

Bogotá D.C., 20 de mayo de 2022



Señores  
**Agencia Nacional de Infraestructura**  
Ciudad

**Referencia:** Licitación Pública No. VJ-VE-APP-IPB-002-2021

**Asunto:** Réplica al escrito de observaciones presentado por la Estructura Plural Autopista Magdalena Medio publicado en el SECOP el 17 de mayo de 2022

**Camilo Ernesto Forero Barrera**, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en calidad de Representante Común de la Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1, cuyos integrantes son las sociedades extranjeras Acciona Concesiones de Infraestructuras S.L. y Cintra Latam Highways B.V., de conformidad con lo establecido en los artículos 24 (numeral 2º) y 30 (numeral 7º) de la Ley 80 de 1993, y encontrándome dentro del término establecido en el numeral 2.3 del Pliego de Condiciones, me dirijo respetuosamente a ustedes para controvertir las observaciones presentadas por la Estructura Plural Autopista Magdalena Medio al Informe Preliminar de Evaluación publicadas en el SECOP el pasado 17 de mayo de 2022 (en adelante el "Escrito de Observaciones").

**1. Observaciones de la Estructura Plural Autopista Magdalena Medio sobre el diligenciamiento del Anexo 19 mediante el cual los oferentes debían realizar el ofrecimiento del Factor de Calidad en los términos de la Sección 5.5 del Pliego de Condiciones**

Manifiesta el observante en su Escrito de Observaciones, que -salvo por su propia oferta- todos los oferentes *"fallaron en ofertar el factor de calidad por <Construcciones de Carriles de Acceso a Estaciones de Pesaje> conforme a lo exigido en el ítem 2 de la Sección 5.5.1 del Pliego de Condiciones y la Sección 5.2.1, numeral 2, del Apéndice Técnico 1"*.

La falla identificada consiste en que el formato prestablecido por la ANI como Anexo 19 en el que los oferentes debían realizar el ofrecimiento del Factor de Calidad no hace referencia a la

“*Construcción de Carriles de Acceso a Estaciones de Pesaje*”, sino a la “*Construcción de Carriles de Acceso a Estaciones de Peaje*”. Al no haber aclarado los demás oferentes que su ofrecimiento era para la construcción de carriles de acceso a estaciones de *Pesaje* y no de *Peaje*, considera el observante que dichos ofrecimientos no pueden ser aceptados.

Manifiesta igualmente el observante que no puede entenderse la falla identificada como un error de la entidad o un yerro tipográfico, pues los oferentes tenían el deber de revisar los anexos y hacer las correcciones que fueran del caso para presentar sus ofrecimientos. Por último, al tratarse de uno de los elementos que otorgan puntaje en el presente proceso de selección, se solicita a la ANI que impida la “*subsanción*” del defecto al recaer el mismo sobre uno de los elementos que otorgan puntaje. Por lo tanto, en palabras del observante “*cualquier modificación o modulación en el ofrecimiento realizado por dichos proponentes significaría la mejora de sus ofertas con posterioridad a la Fecha de Cierre*”.

Como consecuencia de lo anterior, en su Escrito de Observaciones el Representante Común de la Estructura Plural Autopista Magdalena Medio solicita a la ANI que modifique el Informe de Evaluación para que en su lugar no otorgue los 15 puntos correspondientes a este ítem del Factor de Calidad a todos los demás oferentes.

## **2. Asunto que se discute – facultad de los oferentes de aclarar o explicar sus ofertas según se establece en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993**

El observante en su Escrito de Observaciones trae a colación una discusión que en el presente proceso de selección es sumamente importante. Se trata de un tema ampliamente analizado tanto por el Consejo de Estado como por la Agencia Colombiana de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, consistente en la posibilidad de los oferentes de *aclarar* o *explicar* sus propuestas, aun cuando se trate de aspectos que otorgan puntaje.

Según la jurisprudencia y los conceptos a los que se hace referencia más adelante, en virtud de lo establecido en el numeral 7º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, los oferentes tienen el derecho de aclarar o explicar sus ofrecimientos, aun cuando se trate de aspectos que otorgan puntaje. Dicho derecho implica a su vez un deber correlativo de las entidades contratantes de solicitar dichas *aclaraciones* o *explicaciones* con el objetivo de seleccionar la mejor oferta a partir de criterios objetivos y no a partir de factores netamente formales o instrumentales.

La razón por la cual el Consejo de Estado y Colombia Compra Eficiente han concluido los oferentes están plenamente facultados para *aclarar* sus ofrecimientos, es porque dicha facultad no modifica la propuesta original sino que consiste en dilucidar, hacer manifiesto, más perceptible, comprensible o dar a entender de mejor forma una manifestación o un ofrecimiento ya realizado.

Dicho de otra manera, solo se puede *aclarar* o *explicar* lo que ya se dijo, lo que ya se ofreció, lo que ya se manifestó, lo que ya se demostró, pero que por alguna razón -bien de la entidad contratante en la confección de los pliegos de condiciones o del oferente en la elaboración de su ofrecimiento- requiere de aclaración o de precisión.

Más específicamente, en el presente proceso de selección se ha presentado esta discusión en relación con dos anexos preestablecidos por la ANI y las reglas del Pliego de Condiciones para su diligenciamiento. Se trata del Anexo 14 relativo al puntaje por apoyo a la industria nacional y del Anexo 19 relativo al Factor de Calidad.

En los siguientes acápite del presente documento explico los motivos por los cuales en ambos casos resulta de fundamental importancia el criterio del Consejo de Estado y de Colombia Compra Eficiente según el cual la *aclaración* de las propuestas, respecto de aspectos que ya hayan sido incorporados y que por tanto no modifican el ofrecimiento, es ampliamente aceptada aun cuando se trate de aspectos que otorgan puntaje.

### **3. Respuesta a la Observación – La ANI tiene el deber de solicitar a los demás Oferentes la aclaración de sus propuestas y los demás Oferentes tienen el derecho correlativo de presentar las aclaraciones de sus ofrecimientos**

Revisados los documentos de la Propuesta presentada por la Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1, en efecto es posible verificar que a folio 1591 del Sobre No. 1 se encuentra el ofrecimiento del Factor de Calidad según el formato preestablecido del Anexo 19 puesto a disposición por la ANI en el Pliego de Condiciones.

En este caso, la Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1 marcó con una equis (X) los tres ítems que componen dicho Factor de Calidad, así:

De conformidad con lo establecido en el Pliego de Condiciones.

ÍTEM	OFRECIMIENTO
Ofrezco(emos) Rehabilitación de Pasos Poblados de acuerdo con el alcance definido en el numeral 1 del capítulo 5.2.1 Obras Adicionales, del Apéndice Técnico 1.	X
Ofrezco(emos) Construcción de Carriles de Acceso a Estaciones de Peaje de acuerdo con el alcance definido en el numeral 2 del capítulo 5.2.1 Obras Adicionales, del Apéndice Técnico 1.	X
Ofrezco(emos) Grano Caucho Reciclado de acuerdo con el alcance definido en el numeral 3 del capítulo 5.2.1 Obras Adicionales, del Apéndice Técnico 1.	X

NOTA: El Oferente deberá marcar con una (X) el(los) ítem(s) ofertado(s).

(Folio 1591 del Sobre No. 1)

De igual forma, tal como lo señala el observante en su Escrito de Observaciones, en la segunda fila se puede verificar que el texto preestablecido en el formato del Anexo 19 puesto a disposición por la ANI se refiere a la “*Construcción de Carriles de Acceso a Estaciones de Peaje*” y no a la “*Construcción de Carriles de Acceso a Estaciones de Pesaje*”.

Sin embargo, en oposición a lo manifestado por el observante en su Escrito de Observaciones, en el presente caso la ANI no debe descartar los ofrecimientos del Factor de Calidad y retirar los 15 puntos a los Oferentes que hayan mantenido el formato del Anexo 19 sin aclaraciones.

Según lo establecido en el numeral 7º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, en el presente caso la entidad contratante tiene el deber de solicitar a todos los Oferentes, cuyos ofrecimientos no son claros, en si ofrecieron la construcción de carriles de acceso a estaciones de *peaje* o *pesaje*, que aclaren si sus ofrecimientos corresponden a la “*Construcción de Carriles de Acceso a Estaciones de Pesaje*” tal como se establece en la Sección 5.5 del Pliego de Condiciones y el Capítulo 5.2.1 del Apéndice Técnico 1. Más aún cuando la inconsistencia en el ofrecimiento es el resultado de un yerro en el formato preestablecido y puesto a disposición por la ANI en los Pliegos de Condiciones.

