asocian de manera directa con sus actividades misionales de conformidad con lo establecido en el numeral 7¹, artículo 3° del Decreto 4170 de 2011 y el Decreto 1082 de 2015.

¹ Decreto Ley 4170 de 2011. Artículo 3°. “Funciones. La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– ejercerá las siguientes funciones: (...) 7. Diseñar, organizar y celebrar los acuerdos marco de precios y demás



Al respecto, de conformidad con las proposiciones fácticas descritas en los libelos petitorios de las solicitudes de conciliación y demandas priorizadas, se reprochan los actos de adjudicación de los procesos de licitación pública, así como la suscripción del Acuerdo Marco que de ella se derivó, ante la presunta existencia de fallas en el proceso de selección de los Proveedores, relacionadas con las condiciones de competencia y participación.

2. Paso 2. Identificación y priorización de subcausa

De acuerdo con los cuestionamientos acerca de las actuaciones que ocasionan la causa general seleccionada, en virtud del hecho determinante del daño por el cual se reclama la reparación, se identifica la siguientes subcausa:

SUBCAUSA		
Periodo analizado	Inicio: <u>junio/2019</u>	Fin: <u>junio/2020</u>
Subcausa		Cantidad de insumo
Inconformidades con la evaluación de los requisitos habilitantes y ponderables de los partícipes en el proceso de selección (licitación pública).		Tres (3)

3. Paso 3. Elaboración de la directriz

3.1. Formular el problema jurídico

3.1.1. Identificar los hechos relevantes de la subcausa

3.1.1.1. Hechos relevantes de la subcausa del proceso extrajudicial asociado a la ficha No. 21575:

3.1.1.1.1. El 14 de junio de 2019, Colombia Compra Eficiente publicó en la plataforma SECOP II, el proceso de selección licitación pública No. CCENEG-015-1-2019, cuyo objeto era establecer: (i) las condiciones para la contratación de Servicios de Nube Pública al amparo del Acuerdo Marco y la prestación del servicio por parte de los Proveedores; (ii) las condiciones en las cuales las Entidades Compradoras se vinculan al Acuerdo Marco y contratan los Servicios de Nube Pública; y (iii) las condiciones para el pago de los Servicios de Nube Pública por parte de las Entidades Compradoras.

3.1.1.1.2. El 15 de agosto de 2019, se llevó a cabo el cierre del Proceso de Contratación de la licitación pública N° CCENEG-015-12018, dejándose constancia en la plataforma de SECOP II, la recepción de las ofertas, entre las que se destaca la

mecanismos de agregación de demanda de que trata el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, de acuerdo con los procedimientos que se establezcan para el efecto”.



presentada por la sociedad BUSINESSMIND COLOMBIA S.A. (Lote ofertado: ORACLE).

3.1.1.1.3. Dentro del término establecido en el cronograma del proceso, se realizó la verificación de los requisitos habilitantes de orden jurídico, técnico y financiero, lo cual dio origen al informe de evaluación publicado el día 2 de septiembre de 2019, mediante el cual Colombia Compra Eficiente solicitó la subsanación de requisitos habilitantes y rechazó la oferta de los Proponentes Unión Temporal One Cloud, Unión Temporal XDC en la Nube y DB System Ltda., ante el incumplimiento de las condiciones de la oferta económica relacionadas en la Sección VII. A del pliego de condiciones.

En el citado informe de evaluación, Colombia Compra Eficiente estableció que la sociedad BUSINESSMIND, con la presentación de la oferta, allegó dos (2) certificaciones con las cuales no satisfizo el requisito "Referencias de clientes anteriores relacionadas con la prestación del servicio". Al respecto, para dar cumplimiento a la exigencia, el proponente debía contar con certificaciones que acreditaran que el nivel de disponibilidad que tuvo el servicio prestado durante la ejecución del contrato fue mínimo de 99.9%. Para tal efecto, el Proponente debía presentar tres (3) certificaciones de clientes a los que hubiera prestado servicios de Nube Pública, según el segmento al que presenta oferta, en las que se especifique el nivel real de disponibilidad que tuvo el servicio durante la ejecución del contrato.

Adicionalmente, las certificaciones debían incluir: 1. El estado actual del contrato (sólo se aceptan contratos en estado liquidados o terminados y con fecha de inicio menor o igual a 5 años contados a partir de la fecha de presentación de la oferta); 2. El CSP con el cual se prestaron los servicios; 3. Fecha de inicio y finalización/terminación del contrato; 4. Criterios de cumplimiento: i. Cumplió con los tiempos de entrega, acceso a la consola (en caso de aplicar) y configuración de usuarios (en caso de aplicar) de los servicios definidos en el contrato? ___ SI ___ NO; ii. Cumplió con el soporte, los tiempos de atención a fallas, tiempos de atención a requerimientos y ANS definidos en el contrato)? ___ SI ___ NO

Al respecto, el proponente con su oferta allegó certificaciones en las cuales no se estableció el nivel de disponibilidad exigido (mínimo 99.9%) y además no se evidencian los criterios de cumplimiento relacionados en el punto 4 "Criterios de cumplimiento i y ii". Así mismo, el requerimiento establecido corresponde al envío de tres (3) certificaciones, el proponente remite sólo dos cumpliendo con lo indicado.

3.1.1.1.4. Durante el término de subsanación la sociedad BUSINESSMIND, allegó nuevamente un (1) solo certificado expedido por el Grupo Empresarial en Línea S.A., certificación que no satisfizo las exigencias mínimas establecidas en el pliego de condiciones definitivo, al no contener la manifestación expresa de que el servicio se prestó con 99.9% de disponibilidad, por lo cual, no fue habilitado.



