

De la autoridad sobre los contratos públicos a la Autoridad Nacional Anticorrupción: un cambio de sistema¹

GABRIELLA M. RACCA²

RESUMEN

Se examinan los cambios en el sistema de la contratación pública italiana a partir de la supresión de la Autoridad para la Vigilancia de los contratos públicos y de la introducción de la Autoridad Anticorrupción. La prevención y lucha anticorrupción supone cambios organizativos y funcionales de la Administración pública dirigidos a garantizar la integridad y competencia mediante estrategias de recalificación del gasto, capaces de favorecer la innovación en los contratos públicos. En tal contexto se profundiza el rol de la Autoridad Nacional Anticorrupción desde su introducción hasta las disposiciones contenidas en la ley para la actuación de las directivas europeas de 2014, dirigidas a desarrollar capacidades que conduzcan a una recalificación de la "función de

- 1 Título original "*Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità Nazionale Anticorruzione: il cambiamento del sistema*" en: *Rivista di Diritto Amministrativo*, Milano: Giuffrè Editore, Fascicolo 2-3, 2015, pp. 345-387. Traducido por Samuel Baena Carrillo, doctorando en Persona, Derecho y Mercado de la Universidad de Turín, Turín, Italia, y Camilo Perdomo Villamil, doctorando en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Bolonia, Bolonia, Italia.
- 2 Profesora de Derecho Administrativo y Deputy, directora del Departamento de Management de la Universidad de Turín, Turín, Italia. Correo-e: gracca@unito.it. Fecha de recepción: 27 de septiembre de 2017. Fecha de modificación: 20 de octubre de 2017. Fecha de aceptación: 30 de octubre de 2017. Para citar el artículo: RACCA, GABRIELLA M. "De la autoridad sobre los contratos públicos a la autoridad anticorrupción: un cambio de sistema", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 19, 2018, pp. 181-220. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n19.09>

compra" y de los instrumentos de tutela encaminados a asegurar la integridad y la calidad de las prestaciones a cargo del Estado.

Palabras clave: Sistema de compras públicas, Autoridad de vigilancia de los contratos públicos, Autoridad anticorrupción, Recalificación del gasto, Competencia, Corrupción.

From a Public Procurement Authority to a National Anticorruption Authority: A Change of Paradigm

ABSTRACT

This paper examines changes occurred within the Italian public procurement system since the deletion of the oversight authority and its replacement with an anti-corruption agency. Prevention and fighting of corruption involve organizational and functional amendments with the purpose of assuring the transparency and competition in the public procurement sector. In this context, the anticorruption authority's role in the recent implementation of EU directives of 2014 on public contracts is questioned, with regards to the development of technical and oversight capacities for maintaining a quality standard in the State's assignments.

KEYWORDS: Public Procurement System, Oversight Authority, Anticorruption authority, Competition, Corruption.

1. DE LA VIGILANCIA SOBRE LOS CONTRATOS PÚBLICOS A LA ANTICORRUPCIÓN³

En nuestro ordenamiento, la corrupción asume, como es sabido, los caracteres de "fenómeno político-administrativo sistémico"⁴ en cuanto es capaz de

3 El artículo desarrolla el Informe presentado en el 61.º Congreso de Estudios Administrativos sobre "La nueva disciplina de los contratos públicos entre exigencia de simplificación, reactivación de la economía y lucha contra la corrupción" (Varena, 17, 18 y 19 de septiembre de 2015).

4 Así denominado en el conocido discurso de apertura del año judicial 2013, Corte de Cuentas, 5 de febrero de 2013, donde se solicitó una respuesta "articulada y sistemática". PCM, Departamento de la Función Pública, *Plan Nacional Anticorrupción*, 11 de septiembre de 2013. A. VON BOGDANDY & M. IOANNIDIS, "Systemic deficiency in the rule of the law: what it is, what has been done, what can be done", in *Common Market Law Review*, 2014, pp. 59-96; A. VON BOGDANDY & M. IOANNIDIS, "Il deficit sistémico nell'Unione Europea", in *Rev. Trim. Dir. Pub.*, 2014, pp. 593 y ss.; A. ROMANO, introduzione al convegno *Corruzione e crisi sistémica*,

comprometer la imparcialidad y el buen funcionamiento de las administraciones públicas y su legitimidad misma. La corrupción⁵ ha sido definida como "el abuso de un poder para la persecución de intereses privados"⁶ e incluye cada desviación del comportamiento correcto que se traduce en mala administración⁷.

El fenómeno corruptivo puede ser favorecido también por aquella que ha sido definida como "corrupción de las reglas", donde una excesiva o incoherente

Università di Torino, 18 de mayo de 2015; B. G. MATTARELLA & M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione, Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino: Giappichelli, 2013.

- 5 Más allá de la noción codificada de derecho penal en los artículos 318 (corrupción por el ejercicio de una función), 319 (corrupción por un acto contrario a los deberes del oficio), 319-ter (corrupción en actos judiciales), sobre los cuales ver C. F. GROSSO, "Novità, omissioni e timidezze della legge anticorruzione in tema di modifiche al codice penale", en B. G. MATTARELLA & M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione, Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino: Giappichelli, 2013, se ha afirmado una noción "administrativista" de corrupción, según la Ley n.º 190 de 2012, "Disposiciones para la prevención y la represión de la corrupción y de la ilegalidad en la administración pública". Ver: M. CLARICH & B. G. MATTARELLA, "La prevenzione della corruzione", en B. G. MATTARELLA & M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione, Prevenzione e repressione della corruzione*, op. cit., p. 61, donde se afirma que "a la luz [...] de la Ley 190/2012, se puede decir que existe una noción administrativa de corrupción, diferente de aquella penal. Es una noción ciertamente amplia, que reenvía a conductas no solamente penalmente relevantes, sino también a conductas que son fuente de responsabilidad de otro tipo o no ligadas a alguna sanción, pero pueden generar situaciones de ilegitimidad y que son, en todo caso, desagradables para el ordenamiento jurídico"
- 6 La Convención de Derecho Civil sobre la Corrupción del Consejo de Europa (Estrasburgo, 4 de noviembre de 1999, *European Treaty Series*, n.º 174) considera "corrupción" el "solicitar, ofrecer, dar o aceptar, directa o indirectamente, una suma de dinero u otra ventaja indebida o la promesa de una ventaja indebida, que distorsiona el correcto cumplimiento de una función/tarea o el comportamiento exigible por el beneficiario del pago ilícito, de la ventaja no debida o de la promesa de una ventaja". La definición es tomada del Plan Nacional Anticorrupción aprobado el 11 de septiembre de 2013 por la Autoridad Nacional Anticorrupción con base en la propuesta del Departamento de la Función Pública, con base en el artículo 1, parágrafo 2 literal b) de la Ley n.º. 190/2012. Comité Economico y Social Europeo, *Lotta alla corruzione nell'UE: rispondere alle preoccupazioni delle imprese e delle società civili*, publicado en GUUE del 15 de enero de 2016, C 13/63.
- 7 Ver: ANAC, Determinación n.º 12 del 28 de octubre de 2015, *Actualización 2015 al Plan Nacional Anticorrupción*, donde "se confirma la definición del fenómeno contenida en el PNA, no solo más amplia del delito específico de corrupción y del conjunto de delitos contra la administración pública, pero coincidente con la 'mala administración', entendida como la toma de decisiones (de orden de intereses a conclusión de procedimientos, de determinación de fases internas a procedimientos singulares, de gestión de recursos públicos) desviadas de la protección del interés general a causa del condicionamiento impropio por parte de intereses particulares. Es necesario, por lo tanto, tener precaución con los actos y comportamientos que, aunque no constituyan delitos específicos, son contrarios a la necesaria protección del interés público o perjudican la confianza de los ciudadanos en la imparcialidad de la administración y de los sujetos que desarrollan actividades de interés público". Ver: S. CASSESE, "Maladministration e rimedi", en *Foro it.*, 1992, v, p. 243; S. A. FRECO LUPPI, "L'obbligo di astensione nella disciplina del procedimento dopo la legge n.º 190 del 2012", in *Dir. Amm.*, 2013, p. 671.

disciplina favorece el abuso o la desviación respecto a la persecución del interés general⁸.

Tales comportamientos determinan graves perjuicios a la actividad económica, sea en el sector privado como en el público, sin embargo, surge con mayor evidencia como la falta de integridad que compromete en particular los derechos fundamentales del individuo, y viola el vínculo de solidaridad social.

La discriminación vinculada a la corrupción compromete la cohesión social, que encuentra su fundamento en el principio de solidaridad, donde cobran relevancia los deberes con los coasociados en razón de un ligamen que el citado principio de solidaridad ubica entre los ciudadanos⁹. El ciudadano corruptor no solo no cumple el deber de solidaridad, pero viola la lealtad a la República, que exige a los ciudadanos la observancia de la Constitución y de las leyes, pero también la lealtad que se requiere en la observancia de los deberes (artículos 2 y 54, c. I de la Constitución)¹⁰. Aún más, el funcionario público corrupto traiciona el deber de lealtad cualificada por la disciplina y el honor que le es exigida por la Constitución (artículo 54, c. II.)¹¹.