A continuación el texto de la norma referida:

*ARTÍCULO 30. DE LA ESTRUCTURA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN.  
La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas:*

(...)

7. *De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables*". (Resaltado fuera del texto original)

De conformidad con el texto de dicha norma y en aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre lo formal, desde tiempo atrás tanto el Consejo de Estado como la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente han establecido que, en casos como éste, debe prevalecer el interés de la entidad de seleccionar la mejor oferta a partir de criterios objetivos y no el derecho formal cuya función es meramente instrumental.

Como consecuencia de lo anterior, en este caso la entidad debe solicitar las *aclaraciones* a los Oferentes aun cuando se trate de un aspecto de las Ofertas que otorga puntaje, sin que por ello se entienda que se están *subsanando, modificando, sustituyendo o mejorando* los ofrecimientos ya realizados.

La conclusión del observante según la cual la ANI debe descartar los ofrecimientos del Factor de Calidad y retirar los 15 puntos a los Oferentes que hayan mantenido el formato del Anexo 19 sin aclaraciones, es un argumento netamente formalista que desconoce abiertamente los principios que rigen la actividad contractual del Estado.

3.1 Jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el deber de las entidades contratantes de solicitar las *aclaraciones* que correspondan a los oferentes y la distinción entre *aclarar* y *subsanar*

Aunque el observante pretenda hacer creer en su Escrito de Observaciones que las eventuales aclaraciones que solicite la ANI o que alleguen los Oferentes respecto de los ofrecimientos del Factor de Calidad supondrían una *subsanación* de sus ofrecimientos que desconoce lo establecido en el párrafo 1° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 o una *modificación* o *mejoramiento* de dichos ofrecimientos, desde tiempo atrás el Consejo de Estado ha distinguido entre la posibilidad de *aclarar* las propuestas según se establece en el numeral 7° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y la posibilidad de *subsanación, modificación* o *mejoramiento*.

A continuación me permito transcribir algunos apartes de una providencia de fecha 26 de febrero de 2014 en los que se explica de forma clara e inequívoca lo anterior, e incluso se establece que en virtud de dicho principio es jurídicamente viable que se aporten documentos que no estaban en la oferta siempre que los mismos no le agreguen nada a lo propuesto, en el sentido de que dichos documentos tengan por finalidad *explicar* o *aclarar* el ofrecimiento ya realizado:

Conforme al art. 30.7 las entidades deben garantizar el derecho que tienen los oferentes de <aclarar> los aspectos confusos de sus propuestas, facultad que le permitirá a la entidad definir su adecuación o no al pliego. Esta figura constituye una oportunidad propia del proceso de <evaluación> de las ofertas -que se diferencia de la <subsanaibilidad>-, pues no parte del supuesto de la ausencia de requisitos de la oferta – los que hay que subsanar-, sino de la presencia de inconsistencias o falta de claridad en la oferta, así que el requisito que el pliego exige aparentemente lo cumple la propuesta, pero la entidad duda si efectivamente es así.

De esta manera, <aclarar> o <explicar> es diferente a subsanar, pues aquellas acciones no presumen agregar a la oferta requisitos omitidos, luego solicitados por la entidad; la idea inicial más fuerte de su significado es hacer manifiesto, más perceptible, comprensible o dar a entender las causas de lo que sí se encuentra en la oferta, es decir, no se trata de agregar algo a lo propuesto, sino de dar a entender lo que contiene.

(...) lo anterior no obsta para que con esa misma finalidad –aclarar, explicar- se aporten documentos que no estaban en la oferta, siempre que no le agregan nada a lo propuesto, en el sentido de que no se adicione un requisito del pliego que se incumplió, sino que tiene por finalidad explicarlo o aclararlo .

Aunque los conceptos de <aclarar> y <explicar> son independientes, en significado y alcance durante el proceso de selección, de la posibilidad de <subsanaibilidad> la oferta, todos persiguen una finalidad coincidente, contribuyen a adecuar las ofertas a los pliegos de condiciones, ya sea: i) para remediar un defecto, por incumplimiento de un requisito sustancial del pliego –<subsanaibilidad>-, o ii) para hacer más perceptible o claro el ofrecimiento hecho, dilucidando un aspecto dudoso o definiendo las incoherencias – <aclarar o explicar>-.

En relación con lo último, no puede olvidarse que las <propuestas>, como textos que son, están sujetas a interpretación, son objeto de una hermenéutica, de un entendimiento de su alcance y contenido, como sucede con el pliego de condiciones y, en general, con cualquier documento que contiene un mensaje, un dato o una información. Entre otras cosas, la hermenéutica, es decir la interpretación, ni siquiera es exclusiva o privilegio de los textos, y entre ellos ni siquiera de los jurídicos.

De ahí que no sea extraño, sino apenas natural, que también la oferta para un negocio jurídico, en un proceso de contratación estatal, requiere entenderse y concretar su alcance. Por esta razón, es justificable que: i) la administración intente comprenderlas, para valorarlas; y que ii) del lado de los oferentes exista la oportunidad de ofrecer aclaraciones

*o explicaciones para entenderlas, cuando su lectura es compleja*<sup>1</sup>. (Resaltado fuera del texto original)

De igual forma, en providencia de fecha 12 de noviembre de 2014 el Consejo de Estado reiteró las distinciones entre “aclarar” y “subsananar” que erróneamente confunde el observante en su Escrito de Observaciones. A continuación los apartes relevantes de la referida providencia y en los que también se reitera que, siempre que se trate de *aclaraciones* o *explicaciones*, es viable aportar documentos que no estaban en la oferta y que no agreguen nada distinto a lo ya ofrecido:

*Conforme al art. 30.7 las entidades deben garantizar el derecho que tienen los oferentes de aclarar los aspectos confusos de sus propuestas, facultad que le permitirá a la entidad definir su adecuación o no al pliego. Esta figura constituye una oportunidad propia del proceso de <evaluación> de las ofertas -que se diferencia de la <subsananabilidad>-, pues no parte del supuesto de la ausencia de requisitos de la oferta –los que hay que subsananar-, sino de la presencia de inconsistencias o falta de claridad en la oferta, **así que el requisito que el pliego exige aparentemente lo cumple la propuesta, pero la entidad duda si efectivamente es así.** En otras palabras, no se trata de la “ausencia de requisitos o falta de documentos” -a que se refiere el artículo 25.15 de la Ley 80, y que reitera el párrafo del artículo 5 de la Ley 1150-; sino de la posibilidad de <aclarar> o <explicar> lo que existe en la propuesta.*

*En consecuencia, hay que diferenciar el régimen jurídico de <subsananabilidad> de las ofertas, del régimen de las <aclaraciones> o <explicaciones> de las mismas, pues son actuaciones con significado distinto, incluso se apoyan en disposiciones diferentes de la Ley 80: i) la <subsananabilidad> en el art. 25.15 original, hoy en el párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y ii) las <aclaraciones> y <explicaciones> en el art. 30.7 de la Ley 80.*

(...)

*Como se observa, **<subsananar>**, unido al artículo 25.15, reiterado por el párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150, **implica reparar un defecto de la propuesta**, con mayor precisión la omisión de algún requisito, ya que la norma se refiere a la “la ausencia de requisitos o la falta de documentos” que afecten el futuro contrato o las calidades del proponente, siempre y cuando no incidan sobre la comparación de las ofertas pueden ser reparados o*

---

<sup>1</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de fecha 3 de junio de 2015. Rad No. 05001-23-31-000-1995-00613-01 (31211). C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz.