- 3.1.1.1.5. Una vez vencido el término perentorio para recibir las subsanaciones y aclaraciones anteriormente mencionadas, el 17 de septiembre de 2019 Colombia Compra Eficiente publicó el informe definitivo de evaluación, en el cual no habilitó a la sociedad BUSINESSMIND, por el incumplimiento a los requisitos mínimos habilitantes.
- 3.1.1.1.6. El 18 de septiembre de 2019, fecha posterior al término previsto para subsanar, la sociedad BUSINESSMIND remitió como aclaración un nuevo documento; para ello Colombia Compra Eficiente aclaró que el oferente no cumplió con las condiciones establecidas en el pliego de condiciones con la presentación de la oferta, ni durante el término de subsanación e intentó acreditar tales requisitos mediante una aclaración extemporánea que a todas luces sobrepasa lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, por lo que procedió a no habilitar la propuesta.
- 3.1.1.1.7. Mediante Resolución N° 1928 del 19 de septiembre de 2019, adjudicó la licitación pública N° CCENEG-015-1-2019 en consideración a los segmentos establecidos en el Pliego de Condiciones, sin que la sociedad BUSINESSMIND resultara adjudicataria.

3.1.1.2. Hechos relevantes de la subcausa del proceso extrajudicial asociado a la ficha No. 23007:

- 3.1.1.2.1. Que el 17 de junio de 2019, Colombia Compra Eficiente publicó en la plataforma SECOP II, el proceso de selección licitación pública No. CCENEG-016-1-2019.
- 3.1.1.2.2. Que el 12 de agosto de 2019, siendo las 3:00 p.m., se llevó a cabo el cierre del Proceso de Contratación de la licitación pública N° CCENEG-016-1-2019, en el que se dejó constancia, mediante la plataforma de SECOP II, de la recepción de las ofertas, dentro de las que se destaca la presentada por la sociedad comercial Provider CIA S.A.S.
- 3.1.1.2.3. De acuerdo con la revisión realizada por Colombia Compra Eficiente a la Oferta del Proponente PROVIDER CIA S.A.S., se evidenció que conforme a lo establecido en el pliego de condiciones, el Proponente debía subsanar alguna documentación de su oferta o aclarar situaciones al comité evaluador. En este sentido, dentro del término previsto por el artículo 5° de la Ley 1882 de 2018, Colombia Compra Eficiente solicitó: (i) modificar la garantía de la seriedad de la oferta presentada, y; (ii) aportar el registro del libro de operaciones y la copia de la remisión de los reportes anuales del libro de operaciones remitidos a la Autoridad Ambiental competente, en los términos descritos en los pliegos de condiciones.



3.1.1.2.4. Dentro del término establecido, la sociedad Provider CIA S.A.S. allegó como subsanaciones: (i) la póliza de seriedad de la Oferta conforme a lo solicitado en el informe preliminar subsanando, y; (ii) una carta expedida por la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, en la que certifica que el proponente Provider no estaba obligado a inscribir el RUA, y en lo que respecta al libro de operaciones, el proponente allegó: a) una carta de la empresa MADECENTRO en la que certificaban que contaba el registro del “Libro de Operaciones Forestales y da cumplimiento a los requisitos exigidos por esta entidad”; b) Auto 001836 del 07 de junio de 2013 “por medio del cual se inicia un trámite del libro de operaciones” y, c) Resolución Metropolitana N° S.A. 001995 del 09 de diciembre de 2013, “por medio de la cual se registra el libro de operaciones y se hacen unos requerimientos”.

3.1.1.2.5. De acuerdo con los documentos aportados, dentro del término previsto para la subsanación, Colombia Compra Eficiente publicó el 30 de septiembre de 2019 el informe final de evaluación en el cual no aceptó la subsanación presentada sobre el libro de operaciones, así:

Proponente	Observación	¿Subsanó?	Observación
PROVIDER CIA. S.A.S	Libro de operaciones: de acuerdo con los establecido en los documentos del proceso cuando se trate de Proponentes que no realicen transformación en los términos del artículo 2.2.1.1.11.3 del Decreto 1076 de 2015, deberá allegar tanto el convenio o contrato con la empresa encargada de la transformación secundaria de los productos forestales, es decir, el fabricante o quien corresponda y adicionalmente, el registro de operaciones y la copia de la remisión de los reportes anuales del libro de operaciones remitidos a la Autoridad Ambiental competente del fabricante o quien corresponda.	No	El Proponente allegó subsanaciones el día 17 de septiembre, sin embargo no entregó documentos conforme a lo establecido en el pliego de condiciones, no aportar la copia de remisión de los reportes de libros de operaciones a una autoridad ambiental.

Por lo anterior, toda vez que Provider CIA S.A.S. no cumplió con lo exigido en el Pliego de condiciones y no se logró acreditar que el libro de operaciones allegado



fuera el efectivamente remitido a la autoridad competente, el requisito del pliego estaba incompleto, **no fue habilitado**.

3.1.1.2.6. El 27 de septiembre de 2019, mediante Resolución 1941 de 2019, se adjudicó el proceso de Licitación Pública CCENEG-016-1-2019

3.1.1.3. Hechos relevantes de la subcausa del proceso judicial asociado a ID eKogui 2091864:

3.1.1.3.1. El 16 de octubre de 2018, Colombia Compra Eficiente publicó la convocatoria para participar en proceso de licitación pública N° CCENEG-008-1-2018, Acuerdo Marco de Precios para suministro de tiquetes aéreos, cuyo objeto era el de establecer: (i) las condiciones para la contratación del suministro de tiquetes aéreos al amparo del acuerdo marco y la prestación del servicio por parte de los proveedores(ii) las condiciones en las cuales las entidades compradoras se vinculan al acuerdo marco y adquieren los tiquetes aéreos y (iii) las condiciones para el pago del suministro de tiquetes aéreos por parte de las entidades compradoras, que contenía los siguientes documentos; documentos previos, proyecto de pliego de condiciones acompañado del respectivo cronograma de actividades fijando como fecha límite para la presentación de las propuestas el 25 de enero del 2019.

