

La falta de regulación de las ofertas temerarias en la normativa de obras públicas en Paraguay

The absent regulation on abnormally low tenders in Paraguay's public works legal framework

Pedro Lacasa¹

¹ Universidad Nacional de Asunción, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Asunción, Paraguay.

Correspondencia: pedrolacasagonzalez@gmail.com

Resumen

Las ofertas temerarias son una práctica común en las licitaciones para obras públicas cuyo efecto nocivo a la competencia no debería pasar desapercibido por sutilezas del ordenamiento jurídico local. Si bien, las ofertas temerarias no siempre encajan en la definición de “licitaciones colusorias”, lo grave es que el propio ordenamiento jurídico (en este caso el paraguayo) permite esta conducta, incentivando a los oferentes de mala fe a seguir con sus malas prácticas y disuadiendo a los oferentes de buena fe de participar en licitaciones con criterios de transparencia. En esta investigación se detallará cómo la normativa paraguaya para contratos de obra pública ((i) ley de suministro y contrataciones públicas, (ii) ley de competencia (iii) con sus respectivos decretos reglamentarios y (iv) las resoluciones de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas) contiene una laguna respecto a las ofertas temerarias. Además, en este artículo se describirán algunas consideraciones de la doctrina en Derecho Comparado sobre el tema como guía para su regulación normativa. Además, no se debe olvidar que el efecto más directo y perjudicial de las ofertas temerarias en las contrataciones públicas es la pérdida de valor por dinero.

Palabras clave

obras públicas, contratación pública, derecho de defensa a la competencia, oferta temeraria.

Abstract

Abnormally low tenders are a common practice in bids for public works with harmful effect on competition and that should not go unnoticed due to the subtleties of the local legal system. Although abnormally low tenders do not always fit the definition of “bid rigging”, the severe flaw in some legal system (in this

case the Paraguayan one) is that they allow this behavior, encouraging bad-faith bidders to continue with their anti-competitive practices and discouraging good faith bidders from participating in bids with transparency criteria. This research will detail how the Paraguayan regulations for public works contracts (i.e. (i) the law on public procurement, (ii) the antitrust law (iii) with their respective regulatory decrees and (iv) the resolutions of the National Directorate of Public Contracts) contain a loophole regarding abnormally low bids. Furthermore, this paper will also describe some considerations from legal doctrine from Comparative Law on the subject as a guide for its regulation. Besides, it must not go without notice the most hazardous and direct effect of abnormally low tenders on public procurement: the loss on value for money.

Keywords public works, public procurement, antitrust law, abnormally low tender.

Introducción

Las barreras regulatorias a la libre competencia son aquellas situaciones (dotadas de legalidad) en la que los Estados Soberanos ejercen una influencia decisiva en la libre competencia a través de su poder regulatorio. En ocasiones, dichas regulaciones apuntan a promover la libre competencia en el mercado. En otras, las regulaciones de un Estado pueden distorsionar a la competencia o promover objetivos contradictorios e incluso fines anticompetitivos (Drexler y Bagnoli, 2015).

Estas restricciones regulatorias pueden encontrarse en numerosas y diversas operaciones como los subsidios, limitaciones de entrada a mercados por razones de “interés público”, limitaciones a la importación, precios referenciales fijados oficialmente y monopolios estatales, entre otros (Coelho Moreira y Mateus, 2007). Es una situación que sucede mucho en Paraguay.

En la presente obra se analizará específicamente a los contratos de obra pública y su marco regulatorio, puntualizando algunas conductas anticompetitivas que surgen en las licitaciones previas a dichos contratos. Las obras públicas son uno de los cimientos de las contrataciones públicas y un engranaje a través del cual la inversión pública del Estado Paraguayo se materializa.

Los contratos de obra pública han sido objeto de una regulación especial y diferente a las contrataciones públicas *corrientes*. Como los contratos de obra

pública son en el fondo contratos públicos (en donde rige el interés general), están, en mayor medida, sujetos al mecanismo de licitación pública.

Este procedimiento (que permite la activa participación de personas interesadas en llevar adelante contratos de obra pública) también adolece de ciertas restricciones a la competencia. Es decir (en ocasiones) la misma regulación impone el procedimiento de la licitación pública para las contrataciones luego, restringe a la libre competencia en dichas licitaciones.

Las licitaciones colusorias son probablemente una de las prácticas anticompetitivas más presentes y repetitivas en el Derecho Comparado, pero ello no supone que estén bien; son una *quimera* que las autoridades de competencia se esfuerzan por erradicar.

Existen algunas conductas que sin llegar a constituir licitaciones colusorias¹ (i.e. *acuerdos* tácitos o expresos de parte de potenciales competidores con el afán de restringir, socavar o falsear la competencia) sí son conductas en las que podría subyacer un *acuerdo* colusorio entre un determinado competidor (de forma unilateral) con la (i) Administración (o funcionarios públicos o con (ii) otras entidades públicas o privadas² con influencia importante para direccionar las actuaciones de una Administración Convocante) *con el afán de falsear la competencia en un proceso licitatorio* para obtener la adjudicación del contrato público en virtud del marco legal actual, en donde el criterio del precio más bajo es peligrosamente prioritario.

Esta investigación expondrá la forma (muy sutil, por cierto) en que las ofertas temerarias no han sido objeto de regulación por parte de la ley de suministro y contrataciones públicas ni de la ley de defensa a la competencia ni por sus decretos reglamentarios. Se observarán algunos ejemplos del Derecho Comparado y se analizarán detalladamente las disposiciones de Derecho paraguayo al respecto, fortaleciendo la tesis por la cual convendría regular *expressis verbis* en la ley lo referente a las ofertas temerarias.

Tampoco, las ofertas temerarias, y los efectos negativos que podrían acarrear sobre las contrataciones públicas y sobre el “mercado relevante”, han sido apropiadamente analizadas por las autoridades competentes en esos temas como la DNCP o la CONACOM.

Metodología

Para llevar a cabo esta tarea, el autor ha recurrido a un estudio comparado de las ofertas temerarias que confronta a la legislación nacional con

¹ De acuerdo con el artículo 8 inc. f) de la Ley N.º 4956/2013.

² Empresas privadas, partidos políticos, asociaciones gremiales, y un gran etcétera.

las legislaciones de otras jurisdicciones (particularmente doctrina y jurisprudencia). Complementariamente, se analizó estudios y trabajos de los Bancos Multilaterales sobre la materia. Dentro de esta tarea, se ha hecho un análisis sistemático de las disposiciones del Derecho local (tanto de la ley de suministro y contrataciones públicas como de la ley de defensa a la competencia).

Una práctica anticompetitiva alimentada por el derecho paraguayo

El Decreto N.º 1490 del 14 de abril de 2014 “Por el cual se reglamenta la Ley N.º 4956/2013 ‘Defensa de la Competencia’” define a las licitaciones colusorias como:

Una modalidad de restricción horizontal a la competencia que puede manifestarse a través de un acuerdo, decisión, práctica concertada o conscientemente paralela entre competidores para coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados y otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates

El problema es que existen otras prácticas anticompetitivas que no necesitan, necesariamente, de un “*acuerdo, decisión o concertación entre competidores*” para desalentar o socavar la competencia en una licitación pública.

Algunas prácticas pueden darse sin necesidad de un “*consenso previo*” entre diversos oferentes privados para desalentar la sana competencia en un proceso licitatorio. Pueden ocurrir de forma unilateral y totalmente independiente.

Al igual que las *licitaciones colusorias* (pero sin llegar a constituir una licitación colusoria propiamente dicha), dichas prácticas también socavan a la competencia en los mercados y conllevan a consecuencias negativas para el público destinatario del objeto del contrato de obra en cuestión (Emanuelli, 2022).