*subsanaados, es decir, que ello implica adicionar un documento o requisito que la propuesta no tiene.*

*<Aclarar> o <explicar> es diferente. El supuesto de partida no presume agregar a la oferta requisitos omitidos, luego solicitados por la entidad; la idea inicial más fuerte de su significado es hacer manifiesto, más perceptible, comprensible o dar a entender las causas de lo que sí se encuentra en la oferta, es decir, no se trata de agregar algo a lo propuesto, sino de dar a entender lo que contiene.*

*Sin embargo, lo anterior no obsta para que con esa misma finalidad –aclarar, explicar- se aporten documentos que no estaban en la oferta, siempre que no le agregan nada a lo propuesto, en el sentido de que no se adicione un requisito del pliego que se incumplió, sino que tiene por finalidad explicarlo o aclararlo<sup>2</sup>. (Resaltado fuera del texto original)*

Más recientemente, en providencia del 3 de junio de 2015 el Consejo de Estado además de reiterar las diferencias arriba esbozadas entre *aclarar* y *subsanaar*, confirmó que -a diferencia de la subsanación que está prohibida para aspectos puntuables de las ofertas- las *aclaraciones* o *explicaciones* se admiten incluso respecto de requisitos que afectan la comparación de las ofertas y/o inciden en la asignación del puntaje como ocurre en el presente proceso de selección. A continuación los apartes más relevantes de la referida decisión:

*Conforme al art. 30.7 las entidades deben garantizar el derecho que tienen los oferentes de <aclarar> los aspectos confusos de sus propuestas, facultad que le permitirá a la entidad definir su adecuación o no al pliego. Esta figura constituye una oportunidad propia del proceso de <evaluación> de las ofertas -que se diferencia de la <subsanaabilidad>-, pues no parte del supuesto de la ausencia de requisitos de la oferta – los que hay que subsanaar-, sino de la presencia de inconsistencias o falta de claridad en la oferta, así que el requisito que el pliego exige aparentemente lo cumple la propuesta, pero la entidad duda si efectivamente es así.*

*De esta manera, <aclarar> o <explicar> es diferente a <subsanaar>, pues aquellas acciones no presumen agregar a la oferta requisitos omitidos, luego solicitados por la entidad; la idea inicial más fuerte de su significado es hacer manifiesto, más perceptible,*

---

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de fecha 12 de noviembre de 2014. Rad No. 25000-23-26-000-1996-12809-01 (27.986). C.P. Enrique Gil Botero.

*comprensible o dar a entender las causas de lo que sí se encuentra en la oferta, es decir, no se trata de agregar algo a lo propuesto, sino de dar a entender lo que contiene.*

(...)

*En todo caso, se insiste en que <subsananar> no es lo mismo que aclarar o explicar, aunque en ocasiones aquél se use como consecuencia de las explicaciones dadas. La importancia de diferenciarlos radica en que la <aclaración> o <explicación> se admite, incluso, sobre requisitos que afectan la comparación de las ofertas y/o inciden en la asignación del puntaje; se repite, siempre y cuando se trate de inconsistencias o falta de claridad, porque allí no se modifica el ofrecimiento, simplemente se aclara, es decir, se trata de hacer manifiesto lo que ya existe –sólo que es contradictorio o confuso–, se busca sacar a la luz lo que parece oscuro, no de subsanar algo, pues el requisito que admite ser aclarado tiene que estar incluido en la oferta, solo que la entidad tiene dudas sobre su alcance, contenido o acreditación, porque de la oferta se pueden inferir entendimientos diferentes<sup>3</sup>. (Resaltado fuera del texto original)*

Es precisamente en virtud de los precedentes jurisprudenciales mencionados que en respuesta al Informe Preliminar de Evaluación publicado por la ANI en el SECOP el pasado 9 de mayo de 2022, la Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1 *aclaró* su ofrecimiento reiterando que los documentos visibles a 1593 a 1602-L del Sobre No. 1 constituyen su manifestación inequívoca de acogerse al derecho al trato nacional y a la regla de origen prevista en el Tratado de Libre Comercio suscrito entre Colombia y la Unión Europea.

Se trata, tanto en este caso (el del Factor de Calidad) como en el mencionado (el del trato nacional), de una *aclaración* o *explicación* de un aspecto de la propuesta que fue debidamente incorporado en el ofrecimiento original y no de una *subsananación*, *modificación*, *complementación*, *adición* o *mejoramiento* de la propuesta, pues la *aclaración* no incorpora nada distinto a lo ya ofrecido.

3.2 Conceptos de la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente sobre el deber de las entidades contratantes de solicitar las *aclaraciones* que correspondan a los oferentes y la distinción entre *aclarar* y *subsananar*

En aplicación de los precedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado mencionados en el numeral 3.1 anterior, la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente ha

---

<sup>3</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de fecha 3 de junio de 2015. Rad No. 05001-23-31-000-1995-00613-01 (31211). C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz.

rendido decenas de conceptos en los que reconoce el deber de las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de solicitar las *aclaraciones* que correspondan para garantizar la selección objetiva de la mejor propuesta y el derecho correlativo de los oferentes de *aclarar* sus ofrecimientos ya realizados.

A continuación haré mención de algunos de estos conceptos que confirman el error en el que incurre el observante en su Escrito de Observaciones al hacer creer que las eventuales *aclaraciones* que solicite la ANI o que alleguen los Oferentes respecto de los ofrecimientos del Factor de Calidad suponen una *subsanción* de sus ofrecimientos que desconoce lo establecido en el parágrafo 1° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 o una *modificación* o *mejoramiento* de dichos ofrecimientos.

(a) Concepto de fecha 21 de mayo de 2020 con Rad No. 2202013000004018

En un reciente concepto de fecha 21 de mayo de 2020, respecto de las diferencias entre *aclarar* y *subsanciar* que hemos explicado, Colombia Compra Eficiente estableció lo siguiente:

*Efectuada la evaluación de las propuestas por la entidad estatal contratante, los oferentes tendrán derecho, en el término legalmente establecido, a presentar observaciones al informe contentivo de la misma. No obstante a los proponentes se les prohíbe, en ejercicio de ese derecho, completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas . Esa prohibición se denomina como regla de inalterabilidad de la propuesta, cuyo propósito no es otro que garantizar los principios de transparencia e igualdad de los proponentes.*

(...)

*Así las cosas, es plausible la diferencia entre subsanciar y aclarar, dado que el primero de los términos se refiere a la posibilidad de adicionar, completar o corregir la propuesta respecto de uno o algunos de los requisitos habilitantes, que por demás no otorgan puntaje a la oferta, mientras que el segundo guarda relación con aspectos confusos de la propuesta ya sea respecto de requisitos habilitantes o de requisitos que otorgan puntaje inclusive.*

*En virtud de lo anterior, en el evento en que la entidad estatal, con ocasión de la elaboración del informe de evaluación de las propuestas o de las observaciones presentadas por los proponentes al mismo, identifique en una propuesta aspectos que no sean claros o generen dudas, podrán requerir al proponente para que haga la aclaración correspondiente.*

*Presentada la aclaración por parte del oferente, la entidad estatal, en ejercicio de su autonomía y como directora del proceso de contratación, analizará y valorará los*

*argumentos del proponente, para establecer si efectivamente se trata de una aclaración o si en realidad comporta una adición, modificación o mejora sustancial de la propuesta; hecho este que acarreará el rechazo de la misma.*

**En conclusión, habida consideración del principio de prevalencia de lo sustancial sobre la forma, podrán aclararse aspectos puramente formales de las propuestas, inclusive aquellos que otorgan puntaje, siempre y cuando ese hecho no conlleven una adición, modificación o mejora sustancial de la oferta.** (Resaltado fuera del texto original)

(b) Concepto de fecha 5 de febrero de 2020 con Rad No. 2202013000000719

Por su parte, en un caso muy similar al que nos ocupa en el presente caso, en concepto de fecha 5 de febrero de 2020 Colombia Compra Eficiente estableció que si los formatos prestablecidos por la entidad contratante ofrecen dudas o inconsistencias susceptibles de ser *aclaradas* por los oferentes, es deber de la entidad estatal solicitar dichas *aclaraciones* siempre que no se modifique el ofrecimiento ya realizado:

*Por ende, este anexo debe ser tenido en cuenta por los proponentes para configurar su oferta económica, que debe presentarse en el «Formulario 1 - Formulario de Presupuesto Oficial», y si la entidad observa que existen diferencias entre lo señalado en el «Anexo 1 – Anexo Técnico» y lo ofrecido por el proponente, y ello le genera dudas, debe valorar si es una inconsistencia susceptible de aclaración o si implicaría una modificación de la oferta. En el primer evento, cuando producto de la aclaración no existe duda del ofrecimiento, la entidad puede rechazar la propuesta por no ofrecer lo que se requiere para la satisfacción de la necesidad de la entidad, verificando las causales de rechazo de los Documentos Tipo, contenidas en el numeral 1.15 del «Documento Base», para determinar cuál de estas se configura. Si la aclaración conlleva la modificación de la oferta económica, esto no es posible, ni tampoco corresponde con una subsanación, que en todo caso no es posible al tratarla como un requisito que otorga puntaje –parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007–, y en consecuencia también es viable el rechazo de la oferta revisando la causal aplicable al caso concreto.* (Resaltado fuera del texto original)

(c) Concepto de fecha 13 de diciembre de 2019 con Rad No. 2201913000009225

De igual forma, en concepto de fecha 13 de diciembre de 2019 Colombia Compra Eficiente admitió expresamente la posibilidad de un oferente de allegar un certificado de existencia y representación legal actualizado para el otorgamiento de puntaje por apoyo a la industria nacional en un caso

similar al de la Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1 al que hice referencia en párrafos anteriores.