3.1.1.3.2. El 25 de enero de 2019, de acuerdo con el cronograma del proceso de licitación, Colombia Compra Eficiente cerró la etapa de presentación de ofertas, entre las cuales se destaca la presentada por la sociedad comercial MUNDO TURÍSTICO E.U.

3.1.1.3.3. El 15 de febrero del 2019, dentro del término establecido en el cronograma del proceso, se realizó la verificación de los requisitos habilitantes de orden jurídico, técnico, y financiero, lo cual dio origen al informe de evaluación de las ofertas del proceso de contratación de la licitación pública No CCENEG-008-1-2018, mediante el cual Colombia Compra Eficiente solicitó la subsanación de los requisitos habilitantes y rechazó la oferta del Proponente Unión Temporal Cedhi-Eventos porque no cumplió con las condiciones de la oferta económica relacionada con la Tarifa Administrativa Internacional en razón a que de conformidad con lo establecido en la Sección VII. A. 3 del pliego de condiciones, debía ser presentada en dólares americanos y el Proponente la presentó en pesos colombianos.

3.1.1.3.4. Colombia Compra Eficiente recibió subsanaciones por medio del SECOP II de los Proponentes: (i) Publica S.A.S.; (ii) Viaja por el mundo Web/ Nickisix 360 S.A.S.; (iii) Unión temporal Novatours - Vision tours 05 – 2018; (iv) Escobar Ospina S.A.S.; (v) Aeroviajes Pacifico de Bogotá S.A.; (vi) Viajes Tour Colombia S.A.S.; (vii) Subatours S.A.S; (viii) Festival Tours S.A.S.; (ix) Viajes Zeppelin S.A; (x) Recio



turismo S.A.; (xi) Mundo Turístico E. U.; (xii) Vélez tours S.A.S. y (xiii) Mayatur S.A.S.

3.1.1.3.5. Una vez realizadas las subsanaciones del caso, el 8 de marzo de 2019 Colombia Compra Eficiente presentó a través de la plataforma del SECOP II, la segunda evaluación o evaluación final, consolidando las subsanaciones por cada una de las firmas y adjuntando al proceso los siguientes documentos: evaluación definitiva oferta económica, Borrador Resolución Adjudicación e informe de adjudicación proceso N° CCENEG-008-1-2018. En este informe se estableció que fueron 12 las firmas habilitadas, entre ellas la sociedad Mundo Turístico E. U.

3.1.1.3.6. El 11 de marzo de 2018, se realizó la audiencia de adjudicación del proceso licitación pública N° CCENEG-008-1-2018. En la misma, después de precisar los aspectos de las ofertas presentadas y considerando el valor económico de cada una de las propuestas, el Comité Evaluador recomendó al Director General adjudicar a las sociedades con mayor puntaje, las cuales fueron declaradas como adjudicatarias, entre las cuales no se encontraba la sociedad Mundo Turístico E. U.

3.1.1.3.7. En desarrollo de la audiencia de adjudicación, la agencia de viajes MUNDO TURÍSTICO E.U. puso en conocimiento que las firmas RECIO TOURS, VIAJES DEL PACIFICO, EXPRESO VIAJES Y TURISMO, PUB PUBLICA, CEDHI EVENTOS, utilizaron sin autorización el documento *Requerimientos de trámite por país y países que exigen visa a colombianos*, el cual es de propiedad de la agencia MUNDO TURÍSTICO E. U.

El presunto uso indebido de un documento de la sociedad MUNDO TURÍSTICO, no fue razón suficiente para excluir del proceso de selección a los proponentes que presuntamente acusó de su uso, ya que claramente la Ley y el Pliego de Condiciones no lo establecían como causal de rechazo. La definición del uso y autoría es un tema que corresponde a otras autoridades administrativas.

3.1.1.3.8. Mediante Resolución No. 1779 del 11 de marzo de 2019, se adjudicó el proceso de selección.

3.1.2. Determinar los aspectos jurídicos de los hechos de las subcausas

De manera general, los convocantes en las solicitudes de conciliación así como el demandante en el proceso judicial, pretenden demostrar el derecho cierto que les asistía para ser adjudicatarios de un determinado Acuerdo Marco de Precios, circunstancias por las que corresponde advertir la existencia de múltiples escenarios de responsabilidad patrimonial precontractual del Estado, entre los que se enumeran *–sin ningún ánimo o finalidad de taxatividad–* los siguientes: i) la violación al derecho a participar en el proceso de selección, ii) la vulneración al derecho a que la oferta sea evaluada, y iii) la afectación al derecho a ser adjudicatario del Acuerdo Marco de Precios.



3.1.2.1. Aspectos jurídicos de los hechos de la subcausa del proceso extrajudicial asociado a la ficha No. 21575:

El oferente Businessmind Colombia S.A. no cumplió con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones e intentó acreditar el requisito insatisfecho a través de un documento aclaratorio, con posterioridad al término del traslado de informe de evaluación, esto es, un (1) día antes de la adjudicación del proceso de selección.

