

GARANTÍA DE SERIEDAD – Finalidad

Esta garantía respalda al principio de irrevocabilidad de la oferta, caso en el cual los proponentes que pierdan interés en la adjudicación resarcirán los perjuicios causados por su retiro del proceso de selección. Naturalmente, esta garantía solo la constituyen quienes presenten oferta, motivo por el cual sus efectos no se extienden a personas ajenas a la actividad precontractual; sin perjuicio de que la póliza sea un mecanismo conminatorio, en la medida en que obliga a celebrar el contrato, so pena de hacerla efectiva. De esta manera, la exigencia permite que solo se presenten personas con la capacidad técnica y financiera suficiente para ejecutarlo en caso de adjudicación, desestimando la presentación de ofertas que no son serias, cuya evaluación entorpece la buena marcha de la Administración, y en especial la celeridad y eficiencia de los procedimientos contractuales.

SERIEDAD DE LA OFERTA – Vigencia – Carácter estimativo

Respecto al tiempo, [el artículo 2.2.1.2.3.1.9 del Decreto 1082 de 2015] dispone que debe estar vigente entre «la fecha de presentación de la propuesta» y hasta «la fecha de aprobación de la garantía única de cumplimiento». Allí se indica la fecha de inicio *–dies a quo–*, pero la fecha final *–dies ad quem–* se somete a una estimación razonable sobre el tiempo que toma adelantar el procedimiento de selección y la posterior legalización del contrato, especialmente cuando la aprobación de la garantía es uno de los requisitos de ejecución.

SUBSANABILIDAD – Garantía de seriedad – No presentación – Regla especial

[La] Ley 1882 de 2018, introdujo una regla adicional aplicable exclusivamente a la garantía de seriedad de la oferta. Esto como quiera que, el parágrafo 3 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, excluye expresamente la posibilidad de subsanar la falencia consistente en no aportar la garantía de seriedad garantía de seriedad junto con la propuesta, al establecer que la «no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma».

El origen de dicha norma, según se desprende de lo dicho en la Gaceta No. 605 del 2016, se encuentra en que para el legislador era necesario eliminar la posibilidad de subsanar la garantía de seriedad hasta antes de la adjudicación del contrato. Lo anterior teniendo en cuenta que, si la garantía no se presentaba de manera concomitante con la oferta, en el evento que el proponente retirara su propuesta, la entidad no podía reclamarle los perjuicios causados, pues no contaría con la garantía para hacerlo y, por lo tanto, se vería afectado el proceso de selección.

SUBSANABILIDAD – Garantía de seriedad – Errores – Vigencia – Regla general

[...] del entendimiento literal del parágrafo 3 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, se deriva que el legislador previó que lo insubsanable es no aportar la garantía, más no se pronunció sobre los casos en los que se presenta una garantía que evidencia ciertas falencias como, por ejemplo, un error en el valor asegurado o en la vigencia de los amparos. De esto se infiere que, la regla contenida en el parágrafo citado debe aplicarse cuando la garantía de seriedad no se entregó con la presentación de la oferta. Por ello, en principio, se podrían corregir los errores de la garantía, siempre y cuando estos se pretendan corregir, modificar o enmendar y no se enmarquen en el supuesto de no presentación de la garantía de seriedad junto con la oferta, por lo que es posible enmendar ciertas falencias.

Esto por cuanto, se considera que, supuestos distintos de la no presentación de la garantía de

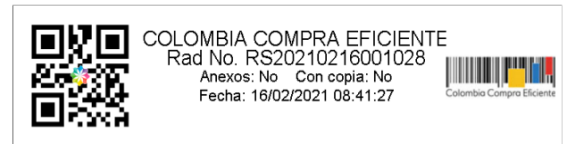
seriedad antes junto con la oferta deben regirse por la regla general de subsanabilidad establecida en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Esto en la medida en que la proscripción de subsanabilidad establecida por el parágrafo 3 del aludido artículo en torno a la garantía de seriedad, se refiere a un único supuesto: su no presentación junto con la oferta. De acuerdo con esto, en tanto la garantía de seriedad no es requisito sometido a puntaje o requerido para la comparación de oferta, circunstancias que impliquen su presentación no conforme con lo requerido por el reglamento, deben ser objeto de subsanación.

En los casos en los que se presente la garantía de seriedad junto con la oferta, dentro del plazo para ello previsto, pero esta no cumple con la vigencia exigida por el pliego de condiciones de acuerdo con el artículo 2.2.1.2.3.1.9 del Decreto 1082 de 2015, la entidad deberá requerir su subsanación de conformidad con el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, so pena del rechazo de la oferta.