En aquel caso (el del trato nacional de la Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1), la ANI equivocadamente se abstiene de otorgar los 100 puntos a un Oferente Extranjero con derecho a trato nacional por no haber manifestado su intención de acogerse al Acuerdo Comercial correspondiente y a la regla de origen en él contenida a través del formato preestablecido por la entidad pública para tal efecto.

En oposición a dicho criterio, Colombia Compra Eficiente reconoce la posibilidad de que, incluso tratándose de un aspecto de la oferta que otorga puntaje como lo es el apoyo a la industria nacional, los oferentes hagan llegar los documentos necesarios para *aclarar* sus ofrecimientos. A continuación los apartes relevantes:

*Conforme a lo anterior, para que se otorgue el puntaje referido a servicios nacionales se requiere que el proponente aporte, junto con su oferta, la cédula de ciudadanía del proponente, la visa de residencia que le permite la ejecución del objeto contractual o el certificado de existencia y representación legal emitido por las Cámaras de Comercio.*

*Debido a que el sentido original de la Ley 1150 de 2007 es que se puede subsanar todo lo que no otorga puntaje, en este caso no será posible subsanar la cédula de ciudadanía o el certificado de existencia y representación legal para otorgar el puntaje de industria nacional. Lo anterior porque la subsanabilidad sólo procede frente los requisitos que no otorgan puntaje y el apoyo a la industria nacional sí lo otorga, y en este sentido, no será posible subsanarlo.*

*Ahora bien, es diferente el evento en que sí se aporta el certificado de existencia y representación, pero con una vigencia superior a 30 días a la fecha del cierre del proceso, es decir, se aporta el documento pero no actualizado.*

***En este caso, es decir, el certificado de existencia y representación legal sí fue aportado, pero está incompleta la información o desactualizada, entonces será posible aportarlo, en virtud de la facultad que tienen los oferentes de “aclarar” aspectos de sus propuestas, aun frente aspectos que otorgan puntaje.***

*El párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, establece la subsanabilidad de requisitos o documentos no necesarios para la comparación de las propuestas, es decir, los que no afectan la asignación de puntaje.*

Sin embargo, la jurisprudencia del Consejo de Estado, al interpretar el párrafo citado, y antes de la modificación introducida por la Ley 1882 de 2018, en concordancia con el numeral 7 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, y con el fin de garantizar el derecho que tienen los oferentes de aclarar aspectos de sus propuestas, interpretó que existe diferencia entre “subsana” y “aclarar.” El primero se predica de la oportunidad que tienen los proponentes de aportar un requisito que no otorga puntaje y no fue aportado con la propuesta inicial; el segundo por su parte, se refiere a aspectos confusos, contradictorios o que generan duda con relación a los requisitos y documentos que se encuentran en la propuesta, incluidos aquellos que otorgan puntaje.

(...)

En este caso, si el certificado de existencia y representación legal tiene más de 30 días de expedición a la fecha del cierre o entrega de la oferta, la entidad debe requerir al proponente para que lo aporte actualizado, en virtud de la facultad que tienen los proponentes de aclarar las inconsistencias o la falta de claridad frente a los documentos aportados con la oferta. Lo anterior, toda vez que no se modifica el ofrecimiento, simplemente se aclara, es decir, se trata de hacer manifiesto lo que ya existe. Por lo tanto, la entidad tiene el deber de solicitarle al proponente que aclare los documentos aportados, como la copia de la cédula de ciudadanía a una sola cara o el certificado de existencia y representación con más de treinta (30) días de vigencia después del cierre de proceso, y una vez aportados se otorgará el puntaje, porque de esta forma la entidad aclara sus dudas sobre el alcance, contenido o acreditación del documento aportado con la oferta.

Cuestión diferente es que el proponente no allegue el certificado de existencia y representación, caso en el cual, para efectos del puntaje que se otorga por apoyo a la industria nacional, no será posible subsana el defecto, y la consecuencia será la no asignación del puntaje correspondiente.

Por ello, si el proponente en su oferta aporta el certificado de existencia y representación legal con una vigencia mayor de treinta días después del cierre, será posible solicitarle al proponente que aclare los documentos aportados, y en este sentido, sea verificado el requisito para obtener el puntaje de industria nacional. Lo anterior, toda vez que, la aclaración sobre los requisitos que afectan la comparación de las ofertas no incide en la asignación del puntaje, ya que se contaba con el documento al momento de presentar la oferta. (Resaltado fuera del texto original)

Es precisamente en virtud de dichos conceptos de Colombia Compra Eficiente que en la respuesta al Informe Preliminar de Evaluación publicado por la ANI en el SECOP el pasado 9 de mayo de

2022 la Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1 *aclaró* su ofrecimiento de acogerse al trato nacional y a la regla de origen prevista en el Tratado de Libre Comercio reiterando dicha manifestación en el formato preestablecido por la ANI para tal efecto. El documento aportado busca precisamente *aclarar* o *explicar* un aspecto de la propuesta que fue debidamente incorporado en el ofrecimiento original (folios 1593 a 1602-L del Sobre No. 1) y no de una *subsanción*, *modificación*, *complementación*, *adición* o *mejoramiento* de la propuesta, pues la *aclaración* no incorpora nada distinto a lo ya ofrecido.

(d) Otros conceptos de Colombia Compra Eficiente

Además de los conceptos referidos en los literales (a), (b) y (c) anteriores, Colombia Compra Eficiente ha reiterado su posición en virtud de la cual las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública tienen el deber de solicitar las *aclaraciones* que correspondan para garantizar la selección objetiva de la mejor propuesta y el derecho correlativo de los oferentes de *aclarar* sus ofrecimientos ya realizados.

A continuación el listado de algunos de ellos y que pueden ser consultados por la ANI de ser necesario:

- (i) Concepto de fecha 12 de septiembre de 2019 con Rad No. 2201913000006773
- (ii) Concepto de fecha 13 de septiembre de 2019 con Rad No. 2201913000006805
- (iii) Concepto de fecha 10 de octubre de 2019 con Rad No. 2201913000007582
- (iv) Concepto de fecha 26 de noviembre de 2019 con Rad No. 2201913000008762

#### **4. Conclusión**

Según lo establecido en el numeral 7º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y de conformidad con los criterios adoptados por el Consejo de Estado y Colombia Compra Eficiente sobre la materia, es claro que yerra el observante en su Escrito de Observaciones al considerar que, por ser el Factor de Calidad uno de los elementos que otorgan puntaje en el presente proceso de selección, la ANI se encuentra impedida para solicitar la *“subsanción”* del defecto identificado y que *“cualquier modificación o modulación en el ofrecimiento realizado por dichos proponentes significaría la mejora de sus ofertas con posterioridad a la Fecha de Cierre”*.

Es evidente que todos los Oferentes hicieron el ofrecimiento para la construcción de los carriles de *pesaje* utilizando el formato preestablecido por la ANI. Pero si hubiere dudas por parte de la ANI y fuere necesario aclararlas, la ANI tiene el deber de solicitar, y los Oferentes el derecho correlativo

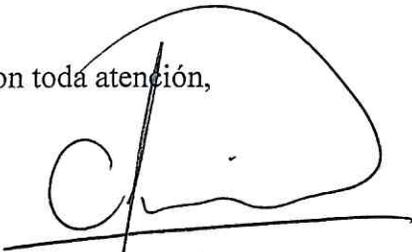
de presentar las aclaraciones y/o explicaciones del caso, incluso mediante la presentación del Anexo 19 con la aclaración correspondiente.

Por lo anterior, y en oposición a lo manifestado por el observante en su Escrito de Observaciones, en el presente caso la ANI no debe descartar los ofrecimientos del Factor de Calidad y retirar los 15 puntos a los Oferentes que hayan mantenido el formato del Anexo 19 sin aclaraciones.

## 5. Solicitud

De conformidad con las consideraciones anteriormente expuestas, respetuosamente solicito a la ANI que rechace la solicitud contenida en el numeral 2º del Escrito de Observaciones o que -en caso de albergar alguna duda- solicite a todos los Oferentes que participaron en el proceso de Licitación Pública No. VJ-VE-APP-IPB-002-2021 que aclaren sus ofrecimientos de “*Construcción de Carriles de Acceso a Estaciones de Pesaje*” mediante la presentación del Anexo 19 con la aclaración correspondiente.