Entonces, existen conductas avaladas por el propio ordenamiento jurídico pero que no necesariamente constituyen “licitaciones colusorias”. Son verdaderas restricciones a la competencia de parte del marco jurídico paraguayo sobre contratos de obra.

La sanción de las licitaciones colusorias está pensada como la sanción a un acuerdo restrictivo que pueda impedir, restringir o falsear la competencia en los procesos licitatorios. Entonces si no hay acuerdo, no puede haber sanción.

Pero ¿qué se debe entender por “acuerdo”? El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, al definir al verbo *acordar*, reserva el primer significado “dicho de un conjunto de personas: Determinar o resolver algo de común acuerdo, o por mayoría de votos”. Acto seguido presenta el segundo

significado del vocablo *acordar* “dicho de una sola persona: Determinar o resolver algo deliberadamente (RAE, 2023a).

Técnicamente (i.e., en virtud del origen lingüístico de la redacción de la Ley de Competencia N.º 4956/2013 en adelante “LDC” y de su decreto reglamentario) los acuerdos prohibidos podrían tratarse de acuerdos *unilaterales* de un competidor, es decir, decisiones tomadas *por un solo competidor* sin ser necesario el acuerdo de otro o de otros competidores.

Pero con una lectura *sistemática* del artículo 8 LDC se puede observar que se priorizarían los acuerdos bilaterales o multilaterales en detrimento de las conductas unilaterales:

Se prohíbe todo acuerdo, decisión o práctica concertada³ o conscientemente paralela, independientemente de que sean escritos o verbales, formales o informales que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional, las que consistan en las siguientes conductas, entre otras, siempre que las mismas configuren algunas de las hipótesis precedentemente señaladas.

El decreto reglamentario expresamente delimita a los *acuerdos prohibidos* como acuerdos concertados *entre 2 o más competidores*; es decir, parece exigir una concertación/coordinación entre más de una sola persona. Esto es, sugiere un acuerdo entre personas (en plural) que menoscabe a la competencia. Así, el artículo 4 del Decreto N.º 1490/2014 reza:

Acuerdos restrictivos de la competencia. Se entiende por acuerdos restrictivos de la competencia a los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas o conscientemente paralelas desarrollados entre personas físicas o jurídicas que compitan entre sí, enumeradas en el Artículo 8º de la Ley, *así como cualquier otro que tenga el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional.* (el resaltado pertenece al autor)

Aunque la normativa de la competencia no la identifique expresamente, existiría una similitud entre las licitaciones colusorias y otras prácticas anticompetitivas (unilaterales o multilaterales) pues los efectos negativos de las licitaciones colusorias son comunes con los efectos de dichas prácticas: i) impedimento, falseamiento o menoscabo de la competencia en las licitaciones

³ El Diccionario de la Lengua Española de la RAE define a “concertar” como “acordar el precio de algo” o “pactar, ajustar, tratar o acordar un negocio”. Evidentemente, partiendo del supuesto que es un “verbo” en cuya consumación intervienen 2 o más personas (RAE, 2023b).

públicas y ii) provisión de un bien o servicio público (en este caso obra pública, que puede ir de una ruta nacional a un aeropuerto o terminal de ómnibus) deficiente en detrimento de los usuarios de la obra pública en cuestión.

Catalogar rígidamente, por un lado, i) a las licitaciones colusorias como “modalidad de restricción a la competencia que puede manifestarse a través de acuerdos, decisiones, prácticas concertadas o conscientemente paralelas *entre competidores*” (exigiendo el elemento de *coordinación* entre competidores del *bid-rigging* anglosajón) (Anon, 2013). y a los ii) acuerdos restrictivos de la competencia como “acuerdos, decisiones o prácticas concertadas o conscientemente paralelas *desarrollados entre personas físicas o jurídicas que compitan entre sí*” de parte de la normativa nacional de la competencia podría generar un efecto contrario a lo que se busca: fomentar la sana competencia.

¿Por qué? Pues si se definen tanto a i) las licitaciones colusorias como a ii) los acuerdos prohibidos como prácticas anticompetitivas *que requieren de una coordinación* previa entre más de un competidor⁴, se estarían dejando afuera otras prácticas que también falsean o menoscaban la competencia en los procesos licitatorios de los contratos de obra pública que *no demandan una coordinación o acuerdo previo entre varios competidores*; es más, a veces, estas prácticas anticompetitivas, nacen y mueren en la voluntad de una sola persona (persona física o jurídica).

Es por ello que se podría considerar ampliar la redacción del artículo 4 del Decreto N.º 1490/2014 o que su interpretación por parte de las autoridades oficiales se lleve a cabo más abiertamente. De lo contrario, si bien no se restringiría a la competencia en forma directa, la redacción del artículo 4 interpretada de manera muy acotada (esto es, exigir que un requisito *sine qua non* para la constitución de una conducta anticompetitiva en el marco de licitaciones públicas sea el “acuerdo entre dos o más competidores”, siendo que a veces hay conducta *unilateral de un solo oferente que actúa de forma solitaria*, en posible colusión con la Administración Convocante o con funcionarios públicos de gran influencia), puede alentar conductas anticompetitivas sin justificación suficiente.

Las prácticas a las que se hace referencia es lo que en Derecho Administrativo latinoamericano se conoce como “Ofertas temerarias” (I).

La Oferta temeraria: un arco libre para la autoexclusión de oferentes y porqué le debe importar al derecho de defensa de la Competencia

En el derecho latinoamericano en general y en el paraguay en particular, se conoce a la *Oferta temeraria* (en derecho anglosajón se conoce a la “*abnormally low tender*”) y consiste en la acción, de parte de un oferente (competidor), de

⁴ Ya sea un acuerdo, decisión o práctica concertada.

presentar una oferta económica anormalmente baja en comparación con las otras ofertas presentadas o en comparación con el “precio del contrato”, en el marco de una licitación pública, lo cual despierta la duda del cumplimiento adecuado al objeto del contrato público (Anon, sfa).

A pesar de que no exista una definición única de las ofertas temerarias ni de las “*abnormally low tenders*” (Grith S. y Nyström 2017), lo cierto y concreto es que las ofertas temerarias pululan en las licitaciones públicas para construcción, refacción o mantenimiento de obra pública de Paraguay.

Lo peor es que esta práctica circula a lo largo y ancho de las contrataciones públicas nacionales (en cuanto a obras públicas) nacionales sin que exista una sanción expresa de parte de algún conjunto de normas, ya sea la Ley N.º 7021/2022 “De suministro y contrataciones públicas”, de la Ley N.º 5102/2013 “en adelante ley APP”, de la Ley N.º 5074/2013 “en adelante ley Llave en mano”, del código penal y sus leyes modificatorias ni del conjunto de normas jurídicas inferiores que reglamentan a las citadas precedentemente.

Por citar un caso, la Unión Europea (UE) siempre⁵ ha poseído reglas para la adecuada gestión de las ofertas temerarias lo cual no hace sino sospechar la flexible regulación local si se parte de un punto de vista del Derecho Comparado.

Las ofertas temerarias consisten en la presentación de ofertas económicamente muy bajas en comparación al resto de las otras ofertas (y en comparación a los precios referenciales del contrato de obra) en el marco de una licitación pública y derivan en la seria duda de que la obra pública objeto del contrato licitado sea de imposible cumplimiento (Reig, 2010).

Las ofertas temerarias no responden necesariamente a la lógica de las “licitaciones colusorias” (es decir, no siempre implican un acuerdo o coordinación previo de algunos competidores); un oferente puede presentar una oferta temeraria sin haber antes “acordado una repartición de licitaciones, contrataciones o subcontrataciones” como lo exige la lógica de las “licitaciones colusorias” y los “acuerdos prohibidos” en los términos del Decreto N.º 1490/2014.