GARANTÍA DE SERIEDAD – Vigencia – Solicitud de ampliación – Subsanación – Distinción – Rechazo

[El] requerimiento de subsanación debe distinguirse de las solicitudes de ampliación que puede solicitar la entidad contratante a causa de la alteración del cronograma del proceso de contratación, cuya desatención no necesariamente ameritan el rechazo de la oferta. De acuerdo con lo explicado, si el proponente presenta su garantía de seriedad conforme a la vigencia inicialmente exigida, o la subsana dentro del término otorgado, la entidad no podrá rechazar la oferta si el proponente no atiende una solicitud de ampliación de esta por un plazo superior al término de tres meses previsto en el numeral 1 del artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015, motivada en la prórroga de los plazos de adjudicación o de suscripción del contrato. En ese mismo sentido, la entidad tampoco podrá rechazar la oferta si el proponente se niega a atender alguna solicitud de ampliación de la garantía de seriedad motivada en la prórroga de alguna etapa del proceso de contratación distintas de las previstas en el referido numeral, o fenómenos como la suspensión del proceso de contratación.





Bogotá, 16 Febrero 2021

Señor
Fernando Gutiérrez
Valledupar, Cesar

Concepto C – 010 de 2021

Temas: GARANTÍA DE SERIEDAD – Finalidad / SERIEDAD DE LA OFERTA – Vigencia – Carácter estimativo / SUBSANABILIDAD – Garantía de seriedad – No presentación – Regla especial / SUBSANABILIDAD – Garantía de seriedad – Errores – Vigencia – Regla general / GARANTÍA DE SERIEDAD – Vigencia – Solicitud de ampliación – Subsanación – Distinción – Rechazo

Radicación: Respuesta a consulta P20210105000050

Estimado señor Gutiérrez:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 5 de enero de 2021.

1. Problemas planteados

Usted realiza las siguientes preguntas: i) ¿la garantía de seriedad de la oferta debe estar «actualizada» al momento de la audiencia pública de adjudicación de un proceso de contratación?; ii) En caso de no estar actualizada, ¿constituye ello una causal de rechazo de la oferta o puede ser objeto de subsanación?

2. Consideraciones

Para desarrollar los problemas planteados, en primer lugar, se estudiará la vigencia exigida por el reglamento respecto de la garantía de seriedad de la oferta y seguidamente se estudiará lo relativo a su subsanabilidad.



Esta Subdirección expidió los conceptos 2201913000008068 del 28 de octubre del 2019, 2201913000008484 del 14 de noviembre del 2019, C-218 del 2 de abril de 2020, C-307 del 21 de mayo de 2020, C-391 del 10 de agosto de 2020, C-675 del 25 de noviembre de 2020 y C-683 del 21 de noviembre de 2020. En estos conceptos se estudiaron aspectos relativos a la garantía de seriedad de la oferta, su finalidad, vigencia y subsanabilidad. De otra parte, en los conceptos 4201912000005659 del 21 de agosto de 2019, CU-060 del 24 de febrero de 2020, C-218 del 02 de abril de 2020, C-675 del 25 de noviembre de 2020, C-730 del 14 de diciembre de 2020 y C-779 del 18 de enero de 2021, se estudió la subsanabilidad de la garantía de seriedad de la oferta. Las tesis expuestas se reiteran a continuación.

2.1 Vigencia de la garantía de seriedad de la oferta y su ampliación

En los contratos estatales, por regla general, en la etapa precontractual y en la contractual se requiere la constitución de garantías. Mientras las garantías en la primera etapa implican una caución provisional que avala la propuesta y es una garantía precontractual –y parcialmente contractual– destinada a asegurar la suscripción del acuerdo, entre otras obligaciones; las garantías en la segunda etapa son un mecanismo de cobertura del riesgo derivado del incumplimiento de las obligaciones del contrato. Desde esta perspectiva, ambas constituyen una obligación de seguridad, es decir, aquella donde el interés del acreedor no consiste en una utilidad específica y tangible, sino en la tranquilidad frente a ciertos riesgos por la cobertura de sus consecuencias nocivas.

Los artículos 2.2.1.2.3.1.6 y 2.2.1.2.3.1.9 del Decreto 1082 de 2015 establecen las condiciones que debe cumplir la garantía de seriedad de la oferta¹. Esta puede otorgarse

¹ «Artículo 2.2.1.2.3.1.6. Garantía de los Riesgos derivados del incumplimiento de la oferta. La garantía de seriedad de la oferta debe cubrir la sanción derivada del incumplimiento de la oferta, en los siguientes eventos:

»1. La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el plazo para la adjudicación o para suscribir el contrato es prorrogado, siempre que tal prórroga sea inferior a tres (3) meses.

»2. El retiro de la oferta después de vencido el plazo fijado para la presentación de las ofertas.

»3. La no suscripción del contrato sin justa causa por parte del adjudicatario.

»4. La falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado de la garantía de cumplimiento del contrato».

[...]