Con toda atención,



**Camilo Ernesto Forero Barrera**  
Representante Común  
Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1

Bogotá D.C., 20 de mayo de 2022



Señores  
**Agencia Nacional de Infraestructura**  
Ciudad

**Referencia:** Licitación Pública No. VJ-VE-APP-IPB-002-2021

**Asunto:** Réplica al escrito de observaciones presentado por la Estructura Plural Autopista Magdalena Medio publicado en el SECOP el 17 de mayo de 2022

**Camilo Ernesto Forero Barrera**, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en calidad de Representante Común de la Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1, cuyos integrantes son las sociedades extranjeras Acciona Concesiones de Infraestructuras S.L. y Cintra Latam Highways B.V., de conformidad con lo establecido en los artículos 24 (numeral 2º) y 30 (numeral 7º) de la Ley 80 de 1993, y encontrándome dentro del término establecido en el numeral 2.3 del Pliego de Condiciones, me dirijo respetuosamente a ustedes para controvertir las observaciones presentadas por la Estructura Plural Autopista Magdalena Medio al Informe Preliminar de Evaluación publicadas en el SECOP el pasado 17 de mayo de 2022 (en adelante el "**Escrito de Observaciones**").

**1. Observaciones de la Estructura Plural Autopista Magdalena Medio sobre el diligenciamiento del Anexo 19 mediante el cual los oferentes debían realizar el ofrecimiento del Factor de Calidad en los términos de la Sección 5.5 del Pliego de Condiciones**

Manifiesta el observante en su Escrito de Observaciones, que -salvo por su propia oferta- todos los oferentes "*fallaron en ofertar el factor de calidad por <Construcciones de Carriles de Acceso a Estaciones de Pesaje> conforme a lo exigido en el ítem 2 de la Sección 5.5.1 del Pliego de Condiciones y la Sección 5.2.1, numeral 2, del Apéndice Técnico 1*".

La falla identificada consiste en que el formato prestablecido por la ANI como Anexo 19 en el que los oferentes debían realizar el ofrecimiento del Factor de Calidad no hace referencia a la

“*Construcción de Carriles de Acceso a Estaciones de Pesaje”*, sino a la “*Construcción de Carriles de Acceso a Estaciones de Peaje”*. Al no haber aclarado los demás oferentes que su ofrecimiento era para la construcción de carriles de acceso a estaciones de *Pesaje* y no de *Peaje*, considera el observante que dichos ofrecimientos no pueden ser aceptados.

Manifiesta igualmente el observante que no puede entenderse la falla identificada como un error de la entidad o un yerro tipográfico, pues los oferentes tenían el deber de revisar los anexos y hacer las correcciones que fueran del caso para presentar sus ofrecimientos. Por último, al tratarse de uno de los elementos que otorgan puntaje en el presente proceso de selección, se solicita a la ANI que impida la “*subsanción*” del defecto al recaer el mismo sobre uno de los elementos que otorgan puntaje. Por lo tanto, en palabras del observante “*cualquier modificación o modulación en el ofrecimiento realizado por dichos proponentes significaría la mejora de sus ofertas con posterioridad a la Fecha de Cierre*”.

Como consecuencia de lo anterior, en su Escrito de Observaciones el Representante Común de la Estructura Plural Autopista Magdalena Medio solicita a la ANI que modifique el Informe de Evaluación para que en su lugar no otorgue los 15 puntos correspondientes a este ítem del Factor de Calidad a todos los demás oferentes.

## **2. Asunto que se discute – facultad de los oferentes de aclarar o explicar sus ofertas según se establece en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993**

El observante en su Escrito de Observaciones trae a colación una discusión que en el presente proceso de selección es sumamente importante. Se trata de un tema ampliamente analizado tanto por el Consejo de Estado como por la Agencia Colombiana de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, consistente en la posibilidad de los oferentes de *aclarar* o *explicar* sus propuestas, aun cuando se trate de aspectos que otorgan puntaje.

Según la jurisprudencia y los conceptos a los que se hace referencia más adelante, en virtud de lo establecido en el numeral 7° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, los oferentes tienen el derecho de aclarar o explicar sus ofrecimientos, aun cuando se trate de aspectos que otorgan puntaje. Dicho derecho implica a su vez un deber correlativo de las entidades contratantes de solicitar dichas *aclaraciones* o *explicaciones* con el objetivo de seleccionar la mejor oferta a partir de criterios objetivos y no a partir de factores netamente formales o instrumentales.

La razón por la cual el Consejo de Estado y Colombia Compra Eficiente han concluido los oferentes están plenamente facultados para *aclarar* sus ofrecimientos, es porque dicha facultad no modifica la propuesta original sino que consiste en dilucidar, hacer manifiesto, más perceptible, comprensible o dar a entender de mejor forma una manifestación o un ofrecimiento ya realizado.

Dicho de otra manera, solo se puede *aclarar* o *explicar* lo que ya se dijo, lo que ya se ofreció, lo que ya se manifestó, lo que ya se demostró, pero que por alguna razón -bien de la entidad contratante en la confección de los pliegos de condiciones o del oferente en la elaboración de su ofrecimiento- requiere de aclaración o de precisión.

Más específicamente, en el presente proceso de selección se ha presentado esta discusión en relación con dos anexos preestablecidos por la ANI y las reglas del Pliego de Condiciones para su diligenciamiento. Se trata del Anexo 14 relativo al puntaje por apoyo a la industria nacional y del Anexo 19 relativo al Factor de Calidad.

En los siguientes acápite del presente documento explico los motivos por los cuales en ambos casos resulta de fundamental importancia el criterio del Consejo de Estado y de Colombia Compra Eficiente según el cual la *aclaración* de las propuestas, respecto de aspectos que ya hayan sido incorporados y que por tanto no modifican el ofrecimiento, es ampliamente aceptada aun cuando se trate de aspectos que otorgan puntaje.

**3. Respuesta a la Observación – La ANI tiene el deber de solicitar a los demás Oferentes la aclaración de sus propuestas y los demás Oferentes tienen el derecho correlativo de presentar las aclaraciones de sus ofrecimientos**

Revisados los documentos de la Propuesta presentada por la Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1, en efecto es posible verificar que a folio 1591 del Sobre No. 1 se encuentra el ofrecimiento del Factor de Calidad según el formato preestablecido del Anexo 19 puesto a disposición por la ANI en el Pliego de Condiciones.

En este caso, la Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1 marcó con una equis (X) los tres ítems que componen dicho Factor de Calidad, así:

De conformidad con lo establecido en el Pliego de Condiciones.

ÍTEM	OFRECIMIENTO
Ofrezco(emos) Rehabilitación de Pasos Poblados de acuerdo con el alcance definido en el numeral 1 del capítulo 5.2.1 Obras Adicionales, del Apéndice Técnico 1.	X
Ofrezco(emos) Construcción de Carriles de Acceso a Estaciones de Peaje de acuerdo con el alcance definido en el numeral 2 del capítulo 5.2.1 Obras Adicionales, del Apéndice Técnico 1.	X
Ofrezco(emos) Grano Caucho Reciclado de acuerdo con el alcance definido en el numeral 3 del capítulo 5.2.1 Obras Adicionales, del Apéndice Técnico 1.	X

NOTA: El Oferente deberá marcar con una (X) el(los) ítem(s) ofertado(s).

(Folio 1591 del Sobre No. 1)

De igual forma, tal como lo señala el observante en su Escrito de Observaciones, en la segunda fila se puede verificar que el texto preestablecido en el formato del Anexo 19 puesto a disposición por la ANI se refiere a la “*Construcción de Carriles de Acceso a Estaciones de Peaje*” y no a la “*Construcción de Carriles de Acceso a Estaciones de Pesaje*”.

Sin embargo, en oposición a lo manifestado por el observante en su Escrito de Observaciones, en el presente caso la ANI no debe descartar los ofrecimientos del Factor de Calidad y retirar los 15 puntos a los Oferentes que hayan mantenido el formato del Anexo 19 sin aclaraciones.

Según lo establecido en el numeral 7° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, en el presente caso la entidad contratante tiene el deber de solicitar a todos los Oferentes, cuyos ofrecimientos no son claros, en si ofrecieron la construcción de carriles de acceso a estaciones de *peaje* o *pesaje*, que aclaren si sus ofrecimientos corresponden a la “*Construcción de Carriles de Acceso a Estaciones de Pesaje*” tal como se establece en la Sección 5.5 del Pliego de Condiciones y el Capítulo 5.2.1 del Apéndice Técnico 1. Más aún cuando la inconsistencia en el ofrecimiento es el resultado de un yerro en el formato preestablecido y puesto a disposición por la ANI en los Pliegos de Condiciones.