Las Cortes europeas, por ejemplo, frecuentemente tildan a las ofertas temerarias de “poco serias, dudosas, inseguras e inviables”⁶ aunque no haya una

5 Desde su primera directiva sobre obras públicas de 1971 (Directiva 71/305/CEE del 26 de julio de 1971 “sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras”), específicamente su artículo 29.

6 TJUE, fallo del 27 de nov. de 2001 en “Impresa Lombardini SpA y otro c. Ente Nazionale per le Strade, Società Italiana per Condotte d’Acqua SpA” (asunto C-286/99) e “Impresa Ing. Mantovani SpA c. Ente Nazionale per le Strade, Ditta Paolo Bregoli (asunto C-286/99) -autos acumulados-” ¶ 47 y 55; TPI (Quinta Sala), fallo del 25 de feb. de 2003 en “Renco SpA c. Consejo de la UE” (asunto T-4/01) ¶ 74-76; TPI (Segunda Sala), fallo del 6 de julio de 2005 en “TQ3 Travel Solutions Belgium SA c. Comisión de las Comunidades Europeas” (asunto T-148/04) 49; TG (Segunda Sala), fallo del 11 de mayo de 2010 en “PC-Ware Information Technologies BV c. Comisión Europea” (asunto T-121/08) ¶ 72; TJUE, fallo del 29 de marzo de 2012 en “SAG ELV Slovenko a.s. y otros c. Urad pre verejné obstarávanie” (asunto

definición expresa sobre ofertas temerarias en la UE.

La adjudicación de una oferta temeraria tiene como consecuencia uno de los siguientes efectos negativos:

- i Que el objeto de contrato de obra pública no pueda ser cumplido a cabalidad
- ii Que la prestación del servicio contratado sea bastante precaria como consecuencia de la adjudicación de una oferta anormalmente baja
- iii Que, para la continuidad del contrato de obra pública y la continuidad del adjudicado (oferente temerario), se lleve adelante un proceso de modificación contractual a modo de que los nuevos términos contractuales resulten favorables económicamente al adjudicado y así, y solo así, pueda prestar cabalmente el servicio para el cual presentó una oferta

Cualquiera que sea la consecuencia, ésta impacta directamente en el usuario (en el caso de peajes y otras formas de recaudación *ad hoc*) y a *ultima ratio* al contribuyente, que es aquel que financia la obra pública con los impuestos que paga al fisco. Encima, cabe destacar que estos tres aspectos citados arriba, suponen la pérdida de forma directa de valor por dinero, una arista sustancial que en ocasiones supone el desempate entre una oferta y otra respecto a la adjudicación, como lo dispone la Ley N.º 7021/2022 y la ley APP.

Si el objeto del contrato de obra pública no puede ser cumplido a cabalidad como consecuencia de la adjudicación de una oferta temeraria⁷, dicho incumplimiento afecta directamente al *usuario* de dicha obra pública y directamente al *contribuyente* paraguayo.

Si la prestación del servicio contratado para una obra pública (sea construcción, restauración o mantenimiento) es bastante precaria y muy por debajo de los estándares de calidad exigidos, esto impacta nuevamente y de forma directa en el *usuario*, poniendo en peligro su seguridad, e indirectamente al *contribuyente*, el cual estará disuadido de volverse un *usuario*⁸ (de la obra pública) pues ya sabe que es peligrosa, precaria o de poca calidad.

Ya Adam Smith sugería un método de financiamiento de infraestructuras públicas al esgrimir que los usuarios de la obra pública pagasen una contribución

C-599/10) 31; TJUE, fallo del 18 de diciembre de 2014 en “Data Medical Service SRL c. Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze” (asunto C-568/13) ¶ 47.

⁷ Caso i).

⁸ El usuario de una obra pública (un puente, un viaducto, una infraestructura de gran envergadura como una ruta nacional o una central hidroeléctrica) puede coincidir en la persona de contribuyente de esa obra pública, pero no necesariamente. Así mismo, un contribuyente no necesariamente utiliza dicha obra pública (puente o puertos por ej.).

(ya sea impuesto de portazgo por la utilización de canales fluviales, etc.) de modo a sostener aquellas obras públicas con una proporción al deterioro y daño que ocasionan al utilizar dicha obra pública. En resumen, un alocamiento racional de los costos de la obra pública (De la Riva, 2018).

Pero, por más que en la actualidad exista una enorme variedad de modelos para el financiamiento de obras públicas, la realidad paraguaya es que todos los modelos apuntan sobre todo a lograr un reparto racional y eficiente de las cargas y riesgos que el desarrollo de dichas obras conlleva.

Es innegable que en muchos casos el financiamiento de obras públicas proviene mayoritariamente (si no de manera exclusiva) del sector público a través de aportes tributarios de todos los contribuyentes o de cargos impuestos a los usuarios quienes se beneficiarían de modo inmediato del desarrollo de la obra pública en cuestión.

Lo anterior se da también en el caso de obras públicas financiadas con recursos provenientes de organismos multilaterales o internacionales como lo son el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el Banco Mundial (BM) o la Corporación Andina de Fomento (CAF).

La adjudicación de una oferta temeraria viene a romper el equilibrio económico-financiero buscado por el contrato de obra pública en detrimento de los oferentes cuyas ofertas eran más realistas y más objetivamente realizables, socavando la competencia en la licitación, el cual es un proceso “competitivo” por antonomasia (Grith S. y Nyström 2017).

Este tipo de adjudicación está ordenada en el marco legal paraguayo (o al menos fuertemente sugerida).

Esto genera no solamente el falseamiento o socavamiento de la competencia⁹ en un proceso licitatorio, sino que también *disuade la entrada de competidores potenciales* que hubieran presentado oferta si fuesen conscientes de que ganaría la oferta más “competitiva”, no solamente la más (ampliamente más) baja económicamente.

El Derecho de Defensa a la Competencia se interesa en las “licitaciones colusorias” porque son una serie de acuerdos tácitos o expresos entre varios operadores económicos *para no competir* entre sí en los concursos (Competition

⁹ Ver TJUE, fallo del 27 de nov. de 2001 en “Impresa Lombardini SpA y otro c. Ente Nazionale per le Strade, Società Italiana per Condotte d’Acqua SpA” (asunto C-286/99) e “Impresa Ing. Mantovani SpA c. Ente Nazionale per le Strade, Ditta Paolo Bregoli (asunto C-286/99) -autos acumulados- 47, que dice textualmente: “el objetivo de la Directiva 71/305 es favorecer el desarrollo de una competencia efectiva en el ámbito de los contratos públicos”; ver TJUE, fallo del 29 de marzo de 2012 en “SAG ELV Slovenko a.s. y otros c. Úrad pre verejné obstarávanie” (asunto C-599/10) 29 que dice textualmente: “... la Directiva 2004/18 está destinada a evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar una sana competencia entre las empresas” (la Directiva 2004/18/CE regulaba la “coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios”).

Commission of South Africa, 2014).

La efectividad en el proceso de contratación pública y su capacidad de persecución de los fines de interés público está condicionada a la existencia de una sana y real competencia. Dicha competencia comprende dos sentidos (AMIAMANIELSEN, 2020):

- i La competencia en el proceso licitatorio y;
- ii La competencia en el mercado en el cual se efectúa el proceso

Es en este punto donde convergen el Derecho de Defensa de la Competencia y el Derecho Administrativo de las contrataciones públicas (ambas ramas del Derecho Público) pues para promover la eficiencia en las compras del Estado y para la obtención de mayor valor por dinero invertido, las autoridades de contrataciones públicas deben promover reglas de libre competencia¹⁰.