- 8 S. ROSE-ACKERMAN, "International Actors and the Promises and Pitfalls of Anti-Corruption Reform", en *Pennsylvania Journal of International Law*, 2013, p. 449. G. M. RACCA & R. CAVALLO PERIN, "Corruption as a Violation of Fundamental Rights: Reputation Risk as a Deterrent Against the Lack of Loyalty", en *Ius Publicum Network Review*, n.º 1/2014, www.us-publicum.com, y en G. M. RACCA – C. R. YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruselas: Bruylant, 2014, pp. 23-48. Ver: International Council on Human Rights Policy, *Corruption and Human Rights: Making the connection*, 2009, pp. 3 y ss. Ver, por último: EUI European University Institute. *European judicial cooperation and fundamental rights: some practical guidelines*, Florencia, 2014.
- 9 R. CARVALLO PERIN, "L'etica pubblica come contenuto di un diritto degli amministratori alla correttezza dei funzionari", en F. MERLONI & R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano: Franco Angeli, 2009, pp. 147-161; Idem, informe en el Congreso *Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, Consejo de Estado, Roma, 14 de mayo de 2014, pp. 36 y ss. Idem, *Verso una professionalità e cultura comune ai funzionari pubblici in Europa*, prefazione a J.L. SILICANI, "Libro bianco sull'avvenire dei funzionari pubblici, per la Francia del domani", Napoli, Jovene, 2011, pp. XI-XXV; Idem, informe en el Congreso *Corruzione e crisi sistemica*, Università degli Studi di Torino, 18 de mayo de 2015; R. CAVALLO PERIN – B. GAGLIARDI, "L'exemple italien: L'exorbitance de la relation professionnelle des fonctionnaires, malgré leur contractualisation", en C. FORTIER (directo da) *Le Statut général des fonctionnaires: trente ans, et après?*, Paris: Dalloz, 2014, pp. 177-199; Idem, "La dirigenza pubblica al servizio degli amministratori", en *Riv. Trim. Dir. Pubb.* 2014, pp. 309-336.
- 10 Ver: A. DI GIOVINE, "Art. 2", en G. NEPPI MODONA (a cura di), *Stato della Costituzione. Oltre la bicamerale le riforme possibili*, Milano: Il Saggiatore, 1998, pp. 9-12; A. BARBERA, "Commento all'art. 2", en G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1994; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna: Il Mulino, 1984; G. PECES BARBA MARTINEZ, voce "Diritti e doveri fondamentali", en *Dig. Disc. Pubb.*, Torino: UTET, 1990, v, pp. 139-158.
- 11 G. M. RACCA, *La corruzione come violazione dei diritti fondamentali dell'individuo e del principio di solidarietà*, informe al encuentro del San Martino, *Corruzione, Istituzioni della democrazia e organizzazione*

Como es sabido, el fenómeno corruptivo ha resultado particularmente difundido en el sector de los contratos públicos y en él ha pervertido cada fase¹², desde la definición de las necesidades hasta la terminación de la ejecución. La gravedad del fenómeno, junto con las exigencias internacionales¹³, ha inducido al legislador a la supresión de la autoridad para la vigilancia sobre los contratos públicos y a la atribución de sus funciones a una nueva autoridad, definida como anticorrupción, dando evidencia semántica a la reconocida sistematicidad del fenómeno.

La prevención y la lucha contra la corrupción en los contratos públicos requiere, por tanto, la elaboración de estrategias también sistémicas, que han sido confiadas a la Autoridad Nacional Anticorrupción¹⁴. La incorporación

- pubbliche*, Perugia, 21 de noviembre de 2014, en trámite de publicación; G. ZAGRIBELSKY, Intervención en el Congreso *Corruzione e crisi sistemica*, Università di Torino, 18 de mayo de 2015; B. G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna: Il Mulino, 2007, pp. 131 y ss. A. DI GIOVINE, "Art. 54", en G. NEPI MODONA (a cura di), *Stato della Costituzione. Oltre la bicamerale, le riforme possibili*, cit., pp. 234-236; L. VENTURA, "Comento all'art. 54", en G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma: Zanichelli, 1994; R. BIN & S. BARTOLE, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova: CEDAM, 2008; V. CERULLI IRELLI, "Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative", en F. MERLONI & L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Florencia: 2010, pp. 89 y ss.; G. M. RACCA, "Disciplina e onore nell'attuazione dei codici di comportamento", en R. CAVALLO PERINI & F. MERLONI (a cura di), *Al servizio della Nazione, Etica e Statuto dei funzionari pubblici*, Milano: Franco Angeli, 2009, pp. 250-265; R. CAVALLO PERINI, informe en el Congreso *Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione Europea nelle nuove Directive*, Consejo de Estado, Roma, 14 de mayo de 2014, ob. cit., p. 42.
- 12 Presidencia del Consejo de Ministros y Ministerio para la Administración Pública y la Simplificación. *La corruzione in Italia, Per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma. Rapporto della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, 2012*. Commissione UE, *Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione nell'UE*, 6 de junio de 2011, COM (2011) 308 final, 13 y 13; PricewaterhouseCoopers, Report per la Commissione EU *Identifying and reducing corruption in Public Procurement in the EU*, 30 de junio de 2013.
- 13 Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la corrupción (adoptada por la Asamblea General de la ONU el 31 de octubre de 2003 y ratificada con base en de la Ley n.º 116 del 3 de agosto de 2009) artículo 6 y Consejo de Europa, Convención Penal sobre la corrupción (27 de enero de 1999), artículos 20 y 21. Ver: G. ABBATINO & N. PARISI, "L'ANAC nel contesto delle relazioni internazionali", en R. CANTONE & F. MERLONI, *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, cit., p. 152; F. MANGANARO, "Perspectives on fighting corruption in public contracts in Italy", en G. M. RACCA & C. Y. YUKINS (a cura di) *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing corruption concerns in Public Procurement Internationally*, Burselas: Bruylant, 2014, pp. 53 y ss.; B. G. MATTARELLA, *The Italian efforts on anti-corruption*, *Ibid.*, pp. 61 y s.s.
- 14 R. CANTONE & F. MERLONI, *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, cit., 2015, passim. Ver: Ley n.º 11 del 26 de enero de 2016, delegación al Gobierno para la implementación de las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 26 de febrero de 2014, sobre la adjudicación de los contratos de concesión, los contratos públicos y el procedimiento de contratación de los entes prestadores en el sector del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, y para la

de la Autoridad para la Vigilancia de los Contratos Públicos en la Autoridad Nacional Anticorrupción (ANAC)¹⁵ ha determinado un cambio significativo en la perspectiva de la vigilancia sobre los contratos públicos y en la articulación y actuación de las diferentes funciones asignadas¹⁶. ANAC está llamada a trabajar por la integridad y la competencia entre los sujetos públicos y privados partícipes del sistema de los contratos públicos para una correcta y oportuna ejecución de los mismos, y para tal fin ha instaurado relaciones de colaboración institucional con organismos internacionales, entre ellas la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, con el fin de favorecer la adopción de *best practice*¹⁷, que han evidenciado, en particular, como solo la profesionalización de los recursos humanos se puede mejorar la eficiencia y garantizar la integridad del sector¹⁸.

En nuestro ordenamiento, los fenómenos de corrupción y de colusión se presentan, como se ha mencionado, en cada una de las fases del ciclo contractual¹⁹, desde la definición de las necesidades hasta la terminación de la ejecución

reordenación de la disciplina vigente en materia de contratos públicos relativos a los trabajos, servicios y suministros.

- 15 Decreto Ley n.º 90 de 2014, medidas urgentes para la simplificación y la transparencia administrativa y para la eficiencia de las oficinas judiciales, artículo 32, medidas extraordinarias de gestión, sostenimiento y monitoreo de empresas en el ámbito de la prevención de la corrupción, convertido en Ley n.º 114 de 2014. Ver: G. ABBATINO & N. PARISI, "L'ANAC nel contesto delle relazioni internazionali", en R. CANTONE – F. MERLONI, *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, cit., p. 152.
- 16 M. CORRADINO & I. LINCRESSO, "La soppressione dell'AVCP e il trasferimento delle funzioni all'ANAC", en R. CANTONE & F. MERLONI, *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, cit., pp. 18-20; F. DI CRISTINA, "Le misure urgenti sulla pubblica amministrazione – la nuova vita dell'ANAC e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione", in *Giornale Dir. Amm.*, 2014, 11, p. 1019; F. DI LASCIO & B. NERI, "I poteri di vigilanza dell'autorità nazionale anticorruzione", en *Giornale Dir. Amm.*, 2015, p. 454. Sobre las funciones de la Autoridad para la Vigilancia de los Contratos Públicos ver: S. TORRICELLI, "L'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici in Italia", en R. F. ACEVEDO & P. VALCARCEL FERNANDEZ (a cura di), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Thomas Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 493-509.
- 17 Protocolo de entendimiento para la actividad de cooperación relativa a "EXPO Milano 2015" entre ANAC y OCDE, del 3 de octubre de 2014; ANAC, *Informe anual 2014*, del 2 de julio de 2015, pp. 132 y ss. Ver: B. G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, cit., p. 36.
- 18 Ver: N. PARISI & S. VITRANO, "Il contributo dell'ANAC alla diffusione della cultura della legalità. In particolare: la formazione dei dipendenti pubblici", en R. CANTONE & F. MERLONI, *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, cit., pp. 123 y ss. Ver: P. MCKEEN, "The importance of a professionally educated public procurement work-force: lessons learned from the U.S. experience", en G. M. RACCA & C. R. YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing corruption concerns in Public Procurement Internationally*, cit., pp. 139 y ss. Comité Económico y Social Europeo, *Lucha contra la corrupción en la UE: responder a las preocupaciones de las empresas y de la sociedad civil, opinión de iniciativa*, cit., donde se solicita "una cooperación transnacional anticorrupción reforzada e inclusiva" como "principio de base" de la estrategia.
- 19 Presidencia del Consejo de Ministros y Ministerio para la administración pública y la simplificación. *La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili*

del contrato, y han estado favorecidas por la separación de la operación económico-contractual en dos partes: la selección y la ejecución, una disciplina con base en fuentes europeas y la otra con fuentes nacionales²⁰. Separación que en Italia se evidencia también en las distintas jurisdicciones, administrativa y ordinaria, que no parecen haber asegurado la legalidad del sistema.

