

Bogotá D.C., 07/06/2019 Hora 18:24:44s

N° Radicado: 2201913000003917

Señor
Ciudadano
Ciudad

Radicación: Respuesta a consulta # 4201912000002698

Temas: Subsanabilidad, requisitos habilitantes, Experiencia; Capacidad Financiera, Oferta.

Tipo de asunto consultado: Subsanabilidad de la experiencia; subsanabilidad de indicadores financieros; mejoramiento de la oferta

Estimado señor,

Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 24 de abril de 2019 en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 del Decreto 4170 de 2011.

■ **PRIMER PROBLEMA PLANTEADO**

¿Si el contrato aportado como experiencia específica no contiene el objeto igual similar al objeto solicitado en la licitación pública, esa situación se puede subsanar? Por lo tanto, ¿el oferente puede cambiar su contrato a aportar? ¿esto no reputa una mejora de oferta?

■ **COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:**

De acuerdo con la normativa del Sistema de Compra Pública sólo son subsanables aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, es decir, los documentos para acreditar los requisitos habilitantes del proponente. En razón a que la experiencia es un requisito habilitante, salvo para el proceso de consultoría, se podrá subsanar los documentos que acrediten que la experiencia del proponente que es igual o similar a las previstas en el objeto del contrato a celebrar.

Sin embargo, es importante señalar que, de acuerdo con el Consejo de Estado lo subsanable es aquello que, a pesar de que se tiene, no aparece claramente acreditado en el proceso de selección; pero, no se puede subsanar aquello de lo cual se carece o que no existe al momento de proponer, porque entonces se estaría hablando de la complementación, adición o mejora de la propuesta. En este sentido, si el certificado de la experiencia no se tenía al momento de presentar de la oferta no se podría presentar, toda vez que, esto implicaría un mejoramiento de la oferta.

■ **LA RESPUESTA SE SUSTENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:**

1. De acuerdo con la Ley 1150 de 2007 que en su artículo 5 señala los requisitos habilitantes del Proceso de Contratación: *“la capacidad*



jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor”

2. *Asimismo, se señala que, “La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. 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”*
3. *En relación con la subsanabilidad de las ofertas, el Consejo de Estado en radicado No. 25804 señaló que, “la subsanabilidad es un derecho, de carácter excepcional, en cabeza del oferente, frente a aquellos aspectos susceptibles de corrección y 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”*
4. *A su vez, es importante señalar que, el Consejo de Estado en la sentencia No. 40660 señala los requisitos que son susceptibles de subsanar, en los siguientes términos; “los requisitos susceptibles de ser subsanados son aquellos que no afectan la asignación del puntaje de las ofertas, a saber: la falta del certificado de existencia y representación legal, el RUP, la firma de la oferta, el certificado de experiencia, la copia de la oferta, la ausencia y errores en la garantía de seriedad y la autorización al representante legal por parte de la junta directiva de contratar por determinada cuantía*
5. *Por otro lado, la sentencia No. 36054 señala que “La ley señala principalmente como requisitos habilitantes la capacidad jurídica, la capacidad financiera, la experiencia y las condiciones de organización.*



Estos factores no se pueden evaluar con puntos, sino con el criterio admisión/rechazo. Estas exigencias, vienen a constituir así, mínimos que cualquier sujeto interesado en ser proponente debe cumplir” A la lógica anterior obedece el contenido del párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2006, el cual dispone que “la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”. Por consiguiente, se trata de defectos subsanables, porque al no afectar su falencia la asignación de puntajes,”

6. Finalmente, el Consejo de Estado en sentencia No. 28855 consideró que: *“Lo subsanable es aquello que, a pesar de que se tiene, no aparece claramente acreditado en el proceso de selección; pero, no se puede subsanar aquello de lo cual se carece o que no existe al momento de proponer, porque entonces se estaría hablando de la complementación, adición o mejora de la propuesta, lo cual está prohibido por el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. (...) Lo anterior supone que lo subsanable son las inexactitudes o las dudas que puedan surgir o que detecte la entidad pública al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos habilitantes o de revisar los demás documentos de la propuesta que no resulten necesarios para la comparación de las ofertas, es decir, a luz de la Ley 1150 de 2007, aquellos que no incidan en la asignación de puntaje; por el contrario, las carencias no son susceptibles de subsanar, pues lo que no se tiene no se puede corregir.”*
7. El manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación estableció que las Entidades Estatales deben establecer los requisitos habilitantes de forma adecuada y proporcional a la naturaleza y valor del contrato. A su vez, señaló que, *“es muy importante comprender el alcance de la expresión adecuada y proporcional que busca que haya una relación entre el contrato y la experiencia del proponente y su capacidad jurídica, financiera y organizacional.*
8. Por su parte, en el manual mencionado se define la experiencia como *“el conocimiento del proponente derivado de su participación previa en actividades iguales o similares a las previstas en el objeto del contrato (...) La experiencia requerida en un Proceso de Contratación debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato y su valor. La experiencia es adecuada cuando es afín al tipo de actividades previstas en el objeto del contrato a celebrar. (...) La experiencia es proporcional cuando tiene relación con el alcance, la cuantía y complejidad del contrato a celebrar. Por ejemplo, en un Proceso de Contratación de obra pública con un presupuesto oficial de 100 SMMLV, la experiencia exigida es proporcional si la Entidad Estatal exige que los proponentes hayan participado en Procesos de Contratación de 50 SMMLV del mismo tipo de obra*