Las compras públicas requieren de una competitividad libre y auténtica entre los potenciales proveedores del Estado para así alcanzar sus metas (y por eso la ley impone como regla el sistema de licitación pública, proceso competitivo por autonomasia, para adjudicar un contrato de provisión al Estado. Para ello, los potenciales proveedores -o competidores en la licitación- deben disfrutar de igualdad de oportunidades (que era el objetivo del artículo 4 de la Ley N.º 2051/2003 “De Contrataciones Públicas” y del artículo 4 de la vigente Ley N.º 7021/2022 “De suministro y Contrataciones Públicas”)¹¹.

El principal problema de las ofertas temerarias en lo que respecta a la Competencia es que esa igualdad no se da, pues el oferente temerario se estima en una posición de ventaja irregular ante sus otros rivales en la licitación y esta ventaja irregular es la que motiva la presentación de una oferta tan baja que es imposible que otra oferta pueda competir con la misma, resultando en la victoria de la oferta anormalmente baja.

Los operadores económicos presentan ofertas anormalmente bajas basados en ventajas irregulares que encuentran sus fundamentos en distintas causales, i.e., razones estratégicas o bajos costos de producción. Ninguna de estas razones es buena para el interés general, desde un punto de vista socioeconómico

10 No está de más recordar que el artículo 4 de la antigua Ley N.º 2051, que fue sancionada en el 2003, una década antes de la Ley de Defensa de la Competencia, ya establecía que *la actividad de contratación pública se regirá por los siguientes principios: b) igualdad y libre competencia. Permitirán que todo potencial proveedor o contratista que tenga la solvencia técnica, económica y legal necesaria y que cumpla con los requisitos establecidos en esta ley, en su reglamento, en las bases o pliegos de requisitos y en las demás disposiciones administrativas, esté en posibilidad de participar sin restricción y en igualdad de oportunidades en los procedimientos de contratación pública.* En la actualidad, está vigente una nueva ley de Suministros y Contrataciones Públicas, la Ley N.º 7021/2022, cuyo artículo 4 lit. d) conlleva idéntica redacción.

11 *Ibid.*

(Grith S. y Nyström, 2017).

Si la causal que motiva la presentación de oferta anormalmente baja es la de *bajos costos de producción*, podría significar que dicho operador económico cuenta con costos laborales más bajos, por ejemplo.

Generalmente las *razones estratégicas (strategic bidding)* ocurren en cuatro modalidades, las cuales violan las eficiencias de mercado (Grith S. y Nyström, 2017). En primer lugar, puede deberse a la introducción de precios predatorios en la oferta, una práctica característica del abuso de posición dominante (lo cual tiene por consecuencia una mengua en la competencia en el caso de re-licitación o licitaciones conexas).

En segundo lugar, también es posible que, con el afán de presentar una oferta baja, el oferente utilice una estrategia de *quality shading* (el bajo costo de producción se basa en la baja calidad del producto o servicio prestado), poniendo en riesgo la seguridad o confort de los usuarios debido a la baja calidad de su prestación.

En tercer lugar, otra razón estratégica podría ser la siguiente: presentar una oferta anormalmente baja y luego de haber obtenido el contrato, tratar de recibir ingresos adicionales del mismo durante su ejecución (esto implica, por un lado, que los documentos de la licitación que cuentan con la información necesaria para ejecutar el contrato se encuentran incompletos o errados y por otro lado, que un oferente (al tanto de dicha situación) presenta una oferta muy baja a sabiendas de que posteriormente podrá incrementar los precios ofrecidos durante el período de ejecución contractual.

Por último, una oferta de precios unitarios desbalanceados también puede generar la presentación de una oferta temeraria. Si los precios unitarios cuantificados ex ante (antes de la licitación) y especificados en los documentos de la licitación pueden naturalmente variar (y hasta de forma drástica) en el mercado. Un oferente que maneja información de estos precios unitarios puede presentar una oferta baja a la licitación, sabiendo que el precio de mercado de esos elementos unitarios subirá. Esta estrategia exige que el oferente sea capaz de conocer o influenciar el futuro estado del mercado y conocer o influenciar en la Administración al momento de fijar dichos precios unitarios.

Si para la continuidad del contrato de obra pública o para la continuidad del adjudicado (oferente temerario) es necesaria una modificación contractual a modo de que los nuevos términos contractuales (fruto de la modificación contractual) resulten económicamente favorables para el contratista (adjudicado, quien ha presentado oferta temeraria) y así y solo así pueda prestar cabalmente el servicio o proveer el bien para el que presentó oferta en un principio, se pueden generar

las siguientes consecuencias:

- i Se alienta a la presentación de más ofertas temerarias, i.e., a ofertas anormalmente bajas y de dudoso cumplimiento, pues el ofertante (temerario) sabe que existen precedentes de modificaciones contractuales llevadas a cabo de forma posterior a la licitación y con la finalidad de continuar con la ejecución del contrato, pese a que la oferta arrojaba unos números imposibles de cumplir con las cuantías y estándares técnicos exigidos por los Pliegos de Bases y Condiciones, generándose un círculo vicioso.
- ii Se incentiva a la práctica de “engañar” a la Administración, en el sentido de presentar una oferta tan baja a sabiendas que el objeto del contrato será de imposible cumplimiento, ya que no existe sanción o pena que castigue (y ni siquiera que identifique) dicha práctica. Los participantes de licitaciones públicas saben esto y se escudan en el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*.
- iii La modificación contractual conllevará naturalmente mayores sobrecostos para la Administración a favor del contratista (adjudicado después de presentar una oferta temeraria), lo cual impactará en el *usuario* y en el *contribuyente*.
- iv Los participantes de licitaciones públicas o las firmas privadas dedicadas a la construcción de infraestructuras honestos simplemente se abstienen de competir en procesos licitatorios donde presumen que se presentará una oferta temeraria, o si son “precalificados” junto con otra firma que arroja serias sospechas de presentar una oferta temeraria, simplemente pierden los incentivos de presentar propuestas competitivas, pues saben que una oferta, por más temeraria que sea, les puede “ganar” siempre y cuando el precio sea más bajo. En otras palabras, desincentiva a la competencia.

Consecuentemente, se podría afirmar que la conducta de “presentación de ofertas temerarias” afecta negativamente a la Competencia.

El dilema se encuentra en que, si bien las contrataciones públicas son una de las formas en que un Estado interviene sobre el mercado, *la autoridad local de la competencia se estima competente para analizar las prácticas nocivas a la competencia que implican (únicamente) colusión entre competidores, lo cual dejaría afuera de su radar todas las otras conductas anticompetitivas que no implican colusión* entre competidores.

En el caso de que un oferente presente de forma unilateral y sin concierto con algún otro competidor (es más, lo hace con la intención de perjudicar a otro

competidor y así ganar la licitación), ¿cuál sería la autoridad competente para defender la libre competencia en dicho proceso licitatorio?

Si la licitación pública se lleva a cabo con exclusión de la Ley N.º 7021/2022¹² y *por ende sin la intervención de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP) o del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF)*¹³, ¿cuál autoridad se encargaría de velar por la defensa de la competencia en un llamado a concurso público amenazado por la presentación de una oferta temeraria si ni la DNCP ni el MEF son competentes y la Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM) tampoco?

En consecuencia, el marco jurídico paraguayo, (i) al no contemplar expresamente en su normativa de contrataciones públicas a las ofertas temerarias como muchas jurisdicciones del Derecho Comparado y (ii) al no existir sanción por la presentación de dichas ofertas temerarias, parecería alentar o al menos permitir abiertamente la presentación de ofertas temerarias que comprometan la ejecución regular de un contrato de obra pública, lo cual termina desalentando la sana competencia en los procesos licitatorios (a).