La decisión europea de disciplinar, actualmente, solo la fase de la selección del contratante y no la ejecución ha comprometido el objetivo de crear un mercado único europeo de los contratos. Como se evidencia, el porcentaje de participación transfronteriza alcanza a penas el 1,6% y el mercado de los contratos públicos permanece aún cerrado en el ámbito nacional y en ocasiones local²¹.

Las nuevas directivas europeas sobre los contratos públicos²² comienzan a disciplinar ciertos perfiles inherentes a la fase de la ejecución, donde, como

internazionali e proposte di riforma. Rapporto della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, 2012; G. M. RACCA & C. R. YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruselas: Bruylant, 2014; G. M. RACCA, "La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici (art. 1, commi 14-25, 32 e 52-58)", en B. G. MATTARELLA & M. PELISSERO (a cura di) *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino: Giappichelli, 2013, pp. 125-151.

- 20 G. MONTEDORO, informe en el Congreso *Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, Consejo de Estado, Roma, 14 de mayo de 2014, pp. 26-31; A. VANNUCCI, "Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione", en G. D. COMPORTE (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoles: Editoriale Scientifica, 2011, passim; G. M. GRACCA & R. CAVALLO PERIN, "Material Changes in contract management as symptoms of corruption: a comparison between EU and E.S. procurement systems", en G. M. GRACCA & C. R. YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, cit., pp. 271-272.
- 21 Comisión UE, *Libro verde sobre la modernización de la política de la UE en materia de contratos públicos. Por una mayor eficiencia del mercado europeo de los contratos*. COM (2011), 27 de enero de 2011, 15 final. Solo el 1,6% de los contratos públicos es adjudicado a operadores de otros Estados miembro, mientras que la participación transfronteriza indirecta, a través de filiales o socios ubicados en el Estado miembro de la administración adjudicataria, por el contrario, es igual al 11%. G. GIOVANNINI, informe en el Congreso *Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, cit., pp. 4-5.
- 22 Directiva 2014/24/UE, sobre los contratos públicos y que aboga la Directiva 2004/18/CE, art. 70-73; Directiva 2014/25/UE, sobre el procedimiento contractual de los entes prestadores en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales y que aboga la Directiva 2004/17/UE, art. 87-90; Directiva 2014/23/UE sobre la adjudicación de los contratos de concesión, art. 42-45. S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement. Regulation in the EU and UK*, Londres: Sweet & Maxwell, 2014, pp. 597-604; S. TRELIMER, "Contract Changes and the Duty to retender under the new EU Public Procurement Directive", en *Public Procurement Review*, 2014, p. 148; Id., "Regulation of contract changes leading to a duty to retender the contract: The European Commission's proposal of December 2011", en *Public Procurement Review*, 2012, p. 153; S. T. POULSEN, "The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law", in *Public Procurement Review*, 2012, p. 167; G. FIDONE, *I contratti pubblici complessi*, en *Italiadecide – Rapporto 2015*, Bologna: Il Mulino, 2015, pp. 55 y

ya es puesto de relieve por la ANAC²³, aparecen más los riesgos de ineficiencia y corrupción.

En la evolución más reciente de la jurisprudencia de la Corte de Justicia²⁴ se encuentra la acogida de los planteamientos sostenidos, hace un tiempo, por la doctrina²⁵ y se afirma la nulidad de las modificaciones sustanciales en curso de ejecución, en cuanto ellas concretan una violación al principio de competencia. La argumentación demuestra la conexión existente entre la adjudicación y la ejecución, y excluye que, con modificaciones sustanciales o variantes, sea posible traicionar el éxito de la invitación a presentar ofertas de la licitación. Significativamente la ANAC ha puesto de presente, sobre la base del análisis de datos en su posesión, que en numerosos casos la empresa adjudicataria recupera en sede de ejecución, exactamente la rebaja propuesta en la licitación²⁶. La opacidad de la ejecución de la relación contractual, impropiamente considerada

ss.; G. CREPALDI, "L'escuzione del contratto", en C. E. GALLO (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle Directive 2014*, Torino: Giappichelli, 2014, pp. 109 y ss.

23 ANAC, *Informe anual 2014*, cit., pp. 37-38; R. CANTONE & F. MERLONI, *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., ANAC, Comunicado del Presidente del 4 de noviembre de 2015, relativo a la utilización impropia de las prórrogas y las renovaciones en los contratos públicos.

24 CGCE, III, 19 de junio de 2008, en C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, p.to 34. CGCE, III, 29 de abril de 2010, en C-160/08, *Comisión UE v. Fed. Republica de Alemania*, 2010; CGCE, 13 de abril de 2010, C-91/08, *Wall AG vs. Estado de Frankfurt y Main*, 2010. R. NOGUELLOU, "La cour de justice prend une position de principe restrictive sur les cessions de marchés, puisqu'elle admet que celles-ci constituent, sauf si elles ont été prévues dans le marché initial, un changement de l'un des termes essentiels du marché, appelant par là une mise en concurrence", en *Droit Administratif*, 2008. Id., *France*, en R. NOGUELLOU & U. STELKENS (a cura di) *Droit comparé des contrats publics*, Bruselas: Bruylant, 2010, pp. 689 y ss.; F. J. VASQUEZ MATILLA, "The modification of public contracts: an obstacle to transparency and efficiency", en G. M. RACCA - C. R. YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruselas, Bruylant, 2014, p. 275; M. E. COMBA, *L'escuzione delle opere pubbliche. Con cenni di diritto comparato*, Torino, 2011, pp. 37 y ss. Id., "Effects of EU law on Contract Law Management", en M. TRYBUS, R. CARANTA & G. EDELSTAN (a cura di), *EU Public Contract Law. Public Procurement and Beyond*, Bruselas: Bruylant, 2014, pp. 317 y ss.

25 R. CAVALLO PERDIN & G. M. RACCA, "La concorrenza nell'escuzione dei contratti pubblici", en *Dir. Amm.*, 2010, pp. 329 y 325-354; Id., "Material Amendments of Public Contracts during their Terms: From violations of competitions of Symptoms of Corruption", en *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2013, pp. 286-288; G.M. RACCA, R. CAVALLO PERIN & G. L. ALBANO, "Competition in the execution phase public procurement", en *PCLI*, 2011, pp. 89 y 90; ARROWSMITH, "Amendments to Specifications under the European Public Procurement Directives", en *Public Procurement Law Riview*, 1997, p. 128; M. BOWSER, "EC Procurement Law and Change during the Tender or the Contract", *Intl. Cont. Law. Rev.* 2003, p. 154. Sobre el principio de competencia: G. NAPOLITANO, "Diritto amministrativo e processo economico", en *Dir. Amm.*, 2014, p. 695; S. LUCATTINI, "Garante delle concorrenze e certezza economica: alla ricerca delle giustizie per i mercati", in *Dir. Amm.*, 2013, p. 509; F. TRIMARCHI BANFI, "Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento", en *Dir. Amm.*, 2013, p. 15.

26 ANAC, *Informe anual 2014*, 2 de julio de 2015, p. 113.

contrato común, donde los efectos de los acuerdos son irrelevantes para los terceros (artículo 1372 C.C.) ha ocultado las ineficiencias y corrupciones más graves del daño del mercado y del interés público²⁷. La importancia jurídica del interés de los terceros en un monitoreo sobre la ejecución es, tal vez, un nuevo aspecto de la tutela jurisdiccional, y parecen instrumentos de contraste a las críticas que podrían surgir contra la nueva Autoridad Anticorrupción²⁸.