«Artículo 2.2.1.2.3.1.9. Suficiencia de la garantía de seriedad de la oferta. La garantía de seriedad de la oferta debe estar vigente desde la presentación de la oferta y hasta la aprobación de la garantía de cumplimiento del contrato y su valor debe ser de por lo menos el diez por ciento (10%) del valor de la oferta.

»El valor de la garantía de seriedad de la oferta que presenten los proponentes en el Proceso de Contratación de un Acuerdo Marco de Precio debe ser de mil (1.000) SMMLV.

»El valor de la garantía de seriedad de la oferta que presenten los proponentes en la subasta inversa y en el concurso de méritos debe ser equivalente al diez por ciento (10%) del presupuesto oficial estimado del Proceso de Contratación.

a través de: i) un contrato de seguro contenido en una póliza, ii) la constitución de un patrimonio autónomo, o iii) una garantía bancaria. Allí se indica que el proponente debe presentar una garantía que cumpla con los parámetros, condiciones y requisitos señalados en ese numeral, y no requiere necesariamente que se aporten documentos adicionales, concretamente el recibo de pago de la prima, porque el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 establece que «[...] tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral [...]»². Esta disposición excepciona la terminación automática del contrato de seguro por falta de pago, prevista en el artículo 1068 del Código de Comercio³.

Esta garantía tiene su fundamento en el principio de irrevocabilidad de la oferta, razón por la cual los proponentes que pierdan interés en la adjudicación resarcirán los perjuicios causados por su retiro del proceso de selección. Naturalmente, esta garantía solo la constituyen quienes presenten oferta, motivo por el cual sus efectos no se extienden a personas ajenas a la actividad precontractual; sin perjuicio de que la póliza sea un mecanismo conminatorio, en la medida en que obliga a celebrar el contrato, so pena de hacerla efectiva. De esta manera, la exigencia permite que solo se presenten personas con la capacidad técnica y financiera suficiente para ejecutarlo en caso de adjudicación, desestimulando la presentación de ofertas que no son serias, cuya evaluación entorpece la buena marcha de la Administración, y en especial la celeridad y eficiencia de los procedimientos contractuales^{4 - 5}.

»Cuando el valor de la oferta o el presupuesto estimado de la contratación sea superior a un millón (1.000.000) de SMMLV se aplicarán las siguientes reglas:

»1. Si el valor de la oferta es superior a un millón (1.000.000) de SMMLV y hasta cinco millones (5.000.000) de SMMLV, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el dos punto cinco por ciento (2,5%) del valor de la oferta.

»2. Si el valor de la oferta es superior a cinco millones (5.000.000) de SMMLV y hasta diez millones (10.000.000) de SMMLV, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el uno por ciento (1%) del valor de la oferta.

»3. Si el valor de la oferta es superior a diez millones (10.000.000) de SMMLV, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el cero punto cinco por ciento (0,5%) del valor de la oferta».

² Al respecto esta Agencia ha expedido los conceptos C-675 de 25 de noviembre de 2020 – Radicado de entrada No. 4202013000009300. Radicado de salida No. 2202013000011706– y C-683 del 25 de noviembre de 2020–Radicado de entrada No. 4202012000009307. Radicado de salida No. 2202013000011701–.

³ «Artículo 1068. Mora en el pago de la prima: La mora en el pago de la prima de la póliza o de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella, producirá la terminación automática del contrato y dará derecho al asegurador para exigir el pago de la prima devengada y de los gastos causados con ocasión de la expedición del contrato.

»Lo dispuesto en el inciso anterior deberá consignarse por parte del asegurador en la carátula de la póliza, en caracteres destacados.

»Lo dispuesto en este artículo no podrá ser modificado por las partes».

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-452 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.



Conforme a lo anterior, para que la garantía de seriedad respalde el principio de irrevocabilidad de la oferta, y que esta sirva al célere y eficiente desarrollo de los procesos de contratación, el Decreto 1082 de 2015 reglamenta varios aspectos con los que debe cumplir la garantía de seriedad.

En primer lugar, el artículo 2.2.1.2.3.1.9 del Decreto 1082 de 2015 define la cobertura en términos de monto y tiempo, disponiendo que «La garantía de seriedad de la oferta debe estar vigente desde la presentación de la oferta y hasta la aprobación de la garantía de cumplimiento del contrato y su valor debe ser de por lo menos el diez por ciento (10%) del valor de la oferta».

Respecto al valor, dispone que tendrá un monto igual o superior al diez por ciento (10%) de la oferta, constituyendo la suma mínima que la entidad puede establecer para cumplir la exigencia, sin perjuicio de que requiera un valor superior. En todo caso, conforme a la norma citada, este principio tiene excepciones para los acuerdos marco de precios, los contratos derivados de la selección abreviada por subasta inversa y el concurso de méritos, así como para los contratos que superan un millón –1'000.000– de smlmv.