Tampoco hay una consecuencia jurídica en caso de alejarse de los “precios de referencia” de los contratos de obra pública (b).

a. El incentivo normativo a la presentación de ofertas temerarias

El ordenamiento jurídico nacional no solamente adolece de la ausencia de una norma legal que sancione la presentación de ofertas temerarias, sino que, además, es el mismo ordenamiento jurídico legal el que alienta este tipo de conductas anticompetitivas.

Como las normas legales no sancionan la presentación *esporádica o errante* de una oferta temeraria, tampoco sancionan la presentación *sistemática* de ofertas temerarias. En otras palabras, las normas aplicables a la contratación pública no sancionan a la presentación de ofertas temerarias realizada sin concierto o colusión de oferentes.

Lo preocupante es que una de las dos metodologías de evaluación de ofertas en las contrataciones públicas, sea *la del precio más bajo* conforme al artículo 75 del Decreto N.º 2264/2024 “Por el cual se reglamenta la Ley N.º 7021 del 09 de diciembre de 2022 “De Suministro y Contrataciones Públicas”, el cual dispone:

¹² Ver artículo 14 de la Ley N.º 7021/2022.

¹³ Ver artículo 7 de la Ley N.º 7021/2022

Procedimiento de evaluación. La convocante evaluará las ofertas presentadas según el criterio de evaluación utilizado:

Evaluación basada en la multiplicidad de criterios¹⁴

Evaluación basada en precio¹⁵.

No olvidemos que el antecedente directo de esto fue el artículo 28 de la hoy derogada Ley N.º 2051/2003 (no obstante, es menester considerar que existen numerosos contratos públicos en ejecución que fueron celebrados bajo el régimen legal de dicha ley):

Con base en el informe de evaluación, la Convocante adjudicará al participante que presente la oferta solvente que cumpla con las condiciones legales y técnicas estipuladas en los pliegos de bases y condiciones, que tenga las calificaciones y la capacidad necesaria para ejecutar el contrato. La misma deberá garantizar satisfactoriamente el cumplimiento de las obligaciones exigidas.

Si dos o más ofertas son solventes porque han cumplido la totalidad de los requisitos, el contrato se adjudicará a quien presente el precio más bajo.

Si bien la nueva ley de Suministros y Contrataciones Públicas impone varios criterios de adjudicación, no regula a las ofertas temerarias (que no hace falta definir conceptualmente, sino establecer la posibilidad de aceptación o rechazo de las mismas, como ocurre en la Unión Europea¹⁶ (y así evitar el *corset* legal de la obligación de rechazo automático; para evitar el rechazo automático, por ejemplo, se puede también exigir una garantía adicional a la garantía de fiel cumplimiento de contrato, como ocurre en Chile)¹⁷.

14 El Decreto N.º 2264/2024 no establece cuáles son esos "criterios". Esta laguna parecería un peligro vacío. No obstante, el artículo 52 de la Ley N.º 7021/2022 dispone expresamente que dichos criterios son: calidad; precio; costos del ciclo de vida del bien, servicio u obra pública; condiciones técnicas; experiencia del oferente o de su equipo de trabajo; condiciones de entrega del bien, servicio u obra pública; servicio posventa; características estéticas o funcionales (criterio altamente subjetivo); aspectos de sostenibilidad ambiental, económico y social; innovación.

Lo peligroso es que "de acuerdo con el mercado, el objeto del contrato y el ciclo de vida del bien, servicio u obra pública", el Organismo o Entidad del Estado *puede* (o sea, no está obligado) usar el criterio de evaluación que quiera, a su sola discreción; en este caso, la "discreción" podría sobreponerse al valor por dinero, lo cual agrega una cuota de incertidumbre a la contratación pública.

15 En esta metodología de evaluación, se da preferencia absoluta a la oferta de menor precio, incentivando a presentar ofertas con precios bajos con el afán de ganar la licitación.

16 Ver el artículo 69 de la Directiva 2014/24/UE "sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

17 Ver el nuevo artículo 11 de la Ley N.º 19.886 (modificado por la Ley N.º 21.634/2023).

Hay que ponderar esto: (i) la existencia de un imperativo legal para adjudicar a la oferta más baja, sumado (ii) a la inexistencia de consecuencias jurídicas sobre el oferente que presente una oferta temeraria o una oferta anormalmente baja, podría consistir no solamente en una restricción de parte de la normativa de contrataciones públicas paraguayas a la libre y sana competencia, sino que podría tratarse de una incitación a presentar ofertas anormalmente bajas (pues no hay castigo o sanción en la ley).

Hay que recordar que en el derecho de contrataciones públicas (i.e., en la aplicación de las Leyes N.º 7021/2022¹⁸, 5102/2013¹⁹, 5074/2013²⁰, 1535/1999²¹, etc.) rige el *Principio de Legalidad* del Derecho Administrativo, el cual se resume en el adagio “todo lo que no está expresamente permitido, está prohibido”. Por lo cual, si a una Entidad Pública que contrata cierto bien o servicio (Entidad Convocante) no le está expresamente permitido (por una ley, decreto reglamentario, o al menos pliego estándar de bases y condiciones) rechazar a una oferta por resultar “temeraria” o “anormalmente baja” dicha Entidad Pública tiene prohibido el rechazo y está obligada a su adjudicación.

La doctrina europea de derecho administrativo coincide en que el principio de legalidad ha ido introduciendo progresivamente en las leyes, los principios reconocidos en la Constitución de un Estado y en los Derechos Humanos pero que no siempre ha sido así. Sin embargo, actualmente, y en virtud al principio de legalidad, el derecho administrativo posee prerrogativas y obligaciones (Frier y Petit, 2016).

Numerosa doctrina argentina de Derecho Administrativo se ha pronunciado enfáticamente sobre el principio de legalidad en tanto que principio rector de la actuación del Estado y hasta principio universal de todo Estado de Derecho. Marienhoff expresa que la Administración “*debe desenvolverse con “sujeción” al ordenamiento jurídico. La actividad de la Administración está, entonces, “limitada”. Es ésa la consecuencia primaria que en este orden de cosas deriva del Estado de Derecho. La Administración actúa pues, secundum legem*” (Marienhoff, 2011). En otras palabras, Marienhoff dice que la Administración no puede actuar afuera de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico (cuya jerarquía nacional se aprecia en el artículo 137 de la Constitución).

Dromi, por su parte, ha expresado que “*el control se impone para asegurar la*

18 De suministro y contrataciones públicas.

19 Ley de promoción de la infraestructura pública y ampliación y mejoramiento de los bienes y servicios a cargo del Estado coloquialmente como la ley de Alianzas Público-Privadas.

20 Ley que modifica y amplía la Ley N.º 1302/1998 “Que establece modalidades y condiciones especiales y complementarias a la Ley N.º 1045/1983 “Que establece el régimen de obras públicas”, coloquialmente conocida como la ley “llave en mano”.

21 Ley de administración financiera del Estado.

sujeción del obrar público a reglas y principios de derecho y buena administración, en el que debe imperar inexcusablemente la perspectiva finalista del bien común (causa fin), a la que debe ajustarse el poder (causa medio). El control es el instrumento impuesto para verificar esa correspondencia entre “medios” y “fines” y un deficiente procedimiento de fiscalización o estructura de contralor, además del riesgo político por las tentaciones que el ejercicio del poder ofrece, coadyuva a que se enseñoree la arbitrariedad y se falseen los valores en desmedro del fin del Estado” (Dromi, 1998).

En virtud del artículo 257 de la Constitución, el Principio de Legalidad rige para todas las actividades, procedimientos y trámites en donde intervengan funcionarios públicos (o sea donde intervenga la Administración), dentro del marco de la seguridad jurídica.