Las 28 disciplinas nacionales diferentes de ejecución han, de hecho, limitado la participación y, junto con las barreras lingüísticas, han obstaculizado la formación de un mercado único europeo de los contratos y han favorecido colusiones, conflictos de intereses y favoritismos, difundidos en toda Europa, pero particularmente notorios en Italia²⁹. A pesar de que el porcentaje de los contratos públicos sujetos a la disciplina europea es, aún, muy reducida³⁰, ya en el pasado las directivas han permitido el surgimiento de casos relevantes de corrupción, producidos por comportamientos que encuentran legitimación, incluso, en la disciplina nacional, después censurada por la Corte de Justicia. En el caso Costanzo³¹, como es sabido, se llegó a evidenciar el conflicto del

- 27 P. MINERVINI, "La patologia dei contratti con la pubblica amministrazione", en C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino: UTET giuridica, 2007, pp. 594-596. Ver: A. LAMORGESE, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Informe presentado en el 61.º Congreso de Estudios Administrativos sobre "La nueva disciplina de los contratos públicos entre exigencia de simplificación, reactivación de la economía y lucha contra la corrupción", cit., accesible en www.giustizia-amministrativa.it; A. GIANELLI, "Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici", en *Ius Publicum Network Review*, 2013, pp. 7 y ss.; A. MOLITERNI, "Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune", en *Dir. Amm.*, 2012, pp. 567 y ss.; G. LA ROSA, "Lo scioglimento del contratto della pubblica amministrazione: alla ricerca di un punto di equilibrio tra il recesso e la revoca incidenti su rapporti negoziali", en *Dir. Proc. Amm.*, 2012, p. 1453; F. RISSO, "Gli impegni per contrastare gli effetti distorsivi della concorrenza: qualificazione giuridica e tutela giurisdizionale", en *Foro amm. CDS*, 2012, p. 1360; G. M. RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici (art. 1, commi 14-25. 32 y 52-58)*, cit., pp. 125-151. Ver también: G. GRECO, "Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino", en *Dir. Amm.*, 2014, p. 585; Id., "Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale – interesse finale", en *Dir. Amm.*, 2014, pp. 479 y ss.
- 28 G. M. RACCA & S. PONZIO, "Nuovi modelli organizzativi per il joint procurement e l'innovazione dei contratti pubblici in Europa", en P. VALCÁRCEL FÉRNANDEZ (a cura di), *Compra pública agregada*, en trámite de publicación; G. M. RACCA, *Le centrali di committenza nelle nuove strategie di aggregazione dei contratti pubblici*, en *Italiadecide*, Informe 2015, Il Mulino, Bologna 2015, pp. 510-512; G. G. SOCCA, "Le situazioni giuridiche soggettive nel pensiero di Antonio Romano Tassone", en *Dir. Amm.*, 2014, pp. 437 y ss.
- 29 Comisión UE, *Informe de la Unión sobre la lucha contra la corrupción. Adjunto sobre Italia*, 3 de febrero de 2014, pp. 12-13.
- 30 Comisión UE, *Commission staff working paper – Evaluation Report Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, 1, 27 de junio de 2011, p. 27; solo el 20% del gasto conjunto in materia de contratos públicos es adjudicado en aplicación de las directivas europeas.
- 31 CCCE, 22 de junio de 1989, *Fratelli Costanzo SpA*, en C-103/88.

decreto ley italiano, que legitimaba la exclusión automática de la oferta anormalmente baja, con la directiva europea que exigía la verificación entre las partes de la anomalía³², en el cual surgió la primera "tangentopoli"³³. Precisamente la dificultad para conseguir una efectiva tutela ligada a la necesidad de afrontar dos "ramas" de jurisdicción —con cinco grados de juicio— para obtener el restablecimiento del daño, más allá de la "tutela caducatoria"³⁴ puso de presente la necesidad de una simplificación llegando a escoger la jurisdicción exclusiva y a la concentración delante de un único juez de las cuestiones relativas a la selección del contratante³⁵. En el llamado caso Costanzo, ejercidos los cinco grados de juicio, la empresa recibió un restablecimiento menor del daño y, en seguida, con la atribución de la jurisdicción al juez administrativo, se aplicó de manera analógica a la fase de la selección, la norma que prevé el restablecimiento del 10% del valor residual del contrato en trámite de ejecución³⁶.

El juez administrativo ha atenuado tal cuantificación³⁷, que en parte había inducido a una proliferación de recursos oportunistas que llegaban a solicitar

- 32 V. CERULLI IRELLI, "Violazione del diritto europeo e rimedi nazionali", en *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2014, p. 657; A. COLABIANCHI, "Direttive comunitarie sugli appalti: efficacia diretta per la pubblica amministrazione", en *Giust. Civ.*, 1990, 1, pp. 8-10; M. FILIPPI, "La giurisprudenza amministrativa a contenuto comunitario", en *Riv. It. Dir. Pubbl.*, com., 1993, pp. 1181 y ss.; G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoles: Jovene, 2000, pp. 343 y ss.
- 33 Término italiano referido a un famoso caso italiano, llevado a cabo en 1992, en donde se descubrió la existencia de una gran red de corrupción en la que participaban los principales grupos políticos del momento y grupos empresariales e industriales. Así, viene utilizado en eventos similares de corrupción y sobornos.
- 34 Tipo de protección en el ordenamiento italiano que busca privar de eficacia jurídica a un acto jurídico.
- 35 A. POLICE, "La tutela giurisdizionale", en C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, cit., 1, pp. 749 y ss.; F. SATTA, "Appalti pubblici e infrastrutture: per una maggiore efficacia della giurisdizione amministrativa", en *FORO AMM.*, 2014, p. 1649; M. RAMAJOLI, "Il processo in materia di appalti pubblici da rito speciale a giudizio speciale", en G. GRECO (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano: Giuffrè, 2010, pp. 121-156; D. SORACE, "I giudici di Berlino, le tutele differenziate e l'equo processo", en D. SORACE (a cura di), *Disciplina processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, Florencia: Univ. Press, 2009, p. VII; R. GAROFOLI, G. M. RACCA & M. DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milan: Giuffrè, 2003, p. 61.
- 36 De este modo, ya: G. M. RACCA, *La quantificazione del danno subito dai partecipanti alle procedure selettive per l'affidamento di appalti pubblici*, en Actos del Congreso 43.º sobre Estudios Administrativos "Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi", Varenna, Villa Monastero, 18-20 settembre 1997, Milan, Giuffrè, 1998, y en *Dir. Amm.* 1998, p. 155; Ley n.º 2248 del 20 de marzo de 1865, art. 344.
- 37 Véase en ese sentido: Const. Sentencia n.º 3387, Sección. V, 21 de junio de 2013; Const. Sentencia n.º 633, VI, 1 de febrero de 2013, en www.giustizia-amministrativa.it; Const. Sentencia n.º 5686, V, 8 de noviembre de 2012, en www.giustizia-amministrativa.it; Const. Sentencia n.º 3670, IV, 20 de junio de 2011, en www.giustizia-amministrativa.it; Const. Sentencia n.º 20, VI, 11 de enero de 2010, en *Riv. Giur. Edilizia*, 2010, 3 I, 954;

exclusivamente el restablecimiento del daño por un equivalente, sin ni siquiera solicitar la posibilidad de ejecutar el contrato. Tal posibilidad ha sido, sucesivamente, excluida del Código de Procedimiento Administrativo³⁸.

La creación de la Autoridad para la Vigilancia de los trabajos públicos, luego sobre los contratos públicos, constituía una respuesta a tales críticas, pero resultó ser una respuesta inadecuada. Limitada legitimación, enfrentamientos con otros poderes y reducida colaboración con otras autoridades, habían vuelto a la AVCP poco eficaz³⁹.

La fusión por incorporación con la nueva ANAC, que ya estando creada había absorbido la CIVIT (Comisión para la Valoración, la Integridad y la Transparencia

Const. Sentencia n.º 86, VI, 16 de enero de 2006, en www.giustizia-amministrativa.it; Const. Sentencia n.º 6, Ad. Plen. 5 de septiembre de 2005, cit.; Const. Sentencia n.º 8244, IV, 27 de diciembre de 2004, en www.giustizia-amministrativa.it; Const. Sentencia n.º 6302, V, 27 de septiembre de 2004, en www.giustizia-amministrativa.it; Const. Sentencia n.º 5860, 24 de octubre de 2002, en www.giustizia-amministrativa.it. Ver: L. PROSPERETTI, *Appalti pubblici e risarcimento del danno: il punto di vista dell'economista*, Informe en el Congreso 61.º de Estudios Administrativos, en Varenna, 17, 18 y 19 de septiembre de 2015, que establece en 8% un parámetro racional para la cuantificación del lucro cesante. Ver también: L. PROSPERETTI, *La quantificazione del lucro cessante da illegittima esclusione dalla gara: una prospettiva economica*, en Urb, e app., 2013; D. IACOVELLI, "Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione e danni risarcibili: la parabola giurisprudenziale dai danni riflessi ai danni ipotetici", en *Giur. It.*, 2013, p. 1676; S. PONZIO, "State Liability in Public Procurement. The case of Italy", en D. FAIRGRIEVE & F. LICHERE (a cura di), *Public Procurement Law. Damages as an effective Remedy*, Oxford, 2011, pp. 96-97; G. M. RACCA & S. PONZIO, "Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni", en *Giur. It.*, 2015, pp. 1963 y ss.; F. TRIMARCHI BANFI, "L'aggiudicazione degli appalti pubblici e la responsabilità dell'amministrazione", en *Dir. Proc. Amm.* 2015, pp. 1 y ss.; Id., "La chance nel diritto amministrativo", en *Dir. Proc. Amm.*, 2015, p. 873; A. PAINO, "Giustizia amministrativa ed economia", en *Dir. Proc. Amm.* 2015, p. 952; F. D. BUSNELLI, "La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhiali del civilista", en *Dir. Amm.*, 2012, p. 531; E. SCOTTI, "Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà e uguaglianza", en *Dir. Amm.* 2009, p. 521.

38 Decreto Legislativo n.º 104 del 2 de julio de 2010. F. TRIMARCHI BANFI, "L'aggiudicazione degli appalti pubblici e la responsabilità dell'amministrazione", en *Dir. Proc. Amm.* 2015, pp. 1 y ss.; S. VACCARI, "La dichiarazione de ineficacia del contratto ex artt. 121 e 122 c.p.a, come misura processuale soddisfacente", en *Dir. Proc. Amm.*, 2015, p. 255; A. POLICE, "Il cumulo di domande nei "riti speciali" e l'oggetto del giudizio", en *Dir. Proc. Amm.* 2014, p. 1197. Ver: Const. Sentencia n.º 407, VI, 29 de enero de 2015, en www.giustizia-amministrativa.com; Const. Sentencia n.º 4225, VI, 8 de agosto de 2014, en *Foro Amm.*, 2014, p. 2030; Const. Sentencia n.º 3220, V, 25 de junio de 2014, en *Foro Amm.*, 2014, p. 1743; Const. Sentencia n.º 3003, IV, 12 de junio de 2014, en www.giustizia-amministrativa.com; Const. Sentencia n.º 3135, V, 7 de junio de 2013, en *Foro Amm. – C.d.S.*, 2013, p. 1649.