Respecto al tiempo, la norma dispone que debe estar vigente entre «la fecha de presentación de la propuesta» y hasta «la fecha de aprobación de la garantía única de cumplimiento». Allí se indica la fecha de inicio –*dies a quo*–, pero la fecha final –*dies ad quem*– se somete a una estimación razonable sobre el tiempo que toma adelantar el procedimiento de selección y la posterior legalización del contrato, especialmente cuando la aprobación de la garantía es uno de los requisitos de ejecución⁶.

Naturalmente, como el cronograma del procedimiento de contratación puede ampliarse, por sucesos inesperados, o por otras razones, el plazo que debe cubrir la garantía de seriedad se determina a partir de un *período de incertidumbre*, bajo el cual

⁵ Sobre este aspecto, la doctrina explica que: «Las garantías provisionales “avalan la solemnidad de la oferta por parte del contratista”; constituyen una seña pre-contractual destinada a asegurar la celebración del contrato, no su cumplimiento. La administración procede a devolver a los oferentes no adjudicatarios, y a transformar en definitiva respecto al adjudicatario, las garantías provisionales, deduciéndose entonces que las arras no forman parte del precio, ni son por tanto arras confirmatorias [...], sino puramente penitenciales [...] como garantías y compensación del ius poenitendi del licitante. Son, en consecuencia, “la medida de la responsabilidad pre-contractual del oferente”; o, más bien, la garantía de oferta representa en definitiva la medida de la responsabilidad» (Cursivas dentro del texto). DROMI, José Roberto. La licitación pública. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1980. pp. 288-289.

⁶ Con relación a los requisitos de ejecución del contrato, el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 dispone que «Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda».



las entidades disponen que la seriedad del ofrecimiento tenga una vigencia superior a la duración del procedimiento de selección, incluyendo tanto el plazo de suscripción del contrato como el de aprobación de la garantía única.

Normalmente, en el pliego de condiciones, o en la invitación a contratar, las entidades «acostumbran» exigir a los proponentes que garanticen la seriedad de la propuesta durante 3 meses –pudiendo ser de más o menos tiempo–, para cubrir el lapso que tarda el trámite precontractual, pero también los eventuales contratiempos y hasta las eventuales ampliaciones de las distintas etapas del procedimiento de selección, así como la posterior firma del contrato y aprobación de la garantía de cumplimiento, lo que evita que la Administración solicite frecuentemente su prórroga.

Por tanto, la entidad calcula y establece un *término* para realizar el procedimiento de selección, firmar el contrato y aprobar la garantía de cumplimiento, contado a partir de la recepción de las propuestas, fecha que se define al elaborar el pliego o la invitación. Esta *estimación* corresponde a la vigencia de la garantía precontractual, y las autoridades públicas lo fijan discrecionalmente, salvo que se trate de un procedimiento regulado por documentos tipo⁷.

Esta característica diferencia la garantía de seriedad de otros amparos, pues el Decreto 1082 de 2015 define, para muchos, tanto la fecha de inicio como la fecha de terminación. Por ejemplo, el artículo 2.2.1.2.3.1.13 dispone que el amparo de pago de salarios y prestaciones sociales tiene una vigencia equivalente al plazo del contrato y tres (3) años más; para la estabilidad de la obra, el artículo 2.2.1.2.3.1.14 dispone que el amparo estará vigente por un término no inferior a cinco (5) años, contado a partir del recibo a satisfacción; y para el seguro de responsabilidad civil extracontractual, la vigencia debe ser igual o superior al plazo de ejecución del contrato.

La determinación del *valor* y el *tiempo* de cobertura de esta garantía precontractual es esencial en el procedimiento de selección. Respecto al primero, corresponde a la sanción por el incumplimiento de la seriedad de la propuesta, delimitando la obligación pecuniaria de la aseguradora⁸. Lo anterior es una consecuencia del principio de responsabilidad, ya que el mantenimiento de la oferta está sujeto al deber de buena fe y, por tanto, el desconocimiento de las expectativas legítimas de la

⁷ Al respecto, el numeral 7.3 del «Pliego Tipo – Versión 3» para la licitación pública para los contratos de obra de infraestructura de transporte dispone que la garantía de seriedad de la oferta tiene una vigencia de «3 meses contados a partir de la fecha de cierre del Proceso de Contratación», lo que se reitera en el numeral 7.1 del documento base para la selección abreviada de menor cuantía y, con carácter potestativo, en el numeral 7.1 de la invitación para la mínima cuantía.

⁸ Sobre el particular, el artículo 2.2.1.2.3.2.8 del Decreto 1082 de 2015 dispone lo siguiente: «En caso de siniestro en la garantía de la seriedad de la oferta, la compañía de seguros debe responder por el total del valor asegurado a título de sanción».

Administración autoriza la reparación de los perjuicios sufridos. Respecto al segundo, el *plazo de cobertura* delimita directamente el período de vigencia de la oferta.