Este Principio, consagrado en el artículo 32 de la Ley N.º 6715/2021 “De procedimientos administrativos” se plasma lo que ya sostenía Salvador Villagra Maffiodo “*el agente estatal se encuentra en posición radicalmente diferente a la de las personas del Derecho Privado para las que rige la regla está permitido todo lo que no está prohibido. En cambio la autoridad no puede limitarse a examinar si el acto no le está prohibido, sino que debe asegurarse de que el mismo esté positivamente autorizado*” (Villagra Maffiodo, 2011).

En el Derecho Público, y también en el Derecho Administrativo, la seguridad jurídica se traduce fundamentalmente en la idea de previsibilidad de las intervenciones del poder. Lo que el poder pueda o no hacer tiene que estar previsto en las *leyes*, de manera que las personas tengan la oportunidad de anticipar las decisiones de los gobernantes, sabiendo de antemano cuáles son los límites entre los que pueden producirse (Rivero Ortega y González Maldonado, 2019).

Aparte de que *no se sanciona expressis verbis* a la oferta temeraria en la normativa de contrataciones públicas (Ley N.º 7021/2022, su decreto reglamentario, etc.), sino solamente a la declaración falsa o dolo o mala fe de parte del proveedor o contratista en el marco de un procedimiento de contratación o posteriormente, es difícil sancionar la mala fe en una oferta temeraria pues “la buena fe es un principio general del derecho” (Olea, 2018) -esto significaría que la mala fe²² debe probarse- y además, la adjudicación -acto administrativo por excelencia (Grassi Pampliega, 2017)- que consiste precisamente en evaluar todas las ofertas y con base en los criterios técnicos y económicos de la Administración (filtro de dicha

22 Como lo dispone el artículo 714 del código civil “el contrato debe ser interpretado de acuerdo con la buena fe”. También el deber de buena fe se encuentra previsto en el artículo 689 del código civil con respecto a las negociaciones previas y a la formación del contrato (esto es muy importante para delimitar la *culpa in contrahendo*). No hay que perder de vista que en virtud del artículo 8 de la Ley N.º 2051/2003 “en todo lo no previsto por dicha ley, su reglamento y demás disposiciones administrativas que deriven de ellos, serán aplicables supletoriamente el código civil”.

evaluación) seleccionar al futuro contratista (Wolters Kluwer, sf) deberá estimarse *nula* por parte de la Autoridad competente (lo que podría significar una división de responsabilidad (compartida entre el *oferente* y el organismo público adjudicador), lo cual, dificulta aún más la sanción de la oferta temeraria e incentiva esta conducta desalentando a la competencia).

Como ya se observó, una persona puede presentar una oferta temeraria sin miedo a contramedidas normativas (porque no existen), le es más alentador presentar una oferta anormalmente baja para “ganar” la licitación que presentar una oferta técnica superior a las demás.

Esta conducta, aparte de desalentar la competencia (i) entre los competidores de la licitación en cuestión y (ii) respecto a los denominados “oferentes autoexcluidos”²³, también desincentiva la competencia (iii) entre esos mismos competidores en cualquier otra licitación pública y (iv) desalienta también la entrada de otros potenciales competidores en futuros procesos competitivos para adquisiciones públicas, debido al efecto de “espada de Damocles” de las ofertas temerarias *precedentes*.

Se ha afirmado que (Paraguay no es la excepción) el proceso competitivo de licitación pública es el método convencional para la contratación para el desarrollo de proyectos de construcción de gran envergadura. El método de evaluación más simple para ellas es lo que generalmente se denomina al “método tradicional”, que es adjudicar el contrato a la oferta más baja.

A pesar de su uso generalizado, el método tradicional es considerado una fuente de problemas legales y técnicos y que en realidad la oferta más baja del método tradicional no es la mejor oferta en término de precios (Ballesteros-Pérez et al., 2015).

Esta situación se torna alarmante en el caso de contrataciones públicas del Estado paraguayo que excluyen expresamente a la Ley N.º 7021/2022, también conocidas en doctrina internacional como “contrato sin ley” (Patrice Level 1967)²⁴ como son (irónicamente) algunos contratos de obra pública financiados vía préstamos internacionales con organismos multilaterales²⁵.

¿Y dónde se observa este incentivo normativo a la presentación de ofertas temerarias? Pues bueno, es menester resaltar lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley N.º 7021/2022:

²³ Que, si bien no son estrictamente competidores en ese llamado (i.e. licitación pública), sí son operadores que forman parte del mismo mercado relevante que los oferentes de dicho llamado.

²⁴ En derecho canadiense (Sabourin, 2020).

²⁵ El artículo 14 de la Ley N.º 7021/2022 excluye expresamente de su aplicación a las contrataciones “que se efectúen en ejecución de lo establecido en los tratados internacionales de los que la República del Paraguay sea parte y las que se financien con fondos provenientes de organismos multilaterales de crédito” (inc. e).

Las convocantes elaborarán los pliegos de bases y condiciones de los procedimientos de contratación de conformidad con las disposiciones establecidas en los reglamentos y de conformidad a los documentos estándar elaborados por la Dirección Nacional de Contrataciones Pública

Según el citado artículo 45, las Entidades Públicas que precisen contratar bienes o servicios en virtud de la ley de suministros y contrataciones públicas están obligadas a seguir los lineamientos dispuestos por los Pliegos estándar elaborados por la DNCP. El artículo 58 de la Ley N.º 7021/2022 dispone igual solución para la regulación de los contratos públicos resultantes de un procedimiento de contratación.

Sin embargo, se observa en el Pliego estándar “Pliego para la contratación de obras – convencional – Ley N.º 7021/22; versión 2, aprobado por Resolución DNCP N.º 455/2024²⁶ una soslayada preferencia al precio más bajo, lo cual es un parámetro objetivo y hartamente utilizado en las contrataciones públicas del Derecho Comparado, pero que puede ir en detrimento de la competencia efectiva si no se regula detalladamente los casos de ofertas temerarias o anormalmente bajas. Reza dicho Pliego estándar:

En los procedimientos de contratación en los cuales se aplique la combinación de criterios, la evaluación de las ofertas se llevará a cabo con base a la metodología, criterios y parámetros establecidos en los pliegos de base y condiciones que permitan establecer cuál es aquella que ofrece mayor valor por dinero.

En los demás casos, la convocante adjudicará el contrato al oferente cuya oferta haya sido evaluada como la más baja (las negritas son del autor)

Es decir, que cuando se trata de la contratación de una empresa para una obra pública, solamente en el caso de que el propio PBC imponga una combinación de criterios para la evaluación de ofertas, se tendrá en cuenta el “valor por dinero”. En todos los otros casos (o sea, en todas las contrataciones que no contemplen expresamente al valor por dinero como metodología de evaluación) se adjudicará al precio más bajo.

Efectuar una evaluación de ofertas con el criterio de precio más bajo; es decir, que la adjudicación dependa del precio más bajo de las ofertas, sin que exista una regulación expresa de las ofertas temerarias o anormalmente bajas, expone

²⁶ Emitido el 15 de febrero de 2024 por la DNCP, disponible en https://www.contrataciones.gov.py/buscador/marco-legal.html?nro_nombre=&tipo_norma=8&tipo_resolucion=&redactor=&fecha_desde=&fecha_hasta=&order=&page=2.

a la Administración a la celebración de contratos de obra pública cuya ejecución se podría ver comprometida por la baja calidad de bienes o servicios proveídos por el Contratista como consecuencia del bajo precio de su oferta, sin mencionar las consecuencias legales que podría tener dicha adjudicación o supervisión contractual sobre los funcionarios públicos responsables de los mismos además de menoscabar el valor por dinero que supuestamente exigía dicha contratación, la cual o suele ser un elemento de evaluación sustancial (o sea que determina directamente el rechazo o la adjudicación de las ofertas) o suele ser, al menos, un elemento a ser tenido en cuenta en la metodología utilizada para la evaluación de ofertas.