39 D. DE GRAZIA, "La vigilanza e il controllo sulla attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni", en D. SORACE (a cura di), *Amministrazione pubblica dei contratti*, Naples: Editoriale Scientifica, 2013, p. 155; S. S. SCOCA, "L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture: attività e controlli", en C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, cit., II, pp. 1313 y ss.

en las Administraciones Públicas)⁴⁰, perdiendo los poderes exclusivos de evaluación del desempeño del personal público, ha avivado la actividad de la nueva autoridad⁴¹. Sin embargo, parece evidente que superar las críticas a las dos autoridades, que confluyen en la ANAC, requiere un significativo cambio organizativo y funcional, para asegurar una efectiva acción de prevención de fenómenos de corrupción y distorsivos de la ubicación de los recursos públicos, también a través de intervenciones de tipo "consultivo y regulatorio"⁴².

A la ANAC le han sido atribuidas funciones que podrían ser reconducidas a la actividad de regulación⁴³ (sobre la disciplina de los contratos

40 Decreto Ley n.º 101 del 31 de agosto de 2013, Disposiciones urgentes para la persecución de objetivos de racionalización en las administraciones públicas, art. 5, Disposiciones en materia de transparencia, anticorrupción y evaluación del desempeño, C. III, convertido Ley n.º 125 del 30 de octubre de 2013.

41 Decreto Ley n.º 90 del 24 de junio de 2014, cit, art. 19. Supresión de la Autoridad para la Vigilancia de los contratos públicos de obras, servicios y suministro y definición de las funciones de la Autoridad Nacional Anticorrupción, convertido en Ley n.º 114 del 11 de agosto de 2014; R. CANTONE & F. MERLONI, *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, cit.; N. PARISI & M. L. CHIMENTI, "Il ruolo dell'ANAC nella prevenzione della corruzione in materia di appalti pubblici", en *Il Diritto del commercio internazionale*, 2015, pp. 419-438. L. TORCHIA, *La nuova Direttiva in materia di appalti di lavori*, Informe presentado en el Congreso 61.º de Studi amministrativi sobre "La nueva disciplina de los contratos públicos entre exigencias de simplificación, reactivación de la economía y lucha contra la corrupción" (Varenna, 17, 18 y 19 de septiembre de 2015), accesible en línea, en www.astrid-online.it/ ver también: F. DI CRISTINA, "Le misure urgenti sulla pubblica amministrazione – la nuova vita dell'ANAC e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione", en *Giornale Dir. Amm.*, 2014, 11, p. 1019.

42 ANAC, Informe anual 2014, 2 de julio de 2015. Ver: ANAC, Plan di reordenamiento, realizado sobre la base del artículo 19, c. 3 del Decreto Ley n.º 90 del 24 de junio de 2014, convertido en Ley n.º 114 del 11 de agosto de 2014.

43 Ver: R. TITOMANLIO, "Il potere normativo delle Autorità Amministrative Indipendenti", en *Ius Publicum Network*, 2013. P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova: CEDAM, 2011, pp. 99-106; M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994; Id. "Autorità indipendenti (dir. Cost.)", en *Enc. Giur. Treccani*, IV, Roma, 1997; M. D'ALBERTI, "Autorità indipendenti (dir. Amm.)", en *Enc. Giur. Treccani*, IV, Roma, 1995; N. LONGO-BARDI, *Autorità Amministrative Indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Turin: Giappichelli, 2009; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna: Il Mulino, 2000; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Turin, 2002; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005; M. POTO, *Autorità amministrative indipendenti (aggiornamento)*, in *Digesto pubbl.*, Turni, 2008, I, pp. 54 y ss. Ver: Const. Sentencia, actos normativos, 25 de febrero de 2005, opinión n.º 11603, en relación con la atribución de poderes reglamentarios al ISVAP, el Colegio afirma que "el poder normativo de las autoridades independientes se expresa, bien, a través de reglamentos que aplican los principios generales fijados por la ley (acercándose mucho a los reglamentos ejecutivos, de actuación y complementación de la disciplina legislativa), o bien, a través de reglamentos (afines a aquellos "independientes" del Gobierno), que se caracterizan por una mera referencia a la materia objeto de reglamentación o, al máximo, a conceptos jurídicos indeterminados o a finalidades generales. La admisibilidad de estos últimos reglamentos no excluye la necesidad de aceptar, caso por caso,

públicos⁴⁴, sobre la predisposición de las convocatorias tipo⁴⁵, en materia de anticorrupción⁴⁶, sobre los precios de referencia y sobre los costos estándar⁴⁷, transparencia⁴⁸, sobre el análisis y la elaboración de datos⁴⁹) y demás funciones propiamente de vigilancia⁵⁰ (sobre los contratos públicos de obras, servicios

la subsistencia de la condición que la materia regulada no esté sujeta a reserva de ley y que en la misma ley que crea a la Autoridad o, en todo caso, en otra fuente primaria (también de nivel comunitario) cubiertos los criterios de fondo para el ejercicio del poder normativo de la Autoridad de regulación”.

- 44 Decreto Legislativo n.º 163 del 13 de abril de 2006, art. 6, C. 5 y 7; ANAC, Resolución n.º 144 del 7 de octubre de 2014, relativa a las obligaciones de publicación de datos relacionados con los órganos de dirección política en las administraciones públicas; ANAC, Resolución n.º 146 del 18 de noviembre de 2014, en materia de ejercicio del poder de emitir ordenes en el caso de falta de adopción de actos requeridos por el Plan nacional anticorrupción y por el Plan trienal de prevención de la corrupción y de las reglas sobre la transparencia de la actividad administrativa o en el caso de comportamiento o actos contrarios a los planes y reglas sobre la transparencia.
- 45 Decreto Legislativo n.º 163 del 12 de abril de 2006, art. 64, C. 4-bis.
- 46 Decreto Ley n.º 66 del 24 de abril de 2014, Medidas urgentes para la competitividad y la justicia social, art. 9, Adquisición de bienes y servicios a través de sujetos agregadores y precios de referencia, convertido en Ley n.º 89 del 23 de junio de 2014.
- 47 Los precios de referencia, elaborados por la ANAC, a la espera de la determinación de los costos estandarizados, han sido introducidos inicialmente con la finalidad de racionalizar el gasto sanitario (Decreto Ley n.º 98 del 6 de julio de 2011, Disposiciones urgentes para la estabilización financiera, art. 17, c. 1, literal a) convertido en Ley n.º 111 del 15 de julio de 2011) y han sido sucesivamente extendidos a todos los bienes y servicios adquiridos por las administraciones públicas entre aquellos de mayor impacto en términos de costo a cargo de las mismas administraciones públicas (Decreto Ley n.º 66 del 24 de abril de 2014, Medidas urgentes para la competitividad y la justicia social, art. 9, Adquisición de bienes y servicios a través de sujetos agregados y precios de referencia, convertido en Ley n.º 89 del 23 de junio de 2014). Ver: Decreto Legislativo n.º 163 del 12 de abril de 2006, art. 7, c. 5.
- 48 Ley n.º 190 del 6 de noviembre de 2012, Disposiciones para la prevención y la represión de la corrupción y de la ilegalidad en la administración pública, art. 1, c. 2, en informe a la aprobación del Plan Nacional Anticorrupción. Ver también: Decreto Ley n.º 90 del 24 de junio de 2014, cit., art. 19, c. 15, convertido en la Ley 114 del 11 de agosto de 2014, relativo a la transferencia a la ANAC de las funciones originariamente atribuidas al Departamento de la Función Pública (por ejemplo, la elaboración del Plan Nacional Anticorrupción).
- 49 Decreto Legislativo n.º 33 del 14 de marzo de 2013, Reordenación de la disciplina relacionada con las obligaciones de publicidad, transparencia y difusión de información por parte de las administraciones públicas, art. 48, adoptado con base en la Ley n.º 190 del 2012, art. 1, c. 35-36; ANAC, Reglamento en materia de ejercicio del poder sancionatorio con base en el artículo 47 del Decreto Legislativo n.º 33 del 14 de marzo de 2013, 15 de julio de 2015.
- 50 Decreto Legislativo n.º 163 del 12 de abril de 2006, art. 6, c. 7, literal i) y artículo 7, c. 4, literal a).

y suministro⁵¹, sobre las variantes⁵², sobre la actividad del SOA⁵³, sobre la disciplina de la transparencia⁵⁴, de la anticorrupción y sobre el responsable de la prevención de la corrupción⁵⁵).

Como es sabido, los actos de dirección y las líneas guía de una autoridad independiente pueden orientar significativamente la actividad de las Administraciones públicas y de los operadores económicos⁵⁶, que están, a veces, implicados en la definición de los mismos⁵⁷.