En ambos aspectos, es decir, tanto respecto al valor como al plazo, la garantía de seriedad tiene diferencias marcadas con el régimen de la irrevocabilidad de la oferta en el derecho privado. El inciso primero del artículo 846 del Código de Comercio dispone que «La propuesta será irrevocable, por lo tanto, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario». Aunque la contratación estatal se rige por una regla similar, son evidentes los matices introducidos en el régimen de la garantía precontractual, pues el artículo 2.2.1.2.3.2.8 del Decreto 1082 de 2015 dispone que «En caso de siniestro en la garantía de la seriedad de la oferta, la compañía de seguros debe responder por el total del valor asegurado a título de sanción»⁹.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta en principio exigida por el artículo 2.2.1.2.3.1.9 del Decreto 1082 de 2015 abarca el momento de realización de la audiencia de adjudicación. Esto en la medida en que tal hito del *iter* precontractual es posterior a la presentación de la oferta, y, naturalmente, previo a la aprobación de la garantía única de cumplimiento, que da inicio al periodo de ejecución del contrato ya adjudicado.

No obstante, no debe perderse de vista que la garantía de seriedad es constituida de manera previa a la presentación de la oferta, por un término que se supone abarca tanto una fecha de inicio como una fecha de terminación establecidas en el artículo 2.2.1.2.3.1.9 *Ibidem*, aterrizados en unas fechas concretas determinadas por el cronograma del proceso de selección. Esto significa que las alteraciones del cronograma del proceso de selección, que se presenten de manera sobreviniente a la constitución de

⁹ Sobre las particularidades de la garantía de seriedad en el ámbito del derecho privado respecto de la contratación pública esta Subdirección ha considerado lo siguiente: «[...] la ley civil y comercial dispone de plazos cortos para aceptar la propuesta –a falta de pacto en contrario–. Los artículos 846 y 847 del Código de Comercio definen el término de obligatoriedad de la propuesta cuando se ofrecen mercaderías o se exhiben bienes en vitrinas o mostradores. Adicionalmente, los artículos 850 y 851 *ibidem* definen el plazo de vinculación de la oferta en la propuesta verbal y escrita, respectivamente. Para la primera dispone que «[...] deberá ser aceptada o rechazada en el acto de oírse», agregando que «[...] La propuesta hecha por teléfono se asimilará, para los efectos de su aceptación o rechazo, a la propuesta verbal entre presentes». Por su parte, la segunda «[...] deberá ser aceptada o rechazada dentro de los seis días siguientes a la fecha que tenga la propuesta, si el destinatario reside en el mismo lugar del proponente; [pero] si reside en lugar distinto, a dicho término se sumará el de la distancia» (Corchetes fuera de texto), el cual –conforme al artículo 852 del Código de Comercio– se calcula según el medio empleado por el proponente.

»Aunque el artículo 853 dispone que estos términos son supletivos, porque «Las partes podrán fijar plazos distintos a la aceptación o rechazo de la propuesta o ésta contenerlos», en la contratación estatal no hay norma semejante, pero la garantía de seriedad directamente es la que define el plazo de mantenimiento de la propuesta, el cual acepta el proponente cuando se presenta al procedimiento de selección». Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Concepto C-391 del 10 de agosto de 2020. Radicado de entrada No. 4202013000004385. Radicado de salida No. 2202013000007273.

la garantía de seriedad, podrían incidir en el cumplimiento de la vigencia exigida por el reglamento.

En ese sentido, eventos como la prórroga o la suspensión del proceso de contratación, que a pesar de no estar expresamente regulados por el EGCAP, pero que suelen presentarse en la práctica contractual, pueden afectar la vigencia de la garantía objeto de estudio. Sobre este particular, debe llamarse la atención sobre lo previsto en el artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015, en el que se determina como uno de los amparos de la garantía de seriedad la «no ampliación de la vigencia [...] cuando el plazo para la adjudicación o para suscribir el contrato es prorrogado, siempre que tal prórroga sea inferior a tres (3) meses»¹⁰.

Nótese que este último artículo hace referencia al plazo para la adjudicación o la suscripción del contrato, haciendo abstracción de la prórroga de otras etapas del proceso de contratación y del aludido fenómeno de la suspensión. Sobre este particular, esta Agencia tuvo la oportunidad de pronunciarse en el concepto C-391 del 10 de agosto de 2020, en el que se determinó que, a pesar de no estar previstas la suspensión del proceso o la prórroga de etapas distintas al plazo de adjudicación y suscripción, nada obsta para que la entidad solicite la ampliación de la vigencia de la garantía en estos supuestos, sin que el proponente esté obligado a atender tal solicitud. En el referido concepto se expresó lo siguiente:

Bajo una *interpretación estricta*, cuando el artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015 dispone el cobro por «La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el plazo para la adjudicación o para suscribir el contrato es prorrogado, siempre que tal prórroga sea inferior a tres (3) meses», se entiende excluidas no solo las «ampliaciones de otras etapas» –v. gr. la recepción de ofertas, la evaluación, la formulación de las observaciones al informe, etc.– sino también la «suspensión» del procedimiento de selección. No obstante, lo anterior no obsta para que la entidad solicite la ampliación de la garantía de seriedad en las suspensiones o en la ampliación de otras etapas del procedimiento; pero como estas hipótesis no están expresamente previstas en el reglamento, el proponente no está obligado a atender el requerimiento, especialmente cuando la autoridad carecería de la competencia para hacer efectiva la garantía. En todo caso, si así lo desea, el oferente podrá acceder a la solicitud voluntariamente.