Al respecto, el requisito no satisfecho por el proponente correspondió a las “*Referencias de clientes anteriores relacionadas con la prestación del servicio*”. Por lo tanto, para dar cumplimiento a tal exigencia, el pliego de condiciones estableció que el oferente debía contar con certificaciones que acreditaran que el nivel de disponibilidad que tuvo el servicio prestado durante la ejecución del respectivo contrato fue como mínimo de un 99.9%. Para tal efecto, el Proponente debía presentar tres (3) certificaciones de clientes a los que hubiera prestado servicios de Nube Pública, según el segmento al que presentara oferta, en las que se especificara el nivel real de disponibilidad que tuvo el servicio durante la ejecución del contrato, entre otros aspectos.

En el presente caso, la propuesta no fue rechazada ante el incumplimiento del requisito formal (*como quiera que la exigencia no constituía un criterio de selección objetiva para la comparación de la propuesta*), sino, por el contrario, la oferta fue evaluada y se le concedió al proponente la oportunidad de subsanar, según los plazos y términos establecidos en el pliego de condiciones. Conforme a lo anterior, no se privó del derecho a participar ni a ser evaluado.

Por consiguiente, corresponde definir **si el hecho de que se hubiera allegado el documento de subsanación, por fuera de los plazos previstos en los pliegos de condiciones, generaba la descalificación de la propuesta presentada.**

Sobre el particular, los principios de la contratación estatal contenidos en la ley 80 de 1993, permiten dar solución a la controversia, de manera específica las disposiciones contenidas en los artículo 25 y 30 de dicho estatuto, que en concordancia con las modificaciones introducidas por la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1882 de 2018, puntualizan:

“Artículo 25.- Del Principio de Economía. En virtud de este principio:

1o. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> En las normas de selección y en los pliegos de condiciones e términos de referencia² para la escogencia de contratistas³, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección

² Expresión “términos de referencia” derogada por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, 'por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos', publicada en el Diario Oficial No. 46.691 de 16 de julio de 2007. Empieza a regir seis (6) meses después de su promulgación según lo ordena el artículo 33 de la misma Ley.

³ Aparte subrayado del numeral 1o. declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-400-99 de 2 de junio de 1999, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.



objetiva de la propuesta más favorable. 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.

“2o. Las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias.

“(…) 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 Ley 1150 de 2007 en su artículo 5o. parágrafo 1o. trata sobre el tema contemplado en este inciso>. Negrilla y subraya fuera de texto

“Artículo 30. De la estructura de los procedimientos de selección. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> La licitación o ~~concurso~~ se efectuará conforme a las siguientes reglas:

“(…) 8o. 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”.

Con la expedición de la Ley 80 de 1993, el legislador, permeado del cambio ideológico que trajo la Constitución de 1991, consagró en el numeral 15 del artículo 25 una regla de subsanabilidad, a través de la cual no es posible rechazar las ofertas por falta de requisitos o documentos que no fueran “necesarios para la comparación de propuestas”. De esta manera, se introdujo un primer criterio jurídico que sirve 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 verificar si este era o no necesario para la comparación de propuestas y, de ese análisis, surgiría la decisión sobre su rechazo o la oportunidad de subsanar.

Esta norma debía interpretarse en conjunto con otras disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993, particularmente con el numeral 7° del artículo 30, que ordena a la entidad pública señalar un plazo razonable para evaluar las propuestas y para pedir a los proponentes, que aclaren o expliquen aspectos que ofrezcan dudas y resulten indispensables para llevar a cabo la evaluación; así mismo, el numeral 8° del artículo 30 consagró el término de 5 días hábiles para que los oferentes presenten observaciones al informe de evaluación de las propuestas, sin que fuera posible completar, adicionar, modificar o mejorar su oferta.

Ley 1150 de 2007:



“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:

*“(…) 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 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”.

Con la expedición de la Ley 1150 de 2007, el legislador introdujo un nuevo criterio a la regla de la subsanabilidad, esto es, la asignación de puntaje. A partir de la expedición de esta Ley, el criterio para diferenciar los requisitos subsanables de los que no lo son, se circunscribía a aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, caso en cual pueden ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación del proceso de selección.

No obstante lo anterior, en esta línea de pensamiento, en el año 2018 el legislador expidió la Ley 1882 con la finalidad de introducir cambios y ajustes para fortalecer la contratación pública. Al respecto, el artículo 5° modificó el parágrafo 1° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, estableciendo que todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las Entidades 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 la mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta.

Como puede observarse, esta norma establece unos criterio diferenciadores que permiten dilucidar el asunto objeto de controversia: i) un criterio de subsanación: todo aquel requisito no necesario para la comparación de propuestas, no es título suficiente para su rechazo, entendiendo por aquel, aquellos requisitos que no afecten la asignación de puntaje, y; ii) un ámbito temporal para ejercer la facultad de subsanar la oferta. Frente a este último aspecto, fija un límite máximo para que la Administración solicite y para que los oferentes subsanen los



requisitos o documentos que puedan y deban ser subsanados, esto es, hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección.

3.1.2.2. Aspectos jurídicos de los hechos de la subcausa del proceso extrajudicial asociado a la ficha No. 23007:

La sociedad comercial Provider CIA SAS no cumplió con los requisitos mínimos habilitantes establecidos en los pliegos de condiciones.

En el presente caso, la propuesta no fue rechazada ante el incumplimiento del requisito, sino por el contrario, la oferta fue evaluada y se le concedió al proponente la oportunidad de subsanar, sin que dentro de los plazos y términos establecidos el proponente cumpliera con dicha carga. Conforme a lo anterior, no se privó del derecho a participar ni a ser evaluado.

