

Nociones básicas sobre subsanabilidad de las ofertas

Los procesos de selección de contratistas en la Administración Pública son actuaciones administrativas sujetas a principios como el de planeación, transparencia, economía y responsabilidad, pero también al de eficacia, el cual implica que, en su desarrollo, las autoridades tienen la obligación de adoptar todas las medidas a su alcance para garantizar que cumplan con su cometido, el cual no es otro que lograr la escogencia de la mejor propuesta y la celebración del contrato estatal.

Lo anterior, sumado a la necesidad de preservar condiciones de igualdad y brindar la oportunidad para que los oferentes defiendan sus propuestas, ha hecho que la institución conocida como la subsanabilidad asuma una posición de gran relevancia entre muchas aquellas existentes hoy en el escenario de la contratación estatal.

La subsanabilidad se constituye hoy en día como un derecho, en cabeza de todos los proponentes, a corregir o enmendar su oferta ante defectos u omisiones que recaen sobre requisitos, exigencias o aspectos que no otorgan puntaje en el proceso de selección (requisitos habilitantes), según lo previsto en los respectivos pliegos de condiciones, de manera que no resultan determinantes para la comparación entre propuestas.

Al ser entonces un derecho, viene la consecuente obligación y deber de las autoridades públicas de solicitar, a los oferentes, los documentos e información necesaria para subsanar los defectos u omisiones, todo ello para evitar que las propuestas sean rechazadas o descartadas por el incumplimiento de exigencias formales e insustanciales.

Ahora, es importante precisar que la subsanabilidad se limita a permitir la corrección, precisión, aclaración, reparación, remedio o enmienda de requisitos habilitantes de la oferta y que no otorgan puntaje, mas en ningún caso faculta a modificarla o adicionarla, mejorándola; permitir esto conllevaría a otorgar una ventaja injustificada a un participante y por ende trasgredir los principios de igualdad, debido proceso y selección objetiva.

De otro lado, en relación con el término que cuentan los oferentes para ejercer el derecho de subsanación, la Ley 1882 de 2018 modificó el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, precisando que la oportunidad es el traslado del respectivo informe de evaluación, atendiendo la modalidad del proceso de contratación (por lo que se debe verificar en el pliego de condiciones este plazo), salvo lo dispuesto para el proceso de mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta.

Otro aspecto para destacar, contenido en la mencionada Ley 1882 de 2018, es que la norma reiteró la imposibilidad de acreditar condiciones o hechos habilitantes acaecidos con posterioridad al cierre del proceso; en consecuencia, para todos los requisitos habilitantes, el hecho o circunstancia exigida debe haberse cumplido antes de esa oportunidad, con independencia que su prueba pueda ser allegada en ejercicio de la subsanabilidad. Por ejemplo, un pliego de condiciones exige como requisito habilitante una determinada autorización o licencia y que esta deba encontrarse expedida y vigente al momento del cierre del plazo de presentación de ofertas; en virtud de la subsanabilidad, el oferente que eventualmente haya omitido allegar el documento respectivo, podría hacerlo, dentro del traslado del informe de evaluación (en el que la entidad debe observar este defecto) siempre que el mismo demuestre que la autorización se otorgó antes del cierre. De ahí que, el Consejo de Estado, en diversos pronunciamientos, haya distinguido entre el hecho o condición que funda el requisito habilitante exigido y la prueba de ello, lo primero es insubsanable, mas lo segundo sí.

Es necesario además que los oferentes tengan presente que si bien la regla legal vigente alude a la subsanación de todos aquellos requisitos o exigencias que no otorguen puntaje en el proceso, se ha considerado por la jurisprudencia, que existen unos requisitos esenciales de participación, que no otorgan puntaje, pero son insubsanables, como son la capacidad jurídica (del oferente, no la autorización del representante legal) y la inscripción o actualización en el Registro Único de Proponentes (RUP).

En cuanto a la garantía de seriedad de la oferta, la Ley 1882 de 2018 dispuso en forma expresa que su “no entrega” sería causal de rechazo, mientras los errores o falencias que pueda tener, una vez entregada oportunamente, son subsanables.

En conclusión, es hoy un imperativo para todas las autoridades que en sus procesos de contratación dirijan todo su actuar a mantener la pluralidad de las oferentes, mediante el deber de observar en el informe de verificación todas las falencias o defectos sobre requisitos habilitantes que puedan tener las propuestas, brindando adecuadamente la oportunidad de subsanarlos en los términos antes señalados; sólo a través de la pluralidad y la competencia, se puede lograr efectivamente escoger la mejor propuesta para la Administración y satisfacer así plenamente la finalidad de la contratación.

Por: Iván Carvajal
icarvajal@scolalegal.com
Febrero 13 de 2020