Por estas razones, se recomienda que la regulación de esta materia se encuentre preferentemente vía ley o decreto reglamentario, o en su defecto, al menos debería contemplarse en todos los Pliegos estándar de contratación.

b. Consecuencia jurídica en caso de alejarse de los “precios de referencia” de los contratos de obra pública: la gran ausente en la normativa

Como se adelanta el título de este apartado, no existe una consecuencia jurídica que resulte del apartamiento excesivo de los “precios de referencia” que puede fijar la Administración de manera previa a un llamado de licitación pública.

Hay un silencio a este respecto de parte del texto de la Ley N.º 7021/2022. Respecto al artículo 56 de la Ley N.º 7021/2022²⁷, dicho artículo se refiere a la posibilidad de declaración desierta de un procedimiento de contratación en caso de que los precios (en plural) de *todas* las ofertas presentadas en una licitación se alejasen sustancialmente de la estimación del contrato.

Pero el artículo 56 no analiza los precios de una oferta en forma *singular*, sino se preocupa por “los precios de las ofertas”.

Por más de que el valor de los precios de referencia en las contrataciones públicas constituya una verdad innegable en el Derecho Comparado (Ponce Zambrano, 2020)²⁸ y de que las autoridades nacionales estén al corriente de dicha importancia, el ordenamiento jurídico paraguayo no cuenta con una disposición proveniente de una ley o al menos de un decreto del Poder Ejecutivo que trate efectivamente sobre los precios de referencia en las contrataciones públicas.

Lo que sí hay es una Resolución de la DNCP (inferior en jerarquía según lo dispone la Constitución de 1992²⁹) y que según el portal de la DNCP se

27 Cuyo precedente directo es el artículo 30 de la Ley N.º 2051/2003.

28 Ver también (Ministerio de Justicia del Estado de Bolivia, 2019).

29 Ver artículo 137.

encuentra actualmente vigente³⁰, “Por la cual se regula la estimación de precios y su publicidad en los procedimientos de contrataciones públicas en el marco de la Ley N.º 2051/2003” (la resolución 1890) emitida el 7 de mayo de 2020, en forma posterior a los escándalos de corrupción sobre compras públicas en épocas de pandemia relativos a sobrefacturaciones contra Entidades del Estado justamente por no apegarse (o no existir) precios de referencia que sean razonables.

Sin embargo, la Resolución DNCP N.º 1890/2020 adolece de un elemento esencial de toda norma jurídica de este tipo: la consecuencia jurídica en caso de incumplimiento del deber de fijar precios referenciales.

Hans Kelsen sostenía que, para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria a lo ordenado por una norma jurídica.

A las normas ordenan una conducta determinada sin que la conducta contraria sea sancionada Kelsen las denominó “una simple expresión de deseos del legislador” que *no tiene alcance jurídico*. Para Kelsen, la ciencia del derecho no puede considerar a una norma que no sanciona la conducta contraria como norma jurídica (Kelsen, 1960).

En consecuencia, la Resolución DNCP 1890/2020, como carece de sanción a las conductas contrarias a lo que ordena (deber de fijar precios referenciales, publicarlos y rechazar las ofertas que se alejen considerablemente de los mismos) dicha normativa no tiene alcance jurídico importante.

Cuando se cataloga a una oferta como “anormalmente baja”, se la cataloga así luego de una comparación que suele ser tripartita:

- i Comparación con los precios de las otras ofertas (de la misma licitación o de las mismas personas en licitaciones diferentes o en licitaciones del mismo período fiscal)
- ii Comparación con los precios del mercado
- iii Comparación con los “precios referenciales” dispuestos por la Administración

Pero si no existen precios referenciales de parte de la Administración para compararlos con los precios contenidos en las ofertas de un concurso público, el proceso licitatorio corre el riesgo de ser efectuado “a ciegas” (i.e., sin un *benchmark* del cual partir para calificar a las ofertas presentadas en una licitación como muy elevadas o muy bajas). Dicho *benchmark* pasa a *ser oficial* cuando es evaluado, comparado, analizado, escrudiñado y emitido por la Administración.

Como lo argumenta información de Derecho Comparado, una oferta

³⁰ Ver https://www.contrataciones.gov.py/buscador/marco-legal.html?nro_nombre=1890&tipo_norma=3&tipo_resolucion=&redactor=&fecha_desde=&fecha_hasta=&order=&page=.

puede ser calificada como anormalmente baja si su precio no se corresponde con la realidad económica del mercado pertinente (Anon, sfb).

Sin embargo, sin la existencia de un *benchmark* de naturaleza oficial con el cual comparar los precios ofertados en una licitación (o sea sin la existencia de precios referenciales), la comparación se haría i) entre los precios de las distintas ofertas presentadas³¹, que pueden estar alineados o alejados de la realidad del mercado³² o ii) entre los precios presentados de las distintas ofertas y los precios reales del mercado en la actualidad³³.

Conclusiones y Recomendaciones

Aparte de mencionar que a la fecha no hay una norma seria que verse sobre los precios de referencia para los contratos de obras públicas (tampoco hay al menos una resolución de la DNCP sobre los precios de referencia relativa a la aplicación de la Ley N.º 7021/2022 “De suministro y contrataciones públicas”), se sugiere el MEF³⁴, o en su defecto, al menos la DNCP, regulen los precios de referencia y su efecto jurídico en las contrataciones públicas. La ley 7021/2022 dispone que el MEF define las políticas, normas y lineamientos del Sistema Nacional de Suministro Público. Por lo que, si el MEF reglamenta expresamente a esta materia, dicha reglamentación podría resultar aplicable *mutati mutandis* a

31 Un oferente puede catalogar como “anormalmente baja” una oferta comparándola con las otras ofertas de la licitación de la cual participan pero dicha constatación no puede bastarse a sí misma para fundamentar “la temeridad” de una oferta (es decir, el solo hecho de que los precios de una oferta sean significativamente más bajos en comparación con otras no puede por sí mismo constituir el fundamento de una acusación de “temeridad”); es necesaria la prueba de que los precios bajos de la oferta pueden comprometer la ejecución del contrato licitado (Consejo de Estado de Francia, fallo del 29 de mayo de 2013 esp. 4).

32 Las autoridades de Competencia han alertado expresamente sobre las ofertas que no parecen *a priori* anormalmente bajas pero que sí lo son: esto se suele dar por el solo hecho que su oferente, el cual forma parte de un cartel (en la lógica de licitaciones colusorias) que ha falseado la competencia a través de las llamadas “ofertas de cortesía” que consisten en ofertas cuyos precios también son bajos creando una impresión en la Administración que la oferta “temeraria” no es tan “anormalmente baja” cuando en realidad sí lo es (puede ocurrir a la inversa, i.e., las ofertas de cortesía presentan precios altos con el sólo objetivo de que la oferta -anormalmente baja- gane la licitación por una diferencia considerable en el margen de precios cuando en realidad dicho margen fue pura creación colusoria) (Ministère de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté Industrielle et Numérique, 2019).

33 Los precios contenidos en las ofertas presentadas pueden adolecer de un falseamiento a la Competencia a través de un *acuerdo* para presentar ofertas bajas o altas (ambos casos alejados del verdadero precio de mercado) con el ánimo de forzar a la Administración a apreciar la oferta temeraria como una opción viable para la adjudicación. Aparte, dicha comparación puede no contener los elementos “oficiales” que poseen los precios referenciales, como: i) comparar con al menos tres precios de dicho servicio o bien de parte de las empresas al público en general, de parte de las cámaras, organizaciones, instituciones u organismos gremiales privados o públicos y de parte de la Administración (en adjudicaciones anteriores sean de la misma Convocante o de otros organismos); ii) especificación de la metodología utilizada para la obtención de dichos precios de referencia (promedio, precio más bajo u otra) y otros datos e informaciones que se basen en principios de economía y eficiencia; iii) la justificación oficial de parte de la Administración del motivo por el cual se alejó (si corresponde) de las metodologías usuales (CONACOM, 2022).