Por consiguiente, corresponde definir **si el incumplimiento del requisito establecido en el pliego de condiciones, generaba la descalificación de la propuesta presentada.**

Al respecto, es pertinente precisar que el pliego de condiciones del proceso estableció como requisito mínimo técnico que: *“El Proponente deberá contar el registro del libro de operaciones y la copia de la remisión de los reportes anuales del libro de operaciones remitidos a la Autoridad Ambiental competente en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 2.2.1.1.11.3 y 2.2.1.1.11.4 del Decreto 1076 de 2015. Cuando se trate de proponentes que no realicen transformación en los términos del artículo 2.2.1.1.11.3 del Decreto 1076 de 2015, deberá aportar tanto el convenio o contrato con la empresa encargada de la transformación secundaria de los productos forestales, es decir, el fabricante o quien corresponda y adicionalmente, el registro de operaciones y la copia de la remisión de los reportes anuales del libro de operaciones remitidos a la Autoridad Ambiental competente del fabricante o quien corresponda”.*

Para el caso puntual, la información aportada por el proponente PROVIDER CIA S.A.S. no dio cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto 1076 de 2015, particularmente el párrafo del numeral 2.2.1.1.11.3 que establece: **“El libro a que se refiere el presente artículo deberá ser registrado ante la autoridad ambiental respectiva, la cual podrá verificar en cualquier momento la información allegada y realizar las visitas que considere necesarias”.** Así las cosas, en desarrollo del proceso, Colombia Compra Eficiente no pudo evidenciar ni durante la evaluación ni en el término de traslado del informe para subsanación, la remisión, en debida forma, ante la autoridad ambiental competente. Se aclara que la mera remisión del libro de operaciones a Colombia Compra Eficiente (como lo hizo Provider) no cumple con el requisito establecido por el pliego de condiciones, pues esta entidad no es la competente para verificar la suficiencia de la información allí relacionada, por lo que, tal exigencia es indispensable.

En el presente evento la propuesta presentada por la sociedad comercial Provider CIA S.A.S., no cumplió los presupuestos mínimos e indispensables exigidos en el pliego de condiciones y en la Ley (párrafo del numeral 2.2.1.1.11.3 del Decreto 1076 de 2015) para resultar adjudicatario del proceso de selección; soslayar la falta de tal presupuesto o requisito, derivaría en el incumplimiento de normas ambientales preestablecidas, que podría comprometer la responsabilidad de la Entidad contratante –en el plano patrimonial– y/o la responsabilidad de



los servidores competentes para expedir esa indebida o irregular adjudicación –en los campos penal, disciplinario, fiscal o patrimonial, según corresponda–.

3.1.2.3. Aspectos jurídicos de los hechos de la subcausa del proceso judicial asociado a ID eKogui 2091864

La oferta presentada por la empresa Mundo Turístico E.U. no fue descalificada o rechazada durante el proceso de selección; al respecto, su propuesta, a pesar de cumplir con la totalidad de los requisitos, no fue susceptible de ser seleccionada al obtener calificaciones o puntajes por debajo de otras ofertas que resultaron objetivamente más favorables, como resultado de la evaluación comparativa en relación con el pliego de condiciones y con las demás propuestas. Con fundamento en ello, el demandante propende por descalificar las propuestas de los oferentes adjudicatarios del Acuerdo Marco de Precios, que obtuvieron un mayor puntaje y un preferente orden de elegibilidad, para lograr ser incluido dentro de los adjudicatarios del acuerdo marco de precios.

Al respecto, el asunto radica en si el uso no consentido de un documento de elaboración de un determinado sujeto, constituye razón suficiente para proceder con la descalificación o rechazo de la oferta en un proceso de selección. En primer lugar, debe hacerse notar que de la revisión del documento que presuntamente fue objeto de uso, no contiene marcas ni identificación del autor del mismo para establecer su autenticidad. Por su parte, dentro de las pruebas allegadas al proceso, no se encuentra registro alguno ante la Superintendencia de Industria y Comercio asociado al reconocimiento del derecho exclusivo de uso. En tercer lugar, la revisión del documento que tenía como fin simplemente precisar los requisitos de viaje para los países de destino, tales como visas o permisos especiales, tenía una connotación exclusivamente funcional.

Con fundamento en ello, no le corresponde a la Entidad establecer, en el desarrollo de un proceso de selección, si se pudo incurrir en una infracción al derecho de la propiedad intelectual o industrial en su defecto. Realmente estas normas de protección tienen como fin que otras personas no reciban lucros de las creaciones de otros, por lo cual la reclamación frente a este asunto debe elevarse ante las autoridades competentes para que, en el caso de encontrar responsable a uno de los proponentes, proceda con la imposición de la respectiva sanción o en su defecto el reconocimiento económico.

Debe señalarse que, las razones para excluir a un proponente son excepcionales y claramente definidas en la Ley y el Pliego de Condiciones⁴, frente a lo cual, en ningún caso existe una causal asociada a la invocada por el demandante.