9. Conforme a lo anterior, el proponente podrá aclarar o subsanar documentos referidos a la experiencia, salvo en el proceso de consultoría, siempre y cuando, se refieran a una experiencia que existía al momento de la presentación de la oferta.

■ REFERENCIA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Ley 1150 de 2007, artículo 5

Colombia Compra Eficiente, Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación. Disponible en el siguiente link: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/20140901_manual_requisitos_habilitantes_4_web.pdf

Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente No. 25804. Fecha: 26 de febrero de 2014. C.P: Enrique Gil Botero

Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente No. 40660. Fecha: 29 de julio de 2015. C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente No. 36054. Fecha: 14 de abril de 2010. C.P: Enrique Gil Botero

Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente No. 28855. Fecha: 27 de marzo de 2014. C.P: Danilo Rojas Betancourth

■ SEGUNDO PROBLEMA PLANTEADO

¿Los indicadores financieros son posibles de subsanar?

■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

De acuerdo con lo señalado por el Consejo de Estado, sólo se permitirá la subsanación de los documentos referidos a la capacidad financiera, siempre y cuando, se refiera a un asunto formal que no altere las condiciones de la competencia entre los proponentes; en este sentido, no se podrá modificar los montos indicativos de la capacidad financiera en el curso del procedimiento de contratación, puesto que las cifras de los estados financieros reflejan factores materiales y de especial trascendencia en la evaluación de propuestas para adjudicar el contrato estatal.

■ LA RESPUESTA SE SUSTENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. Ver respuesta anterior.
2. El Decreto 1082 de 2015, en su artículo 2.2.1.1.1.5.3 señala que, la capacidad financiera es uno de los requisitos habilitantes que debe contener la siguiente información: 3.1 Índice de liquidez: activo corriente dividido por el pasivo corriente. 3.2. Índice de endeudamiento: pasivo total dividido por el activo total. 3.3. Razón de cobertura de intereses: utilidad operacional dividida por los gastos de intereses



3. De acuerdo con el Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación: *Los indicadores de capacidad financiera buscan establecer unas condiciones mínimas que reflejan la salud financiera de los proponentes a través de su liquidez y endeudamiento. Estas condiciones muestran la aptitud del proponente para cumplir oportuna y cabalmente el objeto del contrato. La capacidad financiera requerida en un Proceso de Contratación debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza y al valor del contrato. En consecuencia, la Entidad Estatal debe establecer los requisitos de capacidad financiera con base en su conocimiento del sector relativo al objeto del Proceso de Contratación y de los posibles oferentes.*
4. Ahora bien, el Consejo de Estado en la sentencia No. 53793 señala que, *“La capacidad financiera es un requisito habilitante y bajo la Ley 80 de 1993 podía ser también un requisito de calificación para participar en el procedimiento de selección de contratistas, con el cual se busca asegurar que los proponentes tengan las condiciones económicas requeridas para cumplir con el contrato. De acuerdo con lo que se acaba de indicar, se hace notar que la capacidad financiera es una regla que busca asegurar el cometido del contrato estatal y, en tal medida, se enmarca como exigible, en desarrollo del numeral 3 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993”*
5. Asimismo, en la sentencia mencionada se señala frente al saneamiento de los aspectos financieros, *“Es permitido establecer el saneamiento de la prueba documental allegada en el procedimiento previo a la contratación pública, en tanto se trate de la complementación de un requisito formal que no altere las condiciones de la competencia dentro del procedimiento de contratación pública. Sin embargo, lo anterior no significa que la Administración pueda aceptar la modificación de los montos indicativos de la capacidad financiera en el curso del procedimiento de contratación, puesto que las cifras de los estados financieros reflejan factores materiales y de especial trascendencia en la evaluación de propuestas para adjudicar el contrato estatal. (...) Además, desde la atalaya de la igualdad de acceso y de la protección a la libre competencia, todos los proponentes tienen derecho a ser evaluados bajo las mismas condiciones, tanto en el corte del ejercicio que se toma para establecer la comparación de sus estados financieros, como en la univocidad de los ítems con base en los cuales se calcula la capacidad financiera requerida. Esa consideración lleva a reprochar la flexibilización de los parámetros de evaluación financiera, en beneficio de uno u otro proponente. En el mismo sentido, se afirma la intangibilidad de los estados financieros que se presentan con la oferta, en protección del derecho a la competencia en igualdad de condiciones para todos los participantes. De lo anterior se concluye que el mecanismo de saneamiento de los documentos de información financiera no puede ser utilizado para modificar los indicadores de capacidad financiera que el proponente tenía a la fecha que determinaba el pliego de condiciones.*