¹⁰ «Artículo 2.2.1.2.3.1.6. Garantía de los Riesgos derivados del incumplimiento de la oferta. La garantía de seriedad de la oferta debe cubrir la sanción derivada del incumplimiento de la oferta, en los siguientes eventos:

- »1. La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el plazo para la adjudicación o para suscribir el contrato es prorrogado, siempre que tal prórroga sea inferior a tres (3) meses.
- »2. El retiro de la oferta después de vencido el plazo fijado para la presentación de las ofertas.
- »3. La no suscripción del contrato sin justa causa por parte del adjudicatario.
- »4. La falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado de la garantía de cumplimiento del contrato».

Por otra parte, si el proponente entrega la garantía inicial o la subsana oportunamente, una vez vencido el término inicialmente previsto en el pliego sin que la entidad solicite oportunamente la ampliación de la seriedad de la oferta en los términos del Decreto 1082 de 2015, los proponentes tienen las siguientes opciones: i) atender voluntariamente la solicitud de la Administración; ii) retirar la oferta, caso en el cual no es posible hacer efectiva la garantía, ya que la negativa sería posterior a la terminación de la cobertura; o iii) continuar en el procedimiento sin prorrogar la garantía, caso en el cual la entidad –además de lo anterior– tampoco podría rechazar la propuesta, pues el supuesto no encaja el artículo 5, parágrafos 3 y 5, de la Ley 1150 de 2007¹¹.

De acuerdo con lo anterior, fuera de lo regulado por el numeral 1 del artículo 2.2.1.2.3.1.6 *Ibídem*, las entidades estatales pueden solicitar la ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad con ocasión de la extensión del cronograma del proceso de selección por la prórroga de etapas distintas de las previstas en el citado artículo, o por cuenta de la suspensión del proceso, sin que los proponentes estén obligados a atender dicha solicitud. De acuerdo con esto, la renuencia del proponente respecto de la atención de tal solicitud de ampliación no constituye un motivo para hacer efectiva la garantía o rechazar la oferta. Lo anterior, como se explicó, sin perjuicio del deber de ampliar la cobertura por parte de los oferentes en el supuesto establecido en el numeral 1 del artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015.

2.2. Subsanabilidad de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta

La regla general de subsanabilidad regulada en el parágrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, tras la modificación dispuesta por la Ley 1882 de 2018¹², establece

¹¹ Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Concepto C-391 del 10 de agosto de 2020. Radicado de entrada No. 4202013000004385. Radicado de salida No. 2202013000007273.

¹² Ley 1882 de 2018: «Artículo 5°. Modifíquese el parágrafo 1° e inclúyanse los parágrafos 3°, 4° y 5° de artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, los cuales quedarán así:

»Artículo 5°. De la selección objetiva.

»[...]

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

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

[...]

»Parágrafo 3°. La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma.

que los documentos para acreditar requisitos que no afecten la asignación de puntaje pueden aportarse hasta el término de traslado del informe de evaluación¹³.

Sin embargo, la referida Ley 1882 de 2018, introdujo una regla adicional aplicable exclusivamente a la garantía de seriedad de la oferta. Esto como quiera que, el parágrafo 3 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, excluye expresamente la posibilidad de subsanar la falencia consistente en no aportar la garantía de seriedad junto con la propuesta, al establecer que la «no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma».

El origen de dicha norma, según se desprende de lo dicho en la Gaceta No. 605 del 2016, se encuentra en que para el legislador era necesario eliminar la posibilidad de subsanar la garantía de seriedad hasta antes de la adjudicación del contrato. Lo anterior teniendo en cuenta que si la garantía no se presentaba de manera concomitante con la oferta, en el evento que el proponente retirara su propuesta, la entidad no podía reclamarle los perjuicios causados, pues no contaría con la garantía para hacerlo y, por lo tanto, se vería afectado el proceso de selección.

Ahora, del entendimiento literal del parágrafo 3 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, se deriva que el legislador previó que lo insubsanable es *no aportar la garantía junto con la propuesta*, más no se pronunció sobre los casos en los que se presenta una garantía que evidencia ciertas falencias como, por ejemplo, un error en el valor asegurado o en la vigencia de los amparos. De esto se infiere que, la regla contenida en el parágrafo citado debe aplicarse cuando la garantía de seriedad no se entregó con la presentación de la oferta. Por ello, en principio, se podrían corregir los errores de la garantía, siempre y cuando estos se pretendan corregir, modificar o enmendar y no se enmarquen en el supuesto de no presentación de la garantía de seriedad junto con la oferta, por lo que es posible enmendar ciertas falencias.