En esa línea resulta claro que la Entidad no cuenta con competencia para consagrar en los pliegos de condiciones causales de rechazo o causales de inhabilidad o de incompatibilidad respecto de los oferentes, diferentes a las previstas expresamente por el legislador. Al respecto, el rechazo de una propuesta o, lo que es lo mismo, la exclusión de una oferta del procedimiento

⁴ Consejo de Estado Sección Tercera, MP: Myriam Guerrero Escobar, sentencia del 4 junio de 2008, radicación: 76001-23-31-000-1997-05064-01 (17783)



de selección contractual, sólo puede adoptarse o decidirse de manera válida cuando verifique la configuración de una o varias de las hipótesis que se puntualizan a continuación, así:

“i) cuando el respectivo proponente se encuentre incurso en una o varias de las causales de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en la Constitución Política o en la ley; ii) cuando el respectivo proponente no cumple con alguno(s) de los requisitos habilitantes establecidos, con arreglo a la ley, en el pliego de condiciones o su equivalente; iii) cuando se verifique “la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente” que en realidad sean necesarios, esto es forzosos, indispensables, ineludibles, “para la comparación de las propuestas” y, claro está, iv) cuando la conducta del oferente o su propuesta resultan abiertamente contrarias a Principios o normas imperativas de jerarquía constitucional o legal que impongan deberes, establezcan exigencias mínimas o consagren prohibiciones y/o sanciones”⁵

3.1.3. Presentar a manera de interrogante cada uno de los aspectos jurídicos respecto de los hechos:

3.1.3.1. Interrogante de los aspectos jurídicos de los hechos de la subcausa del proceso extrajudicial asociado a la ficha No. 21575:

¿Si con posterioridad al término para subsanar se acreditan requisitos, es posible habilitar una propuesta?

3.1.3.2. Interrogante de los aspectos jurídicos de los hechos de la subcausa del proceso extrajudicial asociado a la ficha No. 23007:

¿La no entrega de documentos que soporten el cumplimiento de normas especiales, conforme con los documentos del proceso, constituye una causal de descalificación de la propuesta?

3.1.3.3. Interrogante de los aspectos jurídicos de los hechos de la subcausa del proceso judicial asociado a ID eKogui 2091864

¿El uso no consentido de un documento elaborado por un determinado sujeto constituye razón suficiente para proceder con la descalificación o rechazo de la oferta en un proceso de selección?.

3.2. Precisar las fuentes jurídicas

Para dar respuesta a este requisito, es necesario iniciar diciendo que, la expresión subsanar no tiene un origen legal, sino que *“se construyó partir de la praxis de los operadores jurídicos,*

⁵ Sentencia de fecha 14 de marzo de 2013, expediente 24.059, actor Sociedad Ávila Ltda., demandado: el Departamento de la Guajira, proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado.



apoyados en las disposiciones de la Ley 80, que permitían corregir aspectos de las ofertas requeridos por los pliegos de condiciones”⁶.

Con la expedición de la Ley 80 de 1993, el legislador consagró una regla de subsanabilidad en el numeral 15 del artículo 25, a través de la cual, no era posible rechazar las ofertas por falta de requisitos o documentos que no fueran “*necesarios para la comparación de propuestas*”. De esta manera, se introdujo un primer criterio jurídico que serviría 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 verificar si este era o no necesario para la comparación de propuestas y de ese análisis surgiría la decisión sobre su rechazo o la oportunidad de subsanar.

Esta norma debía interpretarse en conjunto con otras disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993, particularmente con el numeral 7° del artículo 30, que ordena a la entidad pública señalar un plazo razonable para evaluar las propuestas y para pedir a los proponentes, que aclaren o expliquen aspectos que ofrezcan dudas y resulten indispensables para llevar a cabo la evaluación; así mismo, el numeral 8° del artículo 30 consagró el término de 5 días hábiles para que los oferentes presenten observaciones al informe de evaluación de las propuestas, sin que fuera posible completar, adicionar, modificar o mejorar su oferta.

Con la expedición de la Ley 1150 de 2007, el legislador introdujo un nuevo criterio que le dio mayor claridad al tema de la subsanabilidad, esto es, la asignación de puntaje. A partir de la expedición de esta Ley, el criterio para diferenciar los requisitos subsanables de los que no lo son, se circunscribía a aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, caso en el cual pueden ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación del proceso de selección; al respecto en el parágrafo 1° del artículo 5°, estableció:

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

A partir de la expedición de esta Ley, el criterio para diferenciar los requisitos subsanables de los que no lo son, dejó de ser tan abstracto y empezó a ser determinado, circunscribiéndose a aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, caso en el cual pueden ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación del proceso de selección.

⁶ Consejo de Estado. Sección III. MP: Enrique Gil Botero, noviembre 14 de 2014. Rad. 27986



El Consejo de Estado, en sentencia de 13 de febrero de 2015, Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Exp. 30161, hace la diferenciación entre los requisitos formales del pliego de condiciones y los requisitos sustanciales, punto de partida para establecer si un requisito puede o no subsanarse: (i) **Requisitos formales:** son aquellos requisitos que no son necesarios para la comparación de las propuestas; NO conducen al rechazo o exclusión de propuestas. (ii) **Requisitos sustanciales:** son aquellos que son necesarios para la comparación de las ofertas; Sí conducen al rechazo o exclusión de propuestas.

Por otra parte, sobre el tema de los requisitos formales y sustanciales, la misma Corporación, en sentencia 34778 de 1° de octubre de 2014, señala que existen 3 clases o tipos de requisitos predicables tanto de la oferta como de los proponentes que son: (i) **Requisitos subjetivos:** Son aquellos cuyo cumplimiento permite evaluar las calidades, capacidades, idoneidad y condiciones de los oferentes; (ii) **Requisitos objetivos:** Permiten evaluar los aspectos técnicos, económicos, presupuestales, etc. A efectos de realizar una ponderación de las ofertas presentadas en su real y efectiva dimensión; (iii) **Requisitos formales:** Atienden a la instrumentalización y protocolización de los actos jurídicos, tanto de la propuesta como del contrato estatal.