51 En materia de contratos públicos véase: Decreto Legislativo n.º 163 del 12 de abril de 2006, art. 6-bis y 7; también AVCP, Informe anual 2013, del 17 de julio de 2013, pp. 25 y ss. Ver: A. PAINO, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, informe en el Congreso 59.º de Studi Amministrativi, Varenna, 19-21 de septiembre de 2013, accesible en línea en www.atrid-online.it.

52 Decreto Legislativo n.º 163 del 12 de abril de 2006, art. 6. Ver: ANAC, Reglamento de vigilancia e inspecciones, del 15 de diciembre de 2014.

53 Decreto Ley n.º 90 del 24 de junio de 2014, art. 37, Trasmisión a la ANAC de las variantes en curso de obra, convertido en Ley n.º, 114 del 11 de agosto de 2014.

54 Decreto Legislativo n.º 163 del 12 de abril de 2006, art. 6, c. 7, literal m) y artículo 40.

55 Decreto Legislativo n.º 190 del 6 de noviembre de 2012, art. 1, c. II. Literal f) y art. 1, c. V; Decreto Ley n.º 90 del 24 de junio de 2014, art. 19, c. 5, literal a) y b), convertido en Ley n.º 114 del 11 de agosto de 2014; D. P.R. n.º 62/2013, art. 15, c. III y ANAC, Resolución n.º 75 del 24 de octubre de 2013, Líneas guías en materia de códigos de comportamiento de las administraciones públicas. Dudas sobre la atribución de poderes de regulación: A. SERGE, "L'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture", en R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMENICHELLI & G. SALA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova: CEDAM, 2014, pp. 43 y ss. Excluidos limitados casos como, por ejemplo, la utilización de convocatorias-tipo por parte de las singulares administraciones. Ver: Decreto Legislativo n.º 163 del 12 de abril de 2006, art. 64, c. 4 bis.

56 S. S. SCOCA, "L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture: attività e controlli", en C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, cit., II, p. 1341; S. AMOROSINO, "Tipologie e funzioni delle vigilanze pubbliche sulle attività economiche", en *Dir. Amm.*, 2004, p. 723; A. FLORI, *L'Air e gli strumenti di programmazione delle attività nelle Autorità indipendenti*, mayo de 2011, accesible en www.osservatorioair.it/wp-content/uploads/2011/05/Paper_Flori_ProgrammazioneAIR_maggio2011.pdf. Ver: C. LACAVA, "Sui poteri di regolazione dell'Autorità per la Vigilanza sui lavori pubblici", en *Giornale Dir. Amm.*, 2003, p. 29, nota al T.A.R. Lazio, Roma, III, 10 de julio de 2002, n.º 6241, en el cual las determinaciones de la Autoridad para la vigilancia sobre las obras publicas contentivas de directivas para la correcta aplicación de la normatividad por parte de las administraciones son de nuevo catalogadas como circulares interpretativas, en cuanto están destinadas a orientar la sucesiva actividad de las administraciones vigiladas, pero con efectos no necesariamente vinculantes sobre ellas, dado que las administraciones vigiladas se pueden distanciar de las determinaciones interpretativas de la Autoridad en el caso en el cual las consideren *contra legem*; F. G. SCOCA, *Le situazioni giuridiche soggettive nel pensiero di Antonio Romano Tassone*, cit., pp. 437 y ss. T.A.R. Lazio, Roma, III, 12 de diciembre de 2009, n.º 12839.

57 Decreto Legislativo n.º, 163, del 12 de abril de 2006, art. 8, c. I, donde, en relación con la Autoridad para la Vigilancia sobre los contratos públicos se afirma que "la Autoridad se dota, con los medios previstos en el mismo ordenamiento, de formas y métodos organizativos y de análisis del impacto de las normas para la emanación de actos de competencia

La ANAC ha implementado una específica actividad de inspección calificada como "vigilancia colaborativa", destinada a favorecer la colaboración de los entes contratantes para asegurar el correcto desarrollo de las operaciones de licitación y de la ejecución del contrato, también para impedir intentos de infiltración criminal en el ámbito de los contratos públicos⁵⁸. Tiene mucha relevancia en la autoridad el papel peculiar del presidente, al cual le son atribuidos poderes de alta vigilancia y garantía de la corrección y transparencia de los procedimientos de confianza y cautelares, también en la propuesta al prefecto de la comisión de las empresas⁵⁹. La exigencia de racionalizar y

- y, en particular, de actos administrativos generales, de programación o de planificación. Con el fin de mejorar la calidad de los actos propios, la Autoridad utiliza métodos de consulta preventiva, consistentes en dar preventivamente noticia del proyecto de acto y en el consentir con los interesados para hacer llegar sus propias observaciones, para evaluar motivadamente". Const. Sentencia n.º 7972, VI, 27 de diciembre de 2006, en www.giustizia-amministrativa.it, donde, el Colegio afirma que "el ejercicio de poderes más allá del circuito de responsabilidad delineado en el artículo 95 de la Constitución, y justificado también en base a la existencia de un procedimiento participativo, entendido como instrumento de la participación de los sujetos interesados, sustitutivo de la dialéctica propia de las estructuras representativas. En ausencia, entonces, de la responsabilidad y de sujeción en las relaciones con el Gobierno, la independencia e imparcialidad de la Autoridad puede encontrar un fundamento desde abajo, con la condición de que sean aseguradas las garantías del justo procedimiento y que el control ocurra entonces en sede jurisdiccional"; Const. St. VI, 29 de mayo de 2006, n.º 3272; Const. St. VI, 11 de abril de 2006, n.º 2007; Const. St. Sección, actos normativos, 6 de febrero de 2006, n.º 355. R. TITOMANLIO, *Il potere normativo delle Autorità Amministrative Indipendenti*, cit., p. 4; M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento innanzi alle Autorità amministrative indipendenti*, informe en el Congreso *Le Autorità amministrative indipendenti*, Roma, 9 de mayo de 2003, accesible en www.giustizia-amministrativa.it. M. D'ALBERTI, "Poteri regolatori tra pubblico e privato", en *Dir. Amm.*, 2013, p. 607; sobre la Autoridad Garante de la Competencia y del Mercado ver: S. LUCATTINI, "Garante della concorrenza e certezza economica: alla ricerca delle giustizie per i mercati", en *Dir. Amm.*, 2013, p. 509; sobre la Autoridad para la energía eléctrica y el gas o sobre la Autoridad para la Garantía en las Comunicaciones: M. RAMAJOLI & B. TONOLETTI, "Qualificazione e regime giuridico degli atti generali", en *Dir. Amm.*, 2013, p. 53. Ver también: V. CERULLI IRELLI, "Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti", en M. D. ALBERTI & A. PAINO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna, 2010, pp. 75 y ss.; E. CHITI, "La disciplina procedurale della regolazione", en *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2004, pp. 678 y ss.; M. RAMAJOLI, "Procedimento regolatorio e partecipazione", en E. BRUTTI LIBERATI & F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Turin, 2010, pp. 189 y ss.
- 58 Decreto Legislativo n.º 163 del 12 de abril de 2006, art. 6, c; ANAC, *Regolamento di vigilanza e accertamenti ispettivi*. 15 de diciembre de 2014, art. 4, donde se dispone que las estaciones contratantes pueden solicitar a la Autoridad que desarrolle una actividad de vigilancia, incluso preventiva, con la finalidad de verificar la conformidad de los actos de una licitación a las normas del sector, a la individualización de cláusulas y de condiciones idóneas para prevenir intentos de infiltración criminal y el monitoreo de la realización del procedimiento de licitación y de la ejecución del contrato.
- 59 El presidente de la ANAC puede: formular propuestas al Comisario único delegado del Gobierno para la Expo Milán 2015 y a la sociedad Expo 2015 para la correcta gestión de

acelerar la ejecución de algunas "grandes obras" y de "establecer las condiciones para la efectiva realización" han llevado a prever comisarios extraordinarios para superar las ineficiencias referidas⁶⁰. Además, en el caso de inicio de un procedimiento penal⁶¹ o donde sean constatadas "situaciones anómalas" y "sintomáticas" de conductas ilícitas referidas al adjudicatario de un contrato público, el presidente de la ANAC⁶² puede proponer al prefecto competente que ordene la renovación de los órganos sociales mediante la sustitución del sujeto envuelto o de proveer directamente la extraordinaria y temporal gestión de la empresa contratista "limitándolo a la completa ejecución del contrato publico objeto del procedimiento penal"⁶³. Tal posibilidad constituye un instrumento "extraordinario" para la persecución de la "ordinaria" corrección exigida al operador económico privado. La decisión de nombrar un comisario para garantizar la regular ejecución del contrato público⁶⁴, de manera alternativa a la resolución del contrato, se justifica por la necesidad de evitar efectos sobre

los procesos de contratación para la realización del evento Expo 2015 (art. 19, co. 7); valerse de una específica unidad operativa especial con el fin de garantizar la corrección y la transparencia de los procesos conexos a la realización de las obras del Expo 2015 (art. 30). Entre las primeras intervenciones de la nueva Autoridad figuran las solicitudes de activación, por parte del Presidente, de las medidas extraordinarias para la sociedad Maltauro S.p.A., en relación con la atribución de las "arquitecturas de servicio" para el Expo 2015, Tagliabue S.p.A. y también para la misma Maltauro S.p.A., con referencia al contrato relativo a las "Vie d'acqua sud", también para el Expo 2015, dispuestas después por el Prefecto de Milán, respectivamente el 6 de julio y el 3 de noviembre de 2014.