Esto por cuanto, supuestos distintos de la no presentación de la garantía de seriedad junto con la oferta deben regirse por la regla general de subsanabilidad establecida en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Esto en la medida en que la proscripción de subsanabilidad establecida por el parágrafo 3 del aludido artículo en torno a la garantía de seriedad, se refiere a un supuesto particular: su no

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

»Parágrafo 5°. En los procesos de contratación, las entidades estatales deberán aceptar la experiencia adquirida por los proponentes a través de la ejecución de contratos con particulares».

¹³ Respecto del alcance de la regla de subsanabilidad esta Agencia expidió el Concepto Unificado CU-060 del 24 de febrero de 2020, el que cual ha sido reiterado en forma pacífica, entre otros, en los conceptos: C-121 del 3 de marzo de 2020, C-160 del 3 de abril de 2020, C-013 del 17 de abril de 2020, C-465 del 27 de julio de 2020, C-557 del 21 de agosto de 2020, C-573 del 27 de agosto de 2020 y C-595 del 21 de septiembre de 2020 y C-634 del 21 de octubre de 2020.

presentación junto con la oferta. De acuerdo con esto, en tanto la garantía de seriedad no afecta la asignación de puntaje, circunstancias que impliquen su presentación pero con falencias susceptibles de corrección, deben ser objeto de subsanación¹⁴.

En ese sentido, ha manifestado esta Subdirección en ejercicio de la función consultiva que: «Los errores en el contenido de la póliza no afectan la comparación de las propuestas, porque las entidades no asignan puntaje a la póliza y, por lo tanto, la entidad les debe otorgar la facultad a los proponentes de subsanar cualquier error en el contenido de la póliza, y estos últimos deben subsanarlos hasta el traslado del informe de evaluación, so pena de rechazar la oferta»¹⁵.

Lo anterior, de cara al objeto de la consulta, significa que en el supuesto en el que, habiéndose presentado la garantía de seriedad junto con la oferta, pero esta no cumple con la vigencia exigida por el artículo 2.2.1.2.3.1.9 del Decreto 1082 de 2015, la entidad debe permitir subsanar la vigencia de la garantía.

Ahora bien, las consideraciones expuestas en el acápite anterior en torno a las solicitudes de ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad ameritan realizar algunas precisiones respecto de la subsanabilidad de la misma. De acuerdo con lo expuesto en el numeral 2.1 del presente concepto, debe distinguirse, por un lado, la solicitud de subsanación de la vigencia de la garantía; y, por otro lado, la solicitud de ampliación de la garantía originada en la suspensión o prórroga de las actuaciones del proceso de contratación. Lo anterior, debido a que mientras la desatención de la primera supone el rechazo de la oferta, la segunda, al no estar obligado el proponente a atenderla, en los términos y supuestos desarrollados en el numeral anterior de este concepto, no puede dar lugar a la descalificación de la propuesta. Al respecto, el concepto C-391 del 10 de agosto de 2020 señaló:

En este contexto, se precisan dos (2) aspectos adicionales: i) si el proponente no atiende el requerimiento de la entidad, no es posible rechazar la oferta; y ii) la ampliación de la garantía no es una forma de subsanarla. Es necesario considerar que las causales de rechazo de la oferta se fundamentan directamente en la ley o en el pliego de condiciones, pero en uno y en otro caso guardan relación con defectos, omisiones o circunstancias impeditivas que permitan deducir que la misma no resulta favorable para los intereses de la entidad, en los términos del inciso 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

¹⁴ Al respecto véanse los conceptos C-218 del 2 de abril de 2020 – Radicado de entrada No. 4202013000001740. Radicado de salida No. 2202013000002403–, C-675 del 25 de noviembre de 2020 – Radicado de entrada No. 4202013000009300. Radicado de salida No. 2202013000011706– y C-779 del 18 de enero de 2021 –Radicado de entrada No. P20201201000311. Radicado de salida No. RS20210118000214–.

¹⁵ AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. Concepto C-218 del 2 de abril de 2020. Radicado de entrada No. 4202013000001740. Radicado de salida No. 2202013000002403.



En esta medida, la entidad no puede rechazar la oferta del proponente que rehúsa ampliar la garantía de seriedad frente a la suspensión del procedimiento, ya que este aspecto no incide en la comparación de los económicos y técnicos, y porque la suspensión –como se explicó anteriormente– no es una causa que obligue al proponente a atender el requerimiento de la entidad.