■ REFERENCIA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.1.1.5.3

Consejo de Estado, Sección Tercera. Fecha: 10 de noviembre de 2017. Radicado No. 53793. C.P: Marta Nubia Velásquez Rico

Colombia Compra Eficiente, Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación. Disponible en el siguiente link: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/20140901_manual_requisitos_habilitantes_4_web.pdf

■ TERCER PROBLEMA PLANTEADO

¿En qué casos se constituye o no el mejoramiento de la oferta?

■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

El mejoramiento de la oferta se refiere a la imposibilidad que tienen los proponentes de aportar un documento o una condición que no existía o no tenía en el momento de la presentación de la oferta, aún cuando se refiera a requisitos habilitantes. Toda vez que, sólo se podrá aportar el documento que pruebe o que esclarezca el requisito habilitante que se tenía pero que requiere aclaración. Es imposible subsanar algo que no existe.

■ LA RESPUESTA SE SUSTENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. La Ley 80 de 1993, en su artículo 30, señala lo siguiente: *“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.”*
2. El Consejo de Estado en sentencia No. 28855 consideró que: *“(…) Lo subsanable es aquello que, a pesar de que se tiene, no aparece claramente acreditado en el proceso de selección; pero, no se puede subsanar aquello de lo cual se carece o que no existe al momento de proponer, porque entonces se estaría hablando de la complementación, adición o mejora de la propuesta, lo cual está prohibido por el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. (...) Lo anterior supone que lo subsanable son las inexactitudes o las dudas que puedan surgir o que detecte la entidad pública al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos habilitantes o de revisar los demás documentos de la propuesta que no resulten necesarios para la comparación de las ofertas, es decir, a luz de la Ley 1150 de 2007, aquellos que no incidan en la asignación de puntaje; por el contrario, las carencias no son susceptibles de subsanar, pues lo que no se tiene no se puede corregir.”*



3. Así lo reiteró en la sentencia No. 38339 en los siguientes términos: “*De lo anterior se concluye que tanto en vigencia de la Ley 80 de 1993 como en la 1150 de 2007, las autoridades no pueden rechazar las propuestas alegando omisión o deficiencias habilitantes, con la connotación de subsanables. Así mismo, la posibilidad de aclaración o explicación parte del supuesto de que el requisito se cumpla, en tanto no es posible aclarar o explicar lo inexistente. De ese modo se confirma la inmodificabilidad de las propuestas. Cabe diferenciar entre lo que significa cumplir los requisitos habilitantes y probar o acreditar que los mismos se cumplen: lo que se puede subsanar o sanear es la prueba de las condiciones habilitantes, pero no el requisito en sí mismo considerado, porque resultaría materialmente imposible tratar de subsanar algo que no existe. Esto supone que lo subsanable es aquello que, a pesar de que se tiene, no aparece claramente acreditado en el proceso de selección; pero, no se puede subsanar aquello de lo cual se carece o que no existe al momento de proponer, porque entonces se estaría hablando de la complementación, adición o mejora de la propuesta, lo cual está prohibido por el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.*”

■ REFERENCIA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Ley 80 de 1993, artículo 30

Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente No. 28855. Fecha: 27 de marzo de 2014. C.P: Danilo Rojas Betancourth

Consejo de Estado, Sección Tercer. Expediente No. 38339. Fecha: 16 de agosto de 2018. C.P: Stella Conto Díaz del Castillo

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,

Andrés Ricardo Mancipe González
Subdirector de Gestión Contractual (E)

Proyectó: Sara Milena Núñez Aldana
Revisó: Felipe Alfonso Muñoz Tocarruncho