- 60 Decreto Ley n.º 133 del 12 de septiembre de 2014, medidas urgentes para la apertura de los astilleros, la realización de las obras públicas, la digitalización del país, la simplificación burocrática, la emergencia de la inestabilidad hidrogeológica y para la recuperación de la actividad productiva, convertido en Ley n.º 164 del 11 de noviembre de 2014.
- 61 Para los delitos de los cuales hablan los artículos 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quarter, 320, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis Código Penal.
- 62 Ver ANAC, Carta del Presidente, 19 de junio de 2015, prot. n.º 78721. Medidas extraordinarias art. 32 Decreto Ley 90/2014 del 19 de junio de 2015, Propuesta de aplicación de la medida de la extraordinaria y temporal gestión del contrato relativo a la atribución por tres años de los servicios y del suministro para la gestión del "centro de acogida para los solicitantes de asilo (CARA) ubicado en la comuna de Mineo".
- 63 Decreto Ley n.º 90 de 2014, art. 32, medidas extraordinarias de gestión, sostenimiento y monitoreo de empresas en el ámbito de la prevención de la corrupción, convertido en Ley n.º 114 de 2014.
- 64 Const. St. IV, 16 de septiembre de 2014, n.º 4089, en *Foro it.* 2015, 1, III, 9, donde a la luz de la disciplina introducida por el artículo 32 del Decreto Ley n.º 90 del 24 de junio de 2014, convertido en Ley n.º 114 del 11 de agosto de 2014, se suspende la ejecución de la sentencia TAR Lombardía que había declarado ilegítima la adjudicación de contratos públicos dispuesta por parte de Expo 2015 a favor de una reagrupación temporal que había declarado, en la oferta, de adherir al protocolo de legalidad, a pesar de que el representante legal de la empresa mandataria participara en una sociedad criminal para la perturbación del mismo procedimiento de licitación. Const. St. IV, 20 de enero de 2015, n.º 143, en trámite de publicación en *Foro Amm.*, con nota de F. PEIRONE, *L'integrità negli appalti pubblici e la giustizia amministrativa*.

la prestación de "servicios impostergables para la tutela de derechos fundamentales" y para "los niveles ocupacionales"⁶⁵ o relativos a obras en avanzado estado de ejecución (para evitar perjuicios por cambios en la ejecución)⁶⁶.

Se trata de poderes significativos que permiten evidenciar una nueva connotación en la ANAC, a pesar de que la, todavía reciente, institucionalización de la autoridad y la fase de reorganización interna de oficinas y estructuras no permite analizar datos relevantes, también en relación con la definición prospectiva de mecanismos de reputación⁶⁷ en el sector de los contratos públicos, con incentivos a favor de los operadores económicos "que se hayan demostrado como contratistas confiables bajo el perfil, por ejemplo, del respeto de los tiempos, de los costos y de la colaboración con el ente contratante"⁶⁸.

Aquello que parece útil subrayar es que es que la ANAC resulta titular y depositaria de bancos de datos siempre más importantes para el ejercicio de sus propios poderes y, precisamente, el análisis de esos datos puede constituir el instrumento más eficaz de prevención y lucha contra la corrupción y de promoción de la eficacia. Tales datos, correctamente adquiridos y elaborados, además de asegurar la transparencia, pueden permitir detectar desviaciones significativas, desvíos de parámetros predefinidos, fragmentaciones abusivas, recurrencia anómala de adjudicatarios y de comisionados de jueces, colusiones, conflictos de intereses y síntomas de corrupción⁶⁹.

65 ANAC, 5 de agosto de 2015, prot. n.º 0099684, ocurrido s.r.l. con sede en Gioia del Colle (BA) – Valoración con base en el artículo 32, párrafo 10, Decreto Ley n.º 90/2014, convertido con modificaciones por la Ley 114/2014, con referencia a los contratos del servicio de recolección y disposición de los residuos sólidos urbanos, y de higiene pública; ANAC, 29 de julio de 2015, prot. 96960, medidas extraordinarias art. 32 Decreto Ley 90/2014, de agosto de 2015. Decreto de nombramiento Administrador Extraordinario para la extraordinaria y temporal gestión de la Fratelli Catalano SRL con sede legal en Calanna (RC).

66 ANAC, 12 de agosto de 2015, n. prot. 102700, medidas extraordinarias artículo 32 Decreto Ley 90/2014 del 12 de agosto de 2015. Procedimiento de adopción de las medidas extraordinarias de gestión, sostenimiento y monitoreo de empresas en las relaciones de la sociedad CA.TI.FRA. s.r.l.

67 Ley n.º 190 del 6 de noviembre de 2012, art. 1, c. 3.

68 El "rating de legalidad" es atribuido por la Autoridad garante de la competencia y el mercado (AGCM) a las empresas más virtuosas sobre el perfil del respeto de algunos criterios –por lo menos– de legalidad, y en el ámbito de los cuales la ANAC proporciona su propia contribución en relación con la detección de eventuales procedimientos sancionatorios, de comisarios (ex art. 32 del Decreto Ley n.º 90 del 2014), y de elementos relativos, bajo el perfil de la diligencia y del respeto de los principios que fundamentan el ordenamiento por parte de las empresas. En el mes de marzo de 2015, 119 empresas habían solicitado el rating (90 en febrero de 2015).

69 G. M. RACCA & R. CAVALLO PERIN, "Material Changes in contract management as symptoms of corruption: a comparison between EU and E.S. procurement systems", en G. M. GRACCA & C. R. YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, cit., 2014, pp. 271-272.

La eficacia de la acción de la ANAC se basa en el uso innovador unitario e interoperativo de los bancos de datos, donde resulta determinante la colaboración institucional de las universidades y de los centros de investigación nacionales e internacionales⁷⁰.

Colaboración necesaria también para la formación de nuevas profesiones para el ejercicio de una nueva función en los contratos, que necesita una profunda innovación⁷¹. Sobre todo, la ANAC, con la unificación de las bases de datos existentes⁷², podrá contribuir a dar efectividad a la afirmación de una completa *disclosure* de datos que, en cuanto públicos, están al servicio de toda la colectividad, pero en particular de los centros de investigación y de las universidades.

Estas últimas encuentran legitimación constitucional en la tutela de una actividad de ciencia, que no es ni función ni servicio público, faltando la voluntad del acto de ciencia o la finalización dirigida a intereses determinados, en sentido propio, para la protección de un interés o de usuarios determinados, recordándonos que la ciencia es libre precisamente porque no está dirigida a un determinado interés y, con base a ello, debe haber acceso libre a cada dato relevante, sin el cual una ciencia no es ni libre ni capaz en realidad (art. 33, c. 1, Constitución). En tal contexto, los contratos públicos no son más que una de las bases de datos posibles, a la cual la ciencia debe tener acceso.

La actividad de la ANAC resulta legitimada por una pluralidad de análisis de datos que permiten revelar el contexto en el cual el poder de regulación y de vigilancia del ANAC podrá ser ejercitado. Es sabido, de hecho, que para evitar la "captura" una autoridad debe tener la capacidad de no emprender la iniciativa de las denuncias y de las exposiciones, teniendo una pluralidad de fuentes de contraste y de verificación de cuanto a ella le fue señalado, actuando entonces con conocimiento de causa y no con dependencia de un procedimiento particular.

Una pluralidad de investigaciones sobre los datos relativos a aquello que viene señalado se eleva, de hecho, a garantía de independencia en el ejercicio de los poderes, en un contexto en el cual el favorecimiento y la garantía de la investigación científica en la materia, su pluralidad y exhaustividad lleguen a calificarse como intereses institucionales y primarios de la ANAC.

70 Autoridad Nacional Anticorrupción, *Informe annual 2014*, 2 de julio de 2015, pp. 44-45; Ver: N. PARISI & S. VITRANO, "Il contributo dell'ANAC alla diffusione della cultura della legalità. In particolare: la formazione dei dipendenti pubblici", en R. CANTONE & F. MERLONI, *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, cit., pp. 123 y ss.

71 A. ZITO. Informe en el Congreso *Contratos Públicos: innovación y racionalización. Las estrategias de agregación y cooperación europea en las nuevas Directivas*, Consejo de Estado, Roma, 14 de mayo de 2014, cit., pp. 22-25; G. M. RACCA, *Le centrali di commitenza nelle nuove strategie di aggregazione dei contratti pubblici*, en *Italiadecide*, Informe 2015, cit., pp. 489 y s.s.

72 Ley n.º 11 del 28 de enero de 2016, cit., art. 1, literal q) p.to 2.

2. LOS CAMBIOS ORGANIZATIVOS Y FUNCIONALES EN LAS ADMINISTRACIONES ADJUDICADORAS

El cambio en la contratación pública parece consistir esencialmente en la superación del concurso singular, según el cual cada administración gestiona cada uno de los procedimientos contractuales que requiere. En conexión con dicho cambio deviene esencial la calificación de las estructuras organizativas y de los funcionarios competentes⁷³.

La ANAC está llamada a favorecer este cambio organizativo y estructural⁷⁴.