Por su parte, Colombia Compra Eficiente, en la Circular No. 13, del 13 de junio de 2014, explica que *“Si en un proceso de contratación hay oferentes que no acreditaron con la presentación de la oferta requisitos que no afectan la asignación de puntaje, la entidad estatal en el informe de evaluación debe indicarlo y advertir que la oferta correspondiente no será evaluada hasta que el oferente acredite tales requisitos. El oferente puede subsanar tales requisitos en cualquier momento antes de la adjudicación o de la subasta”*.

Al respecto, haciendo referencia a la citada sentencia del Consejo de Estado de 13 de febrero de 2015. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, expediente No. 30161: *“Por regla general la ley exige una estricta sujeción de los proponentes y la administración a los requisitos y reglas previstos en los pliegos de condiciones, sin embargo, ésta regla se ve matizada por la misma ley al señalar que el único título válido para rechazar o excluir las ofertas de un determinado proceso de selección es el incumplimiento de requisitos o reglas que estando previstos en los pliegos de condiciones, sean necesarios para comparar las propuestas. Así, se entiende que es la misma ley que establece un límite a la facultad de las entidades estatales para rechazar o eliminar las propuestas presentadas por el incumplimiento de requisitos meramente formales, innecesarios para la comparación de las diversas propuestas presentadas”*.

Precisamente sobre el tema de subsanabilidad, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado:

i. Sentencia de 29 de julio de 2015, Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, expediente 40660: a) La subsanabilidad es un derecho excepcional que tiene el proponente, que le permite enmendar cualquier defecto de la oferta, que no asigne puntaje, dentro del plazo que la entidad pública otorgue, hasta antes de la adjudicación. En este punto, el Consejo de Estado recuerda la importancia de confeccionar pliegos de condiciones con *“criterios técnicos, financieros y jurídicos claros, precisos y objetivos, que permitan la realización de ofrecimientos del mismo orden que posibiliten a la entidad pública contratante la comparación objetiva de las*



propuestas”; b) *“La subsanabilidad no puede convertirse en la regla general, si no excepcional, de allí que la confección de los pliegos de condiciones revista suma importancia en el señalamiento de criterios técnicos, financieros y jurídicos claros, precisos y objetivos, que permitan la realización de ofrecimientos del mismo orden que posibiliten a la entidad pública contratante la comparación objetiva de las propuestas”*; c) *“La subsanabilidad es una carga inherente a la administración, en el contexto del deber de verificación del cumplimiento de las exigencias y requisitos efectuados en el pliego por parte de la entidad pública y se convierte indefectiblemente en un derecho del proponente”*. El límite de la autonomía de la Administración.

Así lo dijo la jurisprudencia contenciosa, en sentencia del 26 de febrero de 2014, en donde indicó 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 la primera se trata de un deber, de una obligación con el objetivo de que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, en bien del interés general; no hacerlo en los términos indicados, significaría violar el derecho de los oferentes a subsanar la oferta y en consecuencia se trasgrediría el ordenamiento jurídico”*; d) Reitera lo dicho en sentencia del 11 de mayo de 2015, expediente 34510, *“La inactividad de la administración no debe afectar al oferente, por el contrario, ante el silencio de la entidad se entenderá que el defecto queda subsanado de acuerdo con la ley, por lo que no podrá aducirse la carencia de dicho requisito como fundamento del rechazo o descalificación de la propuesta”*; e) La carga de estructuración de la propuesta es del interesado. En materia de contratación estatal, la estructuración de las propuestas contractuales es una carga del interesado, lo que quiere decir que toda propuesta debe hacerse con base en los pliegos de condiciones elaborados por la entidad y puestos a consideración de los proponentes en el escenario del proceso de selección.

ii. Sentencia de 1º de abril de 2016, Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Expediente 47145: las reglas y subreglas que ha establecido la jurisprudencia NO son absolutas. Debe revisarse cada caso.

iii. Sentencia de 24 de junio de 2015, Consejero Ponente Hernán Andrade Rincón, expediente 38573: no puede subsanarse aquello que la Administración está obligada a exigir de manera perentoria por disposición legal expresa. Ejemplo: Lo relacionado con la Convención de La Haya incorporada al ordenamiento colombiano mediante la Ley 455 de 1998 en relación con el apostille de documentos otorgados en el extranjero que se pretendan hacer valer en un proceso de selección.

iv. Sentencia de 24 de junio de 2015, Consejero Ponente Hernán Andrade Rincón, Expediente 40635: NO puede subsanarse algo que no existe.

v. Sentencia de 29 de julio de 2015, Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, expediente 40348: NO puede subsanarse una oferta que incumple un aspecto tan elemental como ceñirse al objeto del proceso de selección presentando una propuesta para ejecutar un objeto totalmente diverso. En este caso, se impone de forma inmediata su rechazo.

vi. Sentencia de 11 de mayo de 2015, Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, expediente 34510: lo que no ha sido solicitado por la administración de hecho queda subsanado.



Corresponde a la administración velar por la integridad documental y de información de las mismas.

Finalmente, la jurisprudencia del Consejo de Estado precisó, de tiempo atrás, el tiempo con que cuenta el proponente para subsanar su oferta, la cual podrá realizarse incluso durante la audiencia de adjudicación, salvo en el caso de la subasta. Al respecto, en sentencia de 12 de noviembre 2014, Consejero Ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera, expediente 29855, se manifestó que *“Debe entenderse que son las entidades las que pueden requerir al oferente, en cualquier momento, hasta la adjudicación (Salvo en el caso de la subasta) y, desde luego, ellas deben fijar un **término prudencial para que el oferente allegue los documentos solicitados**; pero, si la falencia es detectada en la audiencia de adjudicación, lo obvio es que se suspenda para que el proponente los allegue en el término prudencial que establezca la entidad”*.