Tratándose de la garantía precontractual, el rechazo de la propuesta procede bajo los siguientes supuestos: i) por no entregarla al cierre del procedimiento de selección y ii) por no subsanar los defectos en su constitución en los términos establecidos en la ley. La primera hipótesis está prevista en el artículo 5, parágrafo 3, de la Ley 1150 de 2007, adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, pues dispone que «La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma». Por su parte, el segundo evento se fundamenta en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, en el sentido que los requisitos habilitantes, [...] pueden solicitarse y aportarse «[...] hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección [...]» so pena de rechazo.

En esta medida, si el proponente entrega la garantía inicial o la subsana oportunamente, no es posible que posteriormente la Administración rechace la oferta de quien no la prorroga en caso de «suspensión» del procedimiento, o de ampliación de una etapa distinta de las previstas en el numeral 1 del artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015, especialmente cuando la entidad debió estimar el plazo razonable para cumplir la obligación prevista en el artículo 2.2.1.2.3.1.9 del Decreto 1082 de 2015, o solicitar oportunamente la ampliación de la cobertura en los términos del artículo 2.2.1.2.3.1.6, numeral 1, *ibidem*, esto es, frente a la prórroga del plazo para adjudicar o suscribir el contrato¹⁶.

De acuerdo con lo expuesto, la garantía de seriedad debe cumplir con el plazo establecido en el artículo 2.2.1.2.3.1.9 del Decreto 1082 de 2015, el cual tiene lugar entre la presentación de la oferta y la aprobación de la garantía de cumplimiento del contrato, y que deberá acotar el proponente teniendo en cuenta el cronograma del proceso de contratación y lo exigido en el pliego de condiciones. Si la garantía presentada por el proponente junto con la oferta no satisface la referida vigencia, la entidad deberá solicitar su subsanación so pena del rechazo de la oferta.

En todo caso, si el proponente presenta su garantía de seriedad atendiendo a la vigencia inicialmente exigida por el pliego de condiciones, o la subsana dentro del término correspondiente, la entidad no podrá rechazar la oferta si el proponente se niega a acoger una solicitud de ampliación de la misma por un plazo superior al término de tres meses, motivada en la prórroga de las etapas previstas en el numeral 1 del artículo

¹⁶ Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Concepto C-391 del 10 de agosto de 2020. Radicado de entrada No. 4202013000004385. Radicado de salida No. 2202013000007273.

2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015. De igual manera, la entidad tampoco podrá rechazar la oferta si el proponente se rehúsa a atender alguna solicitud de ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad sustentada en la prórroga de alguna etapa del proceso de contratación distinta de las previstas en el referido numeral, o fenómenos como la suspensión del proceso de contratación.

3. Respuestas

i) ¿la garantía de seriedad de la oferta debe estar «actualizada» al momento de la audiencia pública de adjudicación de un proceso de contratación?

De conformidad, con el artículo 2.2.1.2.3.1.9 del Decreto 1082 de 2015, la garantía de seriedad de la oferta debe estar vigente desde la presentación de la oferta y hasta la aprobación de la garantía de cumplimiento del contrato, período que abarca la realización de la audiencia efectiva de adjudicación.

ii) En caso de no estar actualizada, ¿constituye ello una causal de rechazo de la oferta o puede ser objeto de subsanación?

En los casos en los que se presente la garantía de seriedad junto con la oferta, dentro del plazo previsto, pero esta no cumple con la vigencia exigida por el pliego de condiciones, de acuerdo con el artículo 2.2.1.2.3.1.9 del Decreto 1082 de 2015, la entidad deberá requerir su subsanación de conformidad con el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, so pena del rechazo de la oferta.

Dicho requerimiento de subsanación debe distinguirse de las solicitudes de ampliación que puede solicitar la entidad contratante a causa de la alteración del cronograma del proceso de contratación, cuya desatención no necesariamente ameritan el rechazo de la oferta. De acuerdo con lo explicado, si el proponente presenta su garantía de seriedad conforme a la vigencia inicialmente exigida, o la subsana dentro del término otorgado, la entidad no podrá rechazar la oferta si el proponente no atiende una solicitud de ampliación de esta por un plazo superior al término de tres meses previsto en el numeral 1 del artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015, motivada en la prórroga de los plazos de adjudicación o de suscripción del contrato. En ese mismo sentido, la entidad tampoco podrá rechazar la oferta si el proponente se niega a atender alguna solicitud de ampliación de la garantía de seriedad motivada en la prórroga de alguna etapa del proceso de contratación distintas de las previstas en el referido numeral, o fenómenos como la suspensión del proceso de contratación.



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

Atentamente,

Original Firmado
Jorge Augusto Tirado Navarro

JORGE AUGUSTO TIRADO NAVARRO
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Elaboró: Alejandro Sarmiento Cantillo
Gestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Sebastián Ramírez Grisales
Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Jorge Augusto Tirado Navarro
Subdirector de Gestión Contractual