A continuación el texto de la norma referida:

*ARTÍCULO 30. DE LA ESTRUCTURA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN.  
La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas:*

(...)

7. De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables". (Resaltado fuera del texto original)

De conformidad con el texto de dicha norma y en aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre lo formal, desde tiempo atrás tanto el Consejo de Estado como la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente han establecido que, en casos como éste, debe prevalecer el interés de la entidad de seleccionar la mejor oferta a partir de criterios objetivos y no el derecho formal cuya función es meramente instrumental.

Como consecuencia de lo anterior, en este caso la entidad debe solicitar las *aclaraciones* a los Oferentes aun cuando se trate de un aspecto de las Ofertas que otorga puntaje, sin que por ello se entienda que se están *subsannando, modificando, sustituyendo o mejorando* los ofrecimientos ya realizados.

La conclusión del observante según la cual la ANI debe descartar los ofrecimientos del Factor de Calidad y retirar los 15 puntos a los Oferentes que hayan mantenido el formato del Anexo 19 sin aclaraciones, es un argumento netamente formalista que desconoce abiertamente los principios que rigen la actividad contractual del Estado.

3.1 Jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el deber de las entidades contratantes de solicitar las *aclaraciones* que correspondan a los oferentes y la distinción entre *aclarar* y *subsannar*

Aunque el observante pretenda hacer creer en su Escrito de Observaciones que las eventuales aclaraciones que solicite la ANI o que alleguen los Oferentes respecto de los ofrecimientos del Factor de Calidad supondrían una *subsannación* de sus ofrecimientos que desconoce lo establecido en el parágrafo 1° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 o una *modificación* o *mejoramiento* de dichos ofrecimientos, desde tiempo atrás el Consejo de Estado ha distinguido entre la posibilidad de *aclarar* las propuestas según se establece en el numeral 7° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y la posibilidad de *subsannación, modificación* o *mejoramiento*.

A continuación me permito transcribir algunos apartes de una providencia de fecha 26 de febrero de 2014 en los que se explica de forma clara e inequívoca lo anterior, e incluso se establece que en virtud de dicho principio es jurídicamente viable que se aporten documentos que no estaban en la oferta siempre que los mismos no le agreguen nada a lo propuesto, en el sentido de que dichos documentos tengan por finalidad *explicar* o *aclarar* el ofrecimiento ya realizado:

*Conforme al art. 30.7 las entidades deben garantizar el derecho que tienen los oferentes de <aclarar> los aspectos confusos de sus propuestas, facultad que le permitirá a la entidad definir su adecuación o no al pliego. Esta figura constituye una oportunidad propia del proceso de <evaluación> de las ofertas -que se diferencia de la <subsanaibilidad>-, pues no parte del supuesto de la ausencia de requisitos de la oferta – los que hay que subsanar-, sino de la presencia de inconsistencias o falta de claridad en la oferta, así que el requisito que el pliego exige aparentemente lo cumple la propuesta, pero la entidad duda si efectivamente es así.*

*De esta manera, **<aclarar> o <explicar> es diferente a subsanar, pues aquellas acciones no presumen agregar a la oferta requisitos omitidos, luego solicitados por la entidad; la idea inicial más fuerte de su significado es hacer manifiesto, más perceptible, comprensible o dar a entender las causas de lo que sí se encuentra en la oferta, es decir, no se trata de agregar algo a lo propuesto, sino de dar a entender lo que contiene.***

***(...) lo anterior no obsta para que con esa misma finalidad –aclarar, explicar- se aporten documentos que no estaban en la oferta, siempre que no le agregan nada a lo propuesto, en el sentido de que no se adicione un requisito del pliego que se incumplió, sino que tiene por finalidad explicarlo o aclararlo .***

*Aunque los conceptos de <aclarar> y <explicar> son independientes, en significado y alcance durante el proceso de selección, de la posibilidad de <subsanaibilidad> la oferta, todos persiguen una finalidad coincidente, contribuyen a adecuar las ofertas a los pliegos de condiciones, ya sea: i) para remediar un defecto, por incumplimiento de un requisito sustancial del pliego –<subsanaibilidad>-, o ii) para hacer más perceptible o claro el ofrecimiento hecho, dilucidando un aspecto dudoso o definiendo las incoherencias – <aclarar o explicar>-.*

*En relación con lo último, no puede olvidarse que las <propuestas>, como textos que son, están sujetas a interpretación, son objeto de una hermenéutica, de un entendimiento de su alcance y contenido, como sucede con el pliego de condiciones y, en general, con cualquier documento que contiene un mensaje, un dato o una información. Entre otras cosas, la hermenéutica, es decir la interpretación, ni siquiera es exclusiva o privilegio de los textos, y entre ellos ni siquiera de los jurídicos.*

*De ahí que no sea extraño, sino apenas natural, que también la oferta para un negocio jurídico, en un proceso de contratación estatal, requiere entenderse y concretar su alcance. Por esta razón, es justificable que: i) la administración intente comprenderlas, para valorarlas; y que ii) del lado de los oferentes exista la oportunidad de ofrecer aclaraciones*

*o explicaciones para entenderlas, cuando su lectura es compleja<sup>1</sup>. (Resaltado fuera del texto original)*

De igual forma, en providencia de fecha 12 de noviembre de 2014 el Consejo de Estado reiteró las distinciones entre “aclarar” y “subsana” que erróneamente confunde el observante en su Escrito de Observaciones. A continuación los apartes relevantes de la referida providencia y en los que también se reitera que, siempre que se trate de *aclaraciones* o *explicaciones*, es viable aportar documentos que no estaban en la oferta y que no agreguen nada distinto a lo ya ofrecido:

*Conforme al art. 30.7 las entidades deben garantizar el derecho que tienen los oferentes de aclarar los aspectos confusos de sus propuestas, facultad que le permitirá a la entidad definir su adecuación o no al pliego. Esta figura constituye una oportunidad propia del proceso de <evaluación> de las ofertas -que se diferencia de la <subsanaibilidad>-, pues no parte del supuesto de la ausencia de requisitos de la oferta -los que hay que subsana-, sino de la presencia de inconsistencias o falta de claridad en la oferta, **así que el requisito que el pliego exige aparentemente lo cumple la propuesta, pero la entidad duda si efectivamente es así.** En otras palabras, no se trata de la “ausencia de requisitos o falta de documentos” -a que se refiere el artículo 25.15 de la Ley 80, y que reitera el párrafo del artículo 5 de la Ley 1150-; sino de la posibilidad de <aclarar> o <explicar> lo que existe en la propuesta.*

*En consecuencia, hay que diferenciar el régimen jurídico de <subsanaibilidad> de las ofertas, del régimen de las <aclaraciones> o <explicaciones> de las mismas, pues son actuaciones con significado distinto, incluso se apoyan en disposiciones diferentes de la Ley 80: i) la <subsanaibilidad> en el art. 25.15 original, hoy en el párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y ii) las <aclaraciones> y <explicaciones> en el art. 30.7 de la Ley 80.*

(...)

*Como se observa, **<subsana>**, unido al artículo 25.15, reiterado por el párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150, **implica reparar un defecto de la propuesta**, con mayor precisión la omisión de algún requisito, ya que la norma se refiere a la “la ausencia de requisitos o la falta de documentos” que afecten el futuro contrato o las calidades del proponente, siempre y cuando no incidan sobre la comparación de las ofertas pueden ser reparados o*

---

<sup>1</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de fecha 3 de junio de 2015. Rad No. 05001-23-31-000-1995-00613-01 (31211). C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz.