34 En su carácter de regulador central del Sistema Nacional de Suministro Público

otros métodos legales de contratación de bienes y servicios excluidos de la Ley N.º 7021/2022, como son las construcciones ejecutadas con fondos provenientes de préstamos con bancos multilaterales o las Alianzas Público-Privadas.

Podría, asimismo, resultar recomendable ajustar la Ley N.º 4956/2024 (o normativa derivada) “De defensa de la competencia” debido a la existencia de prácticas unilaterales en la presentación de ofertas que pueden impactar negativamente a la competencia y no necesariamente originarse en acuerdos colusorios³⁵ (Hinojosa et al., 2024).

Muchos estudiosos en la coinciden que la existencia de ofertas temerarias (o anormalmente bajas o *low-ball bidding*) en los contratos públicos, principalmente en los de gran envergadura como la construcción de infraestructuras públicas. Las Bancas Multilaterales como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, entre otros, se adhieren a la tesis anterior.

Estas ofertas temerarias tienen como causas subyacentes (o como consecuencia, poco importa el orden de éstos si el resultado es siempre negativo al Estado) (i) propiciar renegociaciones en condiciones más favorables (y por ende anticompetitivas) a favor del Adjudicado (Guasch, 2004); (ii) incumplimientos en la ejecución del contrato público (Castillo Blanco, 2020); y finalmente (iii) derivar en la contratación de una obra o servicio que no es útil o eficiente para el interés general del Estado contratante.

En consecuencia, sería una buena práctica para el marco legal paraguayo que se contemple las ofertas temerarias y sus efectos jurídicos, en (i) los Pliegos de Bases y Condiciones estándar, (ii) los Pliegos de Bases y Condiciones ad hoc, (iii) o idealmente en la reglamentación de la ley, o incluso mejor, (iv) en la ley misma, como es el caso de la Directiva 2004/24/UE sobre contratación pública de la Unión Europea o la Directiva 2014/23/UE relativa a las Concesiones, también de la Unión Europea.

Referencias

AMIAMANI ELSÉN. (2020). *Las licitaciones colusorias: Entre el derecho de competencia y el derecho de contrataciones pública. Derecho y Políticas de Libre Competencia en América Latina*. <https://lalibrecompetencia.com/2020/01/31/las-licitaciones-colusorias-entre-el-derecho-de-competencia-y-el-derecho-de-contrataciones-publicas/>

³⁵ Autorizada doctrina declara que es posible (entre todas las posibilidades que se encuentran detrás de los motivos de una oferta temeraria) que este tipo de ofertas respondan a un comportamiento *estratégico* por parte de los oferentes.

- Anon. (2013). "Bid Rigging." *Federal Trade Commission*. <http://www.ftc.gov/advice-guidance/competition-guidance/guide-antitrust-laws/dealings-competitors/bid-rigging>
- Anon. (sfb). Cómo justificar una oferta temeraria en una licitación pública? <https://administrativando.es/ofertas-temerarias/>
- Anon. (sfb). *Offre Anormalement Basse Commande Publique*. <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Offre-anormalement-basse.htm>
- Ballesteros-Pérez, P., Skitmore, M., Pellicer, E., y González-Cruz, C. M. (2015). Scoring Rules and Abnormally Low Bids Criteria in Construction Tenders: A Taxonomic Review. *Construction Management and Economics*, 33(4):259-78. doi: 10.1080/01446193.2015.1059951.
- Castillo Blanco, F. A. (2020). Las ofertas anormalmente bajas: a propósito de los costes generales y el beneficio industrial. *Revista de Administración Pública*, (212).
- Coelho Moreira, T., y Mateus, A. M. (Eds.). (2007). Competition and Regulation. En *Competition Law and Economics* (345-50). Kluwer Law International.
- Competition Commission of South Africa. (2014). *How to Prevent, Detect and Report Collusive Tendering*.
- CONACOM. (2022). *Opinión Del Directorio D/01/2022*.
- De la Riva, I. M. (2018). *Lo Público y Lo Privado En El Derecho de Las Infraestructuras*. Thomson Reuters - La Ley.
- Decreto N.º 1490/2014, *Por el cual se reglamenta la Ley N.º 4956/2013 'Defensa de la Competencia'*.
- Drexler, J., and Bagnoli, V. (Eds.). (2015). *State-Initiated Restraints of Competition*. Edward Elgar Publishing.
- Dromi, R. (1998). *Derecho Administrativo* (7ª ed.). Ciudad Argentina.

- Emanuelli, P. (2022). *Bid-Rigging: A Federal Offence.*” *The Procurement Office*. Retrieved June 27, 2022. <https://procurementoffice.com/bid-rigging-a-federal-offence/undefined>.
- Frier, P. L., y Petit, J. (2016). *Droit Administratif*. (10^a ed.). LGDJ.
- Grassi Pampliega, J. A. (2017). Derecho Administrativo: ‘El carácter firme de las adjudicaciones públicas’. *Revista Jurídica Investigación en ciencias jurídicas y sociales del Centro de Entrenamiento del Ministerio Público*.
- Grith S., Ø., y Nyström, J. (2017). Defining Abnormally Low Tenders: A Comparison between Sweden and Denmark. *Journal of Competition Law & Economics*, 13(4), 666-709.
- Guasch, J. L. (2004). *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions. Doing It Right*.
- Hinojosa, S., Muñoz, R., y Oviedo, G. (2024). *Identificación de Ofertas Anormalmente Bajas en APPs: Análisis de la Evidencia y Propuesta de un Test Estadístico*.
- Kelsen, H. (1960). *Teoría Pura del Derecho*. Universitaria de Buenos Aires.
- Level, P. (1967). *Le contrat dit sans loi*.
- Ley N.º 7021/2022, *De suministro y contrataciones públicas*.
- Marienhoff, M. S. (2011). *Tratado de Derecho Administrativo* (3^a ed.). Abeledo-Perrot.
- Ministère de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté Industrielle et Numérique. (2019). *L'offre anormalement basse*.
- Ministerio de Justicia del Estado de Bolivia. (2019). *Guía de procesos de contratación pública a nivel Municipal*.
- Olea, A. S. (2018). La buena fe contractual como norma jurídica. *Good faith as legal norm*, 45.

- Ponce Zambrano, José Miguel. 2020. Diferencias entre presupuestos referenciales y ejecutados en la licitación de obra. *Revista San Gregorio* (43),1–20.
- RAE. (2023a). *Diccionario de la lengua española*, “acordar”. <https://dle.rae.es/acordar>.
- RAE. (2023b). *Diccionario de la lengua española*, “concertar”. <https://dle.rae.es/concertar>
- Reig, C. P. (2010). La regulación de la baja temeraria en los procedimientos de contratación. fundamentación actual e historia normativa. *Revista de Administración Pública*, 32.
- Rivero Ortega, R., y González Maldonado, M. Au. (2019). *Derecho Administrativo Paraguayo*. La Ley Paraguaya.
- Sabourin, F. (2020). Le contrat sans loi en droit international privé canadien. *Revue québécoise de droit international*, 19(2):35–63. doi: 10.7202/1069105ar.
- Villagra Maffiodo, S. (2011). *Principios de Derecho Administrativo* (4^a ed.). Servilibro.
- Wolters Kluwer. (sf). *Guías Jurídicas: Adjudicación de contratos administrativos*.