Y posteriormente, en sentencia del 3 de junio de 2015, Consejero Ponente Olga Mérida Valle de De La Hoz, expediente 31211, expresó: *“Lo importante con esos requisitos es que se cumplan una vez los requiera la entidad, incluso dichas falencias, que en muchas ocasiones las advierten los demás proponentes durante el traslado que se les da para presentar observaciones al informe de evaluación, pueden acreditarse, a solicitud de la entidad, a más tardar antes de la audiencia de adjudicación o durante su celebración, pues es la única oportunidad para defenderse frente a los señalamientos hechos a la oferta // Lo anterior también significa que en caso de inconsistencia o falta de claridad en la oferta, la entidad tiene el deber de escuchar al proponente y pronunciarse sobre sus explicaciones, si es del caso incluso luego del traslado del informe de evaluación, como sucede en la audiencia de adjudicación, toda vez que en muchos casos las propuestas se rechazan por observaciones que hacen los participantes a las demás propuestas, afirmaciones frente a las que el proponente objetado no tiene oportunidad de pronunciarse durante el traslado del informe, y solo puede defenderse en esta instancia // la posibilidad de presentar explicaciones o aclaraciones, e incluso de subsanar la oferta, puede hacerse hasta antes de la adjudicación, término que comprende, inclusive, la audiencia de adjudicación // La expresión citada no significa que el oferente pueda subsanar la propuesta, a su voluntad, en cualquier momento durante ese lapso, ya que éste se estableció para que dentro de él la entidad requiera al proponente cuya oferta presenta alguna falencia, es decir, es hasta antes de la adjudicación que la entidad tiene la oportunidad de solicitar la adecuación de la oferta, por lo que es ella quién fija el plazo, y los proponentes requeridos deben acogerse a él, so pena de que precluya la oportunidad otorgada para subsanar o aclarar // Si el pliego no contempló el término la administración, discrecionalmente, fija uno ad hoc, porque no puede escudarse en semejante vacío para prescindir del derecho del oferente de esclarecer la oferta”. “el oferente requerido no puede controlar y menos manipular el proceso de selección reteniendo maliciosamente la información solicitada -por ejemplo, la póliza, la acreditación de experiencia adicional, la autorización para contratar, etc.- hasta cuando decida caprichosamente entregarla -sin exceder el día de la adjudicación // En todo caso, el término para hacer las correcciones debe ser razonable, para que el proponente adecúe o explique su propuesta, pues aunque la entidad cuenta con un margen alto de discrecionalidad para fijarlo, la administración no puede hacerlo irrazonablemente -como cuando otorga un par de horas para conseguir un documento que objetivamente tarda más, de manera que cuando es absurdo, el proponente puede acudir a la jurisdicción o a los demás órganos de control para que intervengan esta*



actuación administrativa, con la cual también se vulnera, materialmente, la posibilidad que la ley confiere de subsanar o de aclarar y explicar las ofertas”. (Art. 44. Ley 1437 de 2011)”.

El anterior término fue regulado por la Ley 1882 de 2018, que en su artículo 5° establece que todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje deberán ser solicitados por las Entidades 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 la mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta.

Sin perjuicio de lo anterior, en el evento en que la Entidad no advierta 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 y no los haya requerido en el informe de evaluación, requerirá al Proponente, otorgándole un término igual al establecido para el traslado del informe de evaluación, con el fin de que los allegue.

3.3. Respuesta a los problemas jurídicos

3.3.1. Respuesta al problema jurídico del proceso extrajudicial asociado a la ficha No. 21575:

SÍ, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley 1882 de 2018, que todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, ***deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación.***

3.3.2. Respuesta al problema jurídico del proceso extrajudicial asociado a la ficha No. 23007:

SÍ, el rechazo de una propuesta o, lo que es lo mismo, la exclusión de una oferta del procedimiento de selección contractual, sólo puede adoptarse o decidirse de manera válida, entre otras, “...ii) cuando el respectivo proponente no cumple con alguno(s) de los requisitos habilitantes establecidos, con arreglo a la ley, en el pliego de condiciones o su equivalente...”⁷

3.3.3. Respuesta al problema jurídico del proceso judicial asociado a la ficha No. 2091864

NO, las entidades no están facultadas para introducir en los pliegos de condiciones restricciones, causas de exclusión o rechazo de las ofertas, distintas de aquéllas expresamente consagradas en la ley, o en aquellas situaciones fácticas en las cuales la ***conducta comprobada*** de un determinado proponente o el contenido mismo de su oferta resulten abiertamente contrarios a principios o disposiciones constitucionales o legales imperativas que impongan deberes, establezcan exigencias mínimas o consagren prohibiciones y/o sanciones.

⁷ Sentencia de fecha 14 de marzo de 2013, expediente 24.059, actor Sociedad Ávila Ltda., demandado: el Departamento de la Guajira, proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado.



3.4. Formulación de la directriz

Colombia Compra Eficiente NO promoverá la conciliación cuando las solicitudes pretendan la declaratoria de ilegalidad del acto administrativo de adjudicación de un acuerdo marco de precios, cuando dicha pretensión se fundamente en controversias relacionadas con la evaluación de las propuestas, en los siguientes eventos:

- A. Por el no cumplimiento de los requisitos formales, en los términos y plazos establecidos en los pliegos de condiciones.
- B. La subsanación de requisitos formales de manera extemporánea, esto es, por fuera de los plazos establecidos en los pliegos de condiciones, *hasta el término de traslado del informe de evaluación.*