*subsanaos, es decir, que ello implica adicionar un documento o requisito que la propuesta no tiene.*

**<Aclarar> o <explicar> es diferente. El supuesto de partida no presume agregar a la oferta requisitos omitidos, luego solicitados por la entidad; la idea inicial más fuerte de su significado es hacer manifiesto, más perceptible, comprensible o dar a entender las causas de lo que sí se encuentra en la oferta, es decir, no se trata de agregar algo a lo propuesto, sino de dar a entender lo que contiene.**

*Sin embargo, lo anterior no obsta para que con esa misma finalidad –aclarar, explicar- se aporten documentos que no estaban en la oferta, siempre que no le agregan nada a lo propuesto, en el sentido de que no se adicione un requisito del pliego que se incumplió, sino que tiene por finalidad explicarlo o aclararlo<sup>2</sup>. (Resaltado fuera del texto original)*

Más recientemente, en providencia del 3 de junio de 2015 el Consejo de Estado además de reiterar las diferencias arriba esbozadas entre *aclarar* y *subsanao*, confirmó que -a diferencia de la subsanación que está prohibida para aspectos puntuables de las ofertas- las *aclaraciones* o *explicaciones* se admiten incluso respecto de requisitos que afectan la comparación de las ofertas y/o inciden en la asignación del puntaje como ocurre en el presente proceso de selección. A continuación los apartes más relevantes de la referida decisión:

*Conforme al art. 30.7 las entidades deben garantizar el derecho que tienen los oferentes de <aclarar> los aspectos confusos de sus propuestas, facultad que le permitirá a la entidad definir su adecuación o no al pliego. Esta figura constituye una oportunidad propia del proceso de <evaluación> de las ofertas -que se diferencia de la <subsanao>-, pues no parte del supuesto de la ausencia de requisitos de la oferta – los que hay que subsanao-, sino de la presencia de inconsistencias o falta de claridad en la oferta, así que el requisito que el pliego exige aparentemente lo cumple la propuesta, pero la entidad duda si efectivamente es así.*

*De esta manera, <aclarar> o <explicar> es diferente a <subsanao>, pues aquellas acciones no presumen agregar a la oferta requisitos omitidos, luego solicitados por la entidad; la idea inicial más fuerte de su significado es hacer manifiesto, más perceptible,*

---

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de fecha 12 de noviembre de 2014. Rad No. 25000-23-26-000-1996-12809-01 (27.986). C.P. Enrique Gil Botero.

*comprensible o dar a entender las causas de lo que sí se encuentra en la oferta, es decir, no se trata de agregar algo a lo propuesto, sino de dar a entender lo que contiene.*

(...)

*En todo caso, se insiste en que <subsananar> no es lo mismo que aclarar o explicar, aunque en ocasiones aquél se use como consecuencia de las explicaciones dadas. **La importancia de diferenciarlos radica en que la <aclaración> o <explicación> se admite, incluso, sobre requisitos que afectan la comparación de las ofertas y/o inciden en la asignación del puntaje; se repite, siempre y cuando se trate de inconsistencias o falta de claridad, porque allí no se modifica el ofrecimiento, simplemente se aclara, es decir, se trata de hacer manifiesto lo que ya existe –sólo que es contradictorio o confuso–, se busca sacar a la luz lo que parece oscuro, no de subsanar algo, pues el requisito que admite ser aclarado tiene que estar incluido en la oferta, solo que la entidad tiene dudas sobre su alcance, contenido o acreditación, porque de la oferta se pueden inferir entendimientos diferentes**<sup>3</sup>. (Resaltado fuera del texto original)*

Es precisamente en virtud de los precedentes jurisprudenciales mencionados que en respuesta al Informe Preliminar de Evaluación publicado por la ANI en el SECOP el pasado 9 de mayo de 2022, la Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1 *aclaró* su ofrecimiento reiterando que los documentos visibles a 1593 a 1602-L del Sobre No. 1 constituyen su manifestación inequívoca de acogerse al derecho al trato nacional y a la regla de origen prevista en el Tratado de Libre Comercio suscrito entre Colombia y la Unión Europea.

Se trata, tanto en este caso (el del Factor de Calidad) como en el mencionado (el del trato nacional), de una *aclaración* o *explicación* de un aspecto de la propuesta que fue debidamente incorporado en el ofrecimiento original y no de una *subsananación*, *modificación*, *complementación*, *adición* o *mejoramiento* de la propuesta, pues la *aclaración* no incorpora nada distinto a lo ya ofrecido.

3.2 Conceptos de la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente sobre el deber de las entidades contratantes de solicitar las *aclaraciones* que correspondan a los oferentes y la distinción entre *aclarar* y *subsananar*

En aplicación de los precedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado mencionados en el numeral 3.1 anterior, la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente ha

---

<sup>3</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de fecha 3 de junio de 2015. Rad No. 05001-23-31-000-1995-00613-01 (31211). C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz.

rendido decenas de conceptos en los que reconoce el deber de las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de solicitar las *aclaraciones* que correspondan para garantizar la selección objetiva de la mejor propuesta y el derecho correlativo de los oferentes de *aclarar* sus ofrecimientos ya realizados.

A continuación haré mención de algunos de estos conceptos que confirman el error en el que incurre el observante en su Escrito de Observaciones al hacer creer que las eventuales *aclaraciones* que solicite la ANI o que alleguen los Oferentes respecto de los ofrecimientos del Factor de Calidad suponen una *subsanación* de sus ofrecimientos que desconoce lo establecido en el parágrafo 1° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 o una *modificación* o *mejoramiento* de dichos ofrecimientos.

(a) Concepto de fecha 21 de mayo de 2020 con Rad No. 2202013000004018

En un reciente concepto de fecha 21 de mayo de 2020, respecto de las diferencias entre *aclarar* y *subsanar* que hemos explicado, Colombia Compra Eficiente estableció lo siguiente:

*Efectuada la evaluación de las propuestas por la entidad estatal contratante, los oferentes tendrán derecho, en el término legalmente establecido, a presentar observaciones al informe contentivo de la misma. No obstante a los proponentes se les prohíbe, en ejercicio de ese derecho, completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas . Esa prohibición se denomina como regla de inalterabilidad de la propuesta, cuyo propósito no es otro que garantizar los principios de transparencia e igualdad de los proponentes.*

(...)

*Así las cosas, es plausible la diferencia entre subsanar y aclarar, dado que el primero de los términos se refiere a la posibilidad de adicionar, completar o corregir la propuesta respecto de uno o algunos de los requisitos habilitantes, que por demás no otorgan puntaje a la oferta, mientras que el segundo guarda relación con aspectos confusos de la propuesta ya sea respecto de requisitos habilitantes o de requisitos que otorgan puntaje inclusive.*

*En virtud de lo anterior, en el evento en que la entidad estatal, con ocasión de la elaboración del informe de evaluación de las propuestas o de las observaciones presentadas por los proponentes al mismo, identifique en una propuesta aspectos que no sean claros o generen dudas, podrán requerir al proponente para que haga la aclaración correspondiente.*

*Presentada la aclaración por parte del oferente, la entidad estatal, en ejercicio de su autonomía y como directora del proceso de contratación, analizará y valorará los*

*argumentos del proponente, para establecer si efectivamente se trata de una aclaración o si en realidad comporta una adición, modificación o mejora sustancial de la propuesta; hecho este que acarreará el rechazo de la misma.*

**En conclusión, habida consideración del principio de prevalencia de lo sustancial sobre la forma, podrán aclararse aspectos puramente formales de las propuestas, inclusive aquellos que otorgan puntaje, siempre y cuando ese hecho no conlleven una adición, modificación o mejora sustancial de la oferta.** (Resaltado fuera del texto original)

(b) Concepto de fecha 5 de febrero de 2020 con Rad No. 2202013000000719

Por su parte, en un caso muy similar al que nos ocupa en el presente caso, en concepto de fecha 5 de febrero de 2020 Colombia Compra Eficiente estableció que si los formatos prestablecidos por la entidad contratante ofrecen dudas o inconsistencias susceptibles de ser *aclaradas* por los oferentes, es deber de la entidad estatal solicitar dichas *aclaraciones* siempre que no se modifique el ofrecimiento ya realizado:

*Por ende, este anexo debe ser tenido en cuenta por los proponentes para configurar su oferta económica, que debe presentarse en el «Formulario 1 - Formulario de Presupuesto Oficial», y **si la entidad observa que existen diferencias entre lo señalado en el «Anexo 1 – Anexo Técnico» y lo ofrecido por el proponente, y ello le genera dudas, debe valorar si es una inconsistencia susceptible de aclaración o si implicaría una modificación de la oferta.** En el primer evento, cuando producto de la aclaración no existe duda del ofrecimiento, la entidad puede rechazar la propuesta por no ofrecer lo que se requiere para la satisfacción de la necesidad de la entidad, verificando las causales de rechazo de los Documentos Tipo, contenidas en el numeral 1.15 del «Documento Base», para determinar cuál de estas se configura. Si la aclaración conlleva la modificación de la oferta económica, esto no es posible, ni tampoco corresponde con una subsanación, que en todo caso no es posible al tratarla como un requisito que otorga puntaje –parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007–, y en consecuencia también es viable el rechazo de la oferta revisando la causal aplicable al caso concreto.* (Resaltado fuera del texto original)

(c) Concepto de fecha 13 de diciembre de 2019 con Rad No. 2201913000009225

De igual forma, en concepto de fecha 13 de diciembre de 2019 Colombia Compra Eficiente admitió expresamente la posibilidad de un oferente de allegar un certificado de existencia y representación legal actualizado para el otorgamiento de puntaje por apoyo a la industria nacional en un caso

similar al de la Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1 al que hice referencia en párrafos anteriores.

En aquel caso (el del trato nacional de la Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1), la ANI equivocadamente se abstiene de otorgar los 100 puntos a un Oferente Extranjero con derecho a trato nacional por no haber manifestado su intención de acogerse al Acuerdo Comercial correspondiente y a la regla de origen en él contenida a través del formato preestablecido por la entidad pública para tal efecto.

En oposición a dicho criterio, Colombia Compra Eficiente reconoce la posibilidad de que, incluso tratándose de un aspecto de la oferta que otorga puntaje como lo es el apoyo a la industria nacional, los oferentes hagan llegar los documentos necesarios para *aclarar* sus ofrecimientos. A continuación los apartes relevantes:

*Conforme a lo anterior, para que se otorgue el puntaje referido a servicios nacionales se requiere que el proponente aporte, junto con su oferta, la cédula de ciudadanía del proponente, la visa de residencia que le permite la ejecución del objeto contractual o el certificado de existencia y representación legal emitido por las Cámaras de Comercio.*

*Debido a que el sentido original de la Ley 1150 de 2007 es que se puede subsanar todo lo que no otorga puntaje, en este caso no será posible subsanar la cédula de ciudadanía o el certificado de existencia y representación legal para otorgar el puntaje de industria nacional. Lo anterior porque la subsanabilidad sólo procede frente los requisitos que no otorgan puntaje y el apoyo a la industria nacional sí lo otorga, y en este sentido, no será posible subsanarlo.*

*Ahora bien, es diferente el evento en que sí se aporta el certificado de existencia y representación, pero con una vigencia superior a 30 días a la fecha del cierre del proceso, es decir, se aporta el documento pero no actualizado.*

***En este caso, es decir, el certificado de existencia y representación legal sí fue aportado, pero está incompleta la información o desactualizada, entonces será posible aportarlo, en virtud de la facultad que tienen los oferentes de “aclarar” aspectos de sus propuestas, aun frente aspectos que otorgan puntaje.***

*El parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, establece la subsanabilidad de requisitos o documentos no necesarios para la comparación de las propuestas, es decir, los que no afectan la asignación de puntaje.*

**Sin embargo, la jurisprudencia del Consejo de Estado, al interpretar el párrafo citado, y antes de la modificación introducida por la Ley 1882 de 2018, en concordancia con el numeral 7 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, y con el fin de garantizar el derecho que tienen los oferentes de aclarar aspectos de sus propuestas, interpretó que existe diferencia entre “subsana” y “aclarar.” El primero se predica de la oportunidad que tienen los proponentes de aportar un requisito que no otorga puntaje y no fue aportado con la propuesta inicial; el segundo por su parte, se refiere a aspectos confusos, contradictorios o que generan duda con relación a los requisitos y documentos que se encuentran en la propuesta, incluidos aquellos que otorgan puntaje.**

(...)

En este caso, si el certificado de existencia y representación legal tiene más de 30 días de expedición a la fecha del cierre o entrega de la oferta, **la entidad debe requerir al proponente para que lo aporte actualizado, en virtud de la facultad que tienen los proponentes de aclarar las inconsistencias o la falta de claridad frente a los documentos aportados con la oferta. Lo anterior, toda vez que no se modifica el ofrecimiento, simplemente se aclara, es decir, se trata de hacer manifiesto lo que ya existe.** Por lo tanto, la entidad tiene el deber de solicitarle al proponente que aclare los documentos aportados, como la copia de la cédula de ciudadanía a una sola cara o el certificado de existencia y representación con más de treinta (30) días de vigencia después del cierre de proceso, y una vez aportados se otorgará el puntaje, porque de esta forma la entidad aclara sus dudas sobre el alcance, contenido o acreditación del documento aportado con la oferta.

Cuestión diferente es que el proponente no allegue el certificado de existencia y representación, caso en el cual, para efectos del puntaje que se otorga por apoyo a la industria nacional, no será posible subsana el defecto, y la consecuencia será la no asignación del puntaje correspondiente.

Por ello, si el proponente en su oferta aporta el certificado de existencia y representación legal con una vigencia mayor de treinta días después del cierre, será posible solicitarle al proponente que aclare los documentos aportados, y en este sentido, sea verificado el requisito para obtener el puntaje de industria nacional. **Lo anterior, toda vez que, la aclaración sobre los requisitos que afectan la comparación de las ofertas no incide en la asignación del puntaje, ya que se contaba con el documento al momento de presentar la oferta.** (Resaltado fuera del texto original)

Es precisamente en virtud de dichos conceptos de Colombia Compra Eficiente que en la respuesta al Informe Preliminar de Evaluación publicado por la ANI en el SECOP el pasado 9 de mayo de

2022 la Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1 *aclaró* su ofrecimiento de acogerse al trato nacional y a la regla de origen prevista en el Tratado de Libre Comercio reiterando dicha manifestación en el formato preestablecido por la ANI para tal efecto. El documento aportado busca precisamente *aclarar* o *explicar* un aspecto de la propuesta que fue debidamente incorporado en el ofrecimiento original (folios 1593 a 1602-L del Sobre No. 1) y no de una *subsanción*, *modificación*, *complementación*, *adición* o *mejoramiento* de la propuesta, pues la *aclaración* no incorpora nada distinto a lo ya ofrecido.

(d) Otros conceptos de Colombia Compra Eficiente

Además de los conceptos referidos en los literales (a), (b) y (c) anteriores, Colombia Compra Eficiente ha reiterado su posición en virtud de la cual las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública tienen el deber de solicitar las *aclaraciones* que correspondan para garantizar la selección objetiva de la mejor propuesta y el derecho correlativo de los oferentes de *aclarar* sus ofrecimientos ya realizados.

A continuación el listado de algunos de ellos y que pueden ser consultados por la ANI de ser necesario:

- (i) Concepto de fecha 12 de septiembre de 2019 con Rad No. 2201913000006773
- (ii) Concepto de fecha 13 de septiembre de 2019 con Rad No. 2201913000006805
- (iii) Concepto de fecha 10 de octubre de 2019 con Rad No. 2201913000007582
- (iv) Concepto de fecha 26 de noviembre de 2019 con Rad No. 2201913000008762

#### 4. Conclusión

Según lo establecido en el numeral 7º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y de conformidad con los criterios adoptados por el Consejo de Estado y Colombia Compra Eficiente sobre la materia, es claro que yerra el observante en su Escrito de Observaciones al considerar que, por ser el Factor de Calidad uno de los elementos que otorgan puntaje en el presente proceso de selección, la ANI se encuentra impedida para solicitar la “*subsanción*” del defecto identificado y que “*cualquier modificación o modulación en el ofrecimiento realizado por dichos proponentes significaría la mejora de sus ofertas con posterioridad a la Fecha de Cierre*”.

Es evidente que todos los Oferentes hicieron el ofrecimiento para la construcción de los carriles de *pesaje* utilizando el formato preestablecido por la ANI. Pero si hubiere dudas por parte de la ANI y fuere necesario aclararlas, la ANI tiene el deber de solicitar, y los Oferentes el derecho correlativo

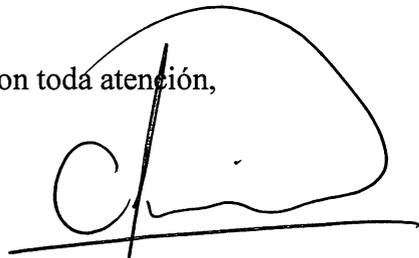
de presentar las aclaraciones y/o explicaciones del caso, incluso mediante la presentación del Anexo 19 con la aclaración correspondiente.

Por lo anterior, y en oposición a lo manifestado por el observante en su Escrito de Observaciones, en el presente caso la ANI no debe descartar los ofrecimientos del Factor de Calidad y retirar los 15 puntos a los Oferentes que hayan mantenido el formato del Anexo 19 sin aclaraciones.

## 5. Solicitud

De conformidad con las consideraciones anteriormente expuestas, respetuosamente solicito a la ANI que rechace la solicitud contenida en el numeral 2° del Escrito de Observaciones o que -en caso de albergar alguna duda- solicite a todos los Oferentes que participaron en el proceso de Licitación Pública No. VJ-VE-APP-IPB-002-2021 que aclaren sus ofrecimientos de “*Construcción de Carriles de Acceso a Estaciones de Pesaje*” mediante la presentación del Anexo 19 con la aclaración correspondiente.

Con toda atención,



**Camilo Ernesto Forero Barrera**  
Representante Común  
Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1