El sistema de la contratación pública requiere organizaciones adecuadas al ejercicio de las funciones porque constitucionalmente los entes de la República no pueden ser destinatarios de competencias si no disponen de una organización adecuada, capaz de asegurar la eficacia (art. 118, Const.)⁷⁵. Las normas recientes que limitan la capacidad jurídica de seleccionar autónomamente los contratistas⁷⁶ se configuran como reequilibrio entre las partes contratantes, pero aún más como disciplina repartidora de competencias entre las entidades que conforman la República italiana. La capacidad simétrica, técnica y

73 A. LOPEZ MINO & P. VALCARCEL FERNANDEZ, "Contracting authorities' inability to fight bid rigging in public procurement: reasons and remedies", en G. M. RACCA & C. YUKINS (editor), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruxelles: Bruylant, 2014, pp. 199 y ss.; G. M. RACCA, relación del Congreso *Appalti Pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, Consiglio di Stato, Roma, 14 de mayo 2014, cit., pp. 11 y ss. Comisión UE, *Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo. Relazione dell'unione sulla lotta alla corruzione*, 3 de febrero 2014, pp. 34 y 35. M. YSEULT, "Integrity in English and French public contracts: Changing administrative cultures?", en J.-B. AUBRY, E. BREEN & T. PERROUD (eds.), *Corruption and Conflicts of Interest A Comparative Law Approach*, Edward Elgar, 2014, pp. 85-112.

74 L. 28 de enero 2016, n. 11, cit., art. 1, literal bb). Cfr. F. DI CRISTINA, "Le misure urgenti sulla pubblica amministrazione – la nuova vita dell'ANAC e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione", en *Giornale Dir. Amm.*, 2014, 11, p. 1019.

75 R. CAVALLO PERIN, relación del Congreso *Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, Consiglio di Stato, Roma, 14 de mayo 2014, cit. pp. 36 y ss.; cfr. F. MERLONI, "Politiche di prevenzione della corruzione e autonomia degli enti territoriali", en *Le Regioni*, 2014, 973-974.

76 D.lgs. 12 de abril de 2006, n. 16, art. 33, c. III bis. En el sentido del art. 1, c. 169, de la l. n. 107 de 2015, la disposición se aplica a los concursos abiertos a partir del 1 de noviembre 2015. Cfr. ANAC, comunicado al presidente del 10 de noviembre de 2015, relativo a la entrada en vigor del art. 33, c. 3-bis del d.lgs. n. 163/2006 y el comunicado del presidente del 2 de diciembre de 2015; ANAC, Determinación, 23 de septiembre de 2015, n. 11, *Ulteriori indirizzi interpretativi sugli adempimenti ex art. 33, comma 3-bis, decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 y ss.mm. ii.*; ANAC, Determinación 25 de febrero de 2015, n. 3, *Rapporto tra stazione unica appaltante e soggetto aggregatore (centrale unica di committenza) – Prime indicazioni interpretative sugli obblighi di cui all'art. 33, comma 3-bis, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e ss.mm.ii.*

profesional, económica y financiera⁷⁷ de las empresas que aspiren a celebrar contratos públicos y de las Administraciones públicas que las seleccionan fue descuidada durante demasiado tiempo.

El ordenamiento no puede exigir capacidad solo a una de las organizaciones que aspiran a establecer un vínculo contractual, ya que ello equivaldría a dar peor tratamiento al ente público, objeto de captura de las empresas mejor organizadas. El ente público corre el peligro de carecer del profesionalismo necesario para una selección precisa del contratista y para una verificación del cumplimiento contractual⁷⁸.

Los intermediarios contractuales, en tanto estructuras complejas, están llamadas a asumir un nuevo rol, con profesionalidad (jurídica, económica y técnica), con el empleo de instrumentos electrónicos para la digitalización, con sistemas informativos para la recolección y elaboración de datos, que son de por sí medios idóneos para asegurar la transparencia⁷⁹ del sistema de *accountability* de los funcionarios públicos⁸⁰.

Los intermediarios contractuales, como ya ocurre en las experiencias europeas más avanzadas⁸¹, están llamados a operar en el mercado europeo como "agentes" o "mayoristas", creando además sinergias entre centrales de distintos Estados miembros, que permiten un mayor conocimiento de los mercados y la definición de las mejores estrategias para la recalificación del gasto y la innovación⁸².

77 D. DE PRETIS. *I requisiti di partecipazione alle gare e i limiti alla discrezionalità dell'amministrazione*, en *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, editado por F. MASTRAGOSTINO, Padova, 1998, p. 129.

78 A. GIANNELLI, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, Napoli, 2012, p. 121; U. ALLEGRETTI, voz "Imparzialità e buon andamento della p.a.", en *Dig. disc. pubbl.*, 1993; A. ZITO, relación del congreso *Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, cit., pp. 22-25; R. CAVALLO PERIN & G. M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, cit., pp. 330 y ss.

79 ANAC, *Relazione Annuale 2014*, 2 de julio de 2015, p. 9, en donde se invita a considerar como carga "cívica y de *accountability*, tendiente a rendir cuentas a los ciudadanos sobre la propia actividad" aquella de la transparencia y la publicidad. Cfr. A. SIMONATI, "La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropía normativa", en *Dir. Amm.*, 2013, p. 749.

80 Cfr. en Estados Unidos: <https://www.usaspending.gov/> y www.data.gov/. En Italia cfr. los datos accesibles a través del sistema informático SIOPE – <https://www.siope.it/Siope2Web/>. F. MERLONI & L. VANDELLI (eds.), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, 2010, p. 11.

81 G. M. RACCA – R. CAVALLO PERIN, "Organizzazioni sanitarie e contratti pubblici in Europa: modelli organizzativi per la qualità in un sistema di concorrenza", en A. PIOGGIA, S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. M. RACCA & M. DUGATO, *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, Maggioli editore, 2011, pp. 198-2013.

82 Directiva CE 2004/18, art. 1, par. 10 y Directiva UE 2014/24, art. 2, par. 14. OCSE, *Centralised Purchasing Systems in the European Union*, 2011, accesible en http://www.oecd-ilibrary.org/governance/centralised-purchasing-systems-in-the-european-union_5kgkgqv703xw-en; C. COTTARELLI, relación del Congreso *Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie*

Como es sabido, el desperdicio en el sector de la contratación estuvo relacionado en un 80% a la incapacidad y solo en un 20% a la corrupción⁸³; de ahí la necesidad de formar funcionarios y de constituir estructuras complejas capaces de desarrollar tal función.

La previsión de un número limitado de administraciones adjudicadoras dotadas del profesionalismo adecuado⁸⁴ tiene el objetivo de superar la "carencia de recursos y/o de capacidades organizativas"⁸⁵ que se evidencia por ejemplo en la incapacidad para identificar o gestionar adecuadamente los riesgos de corrupción en los planes trienales de prevención⁸⁶.

di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive, Consiglio di Stato, Roma, 14 de mayo de 2014, cit. pp. 18-21.

83 O. BANDIERA, A. PRAT & T. VALLETTI, "Active and passive waste in government spending: Evidence from a policy experiment", en *American Economic Review*, 2009, pp. 1278-1308.

84 Sujetos agregadores, redes entre centrales de intermediación europeas: cfr. G. M. RACCA, *Le centrali di committenza nelle nuove strategie di aggregazione dei contratti pubblici*, en *Italiadecide – Rapporto 2015*, cit., pp. 491-497.

85 ANAC, *Relazione Annuale 2014*, 2 de julio de 2015, 9, donde la Autoridad encuentra que, en contraste con el cumplimiento elevado de las obligaciones en materia de transparencia y lucha contra la corrupción, resultó escasa la calidad y exhaustividad de las informaciones publicadas. Tal fenómeno se relaciona con la percepción de las obligaciones de transparencia como meras formalidades burocráticas y a la falta de estructuras y recursos adecuados para poder hacerles frente. La Autoridad, en relación con los planes trienales de prevención y lucha contra la corrupción señala que en "alrededor del 30% de los casos analizados, se encontró una calidad insuficiente del mapeo de procesos organizativos, en 50% circa de los casos analizados el mapeo fue suficiente y solo en el 10% de los casos tal mapeo se demostró detallado y puntual. En alrededor del 80% de los casos analizados, las administraciones no especificaron áreas ulteriores o simplemente integraron marginalmente las áreas obligatorias previstas por la ley, en el restante 20% de los casos fueron especificadas áreas ulteriores, y solo raramente dicha integración fue ejecutada de manera puntual y detallada".

86 ANAC, Determinación 28 de octubre 2015, n. 12, *Aggiornamento 2015 al Piano Nazionale Anticorruzione*, 4-6 donde, tras el análisis de los Planes Trienales de Prevención de la corrupción adoptados por 1911 administraciones, la Autoridad encontró un respeto formal generalizado de la obligación de adopción y publicación (cumplida por el 96,3% de las administraciones públicas y actualizado para el trienio 2015-2017 en el 62,9% de los casos), pero también una calidad "generalmente insatisfactoria" de su contenido. En particular, la ANAC encontró: que "en el 73,9% de los casos el análisis de los procesos de las así llamadas "áreas obligatorias" presenta una calidad y grado de análisis bajos", una "concreta dificultad de las administraciones para identificar correctamente los riesgos de corrupción, de conectarlos con los procesos organizativos y de utilizar una adecuada metodología de evaluación y ponderación de los riesgos" ("amplios márgenes de mejora" se consideran posibles en el 67,07% de los casos para la identificación y análisis de riesgos y en el 62,39% de los casos para la evaluación y ponderación del riesgo, una idoneidad limitada del tratamiento del riesgo (que es resultado adecuado solo en el 37,72% de los PTPC analizados), la ausencia de una coordinación eficaz entre el PTPC y el Plan de performance (en el 80,6% de los casos). La Autoridad identificó "la tipología de administración", la "colocación geográfica de las mismas" y la "dimensión organizativa" como las variables principales que incidieron en la calidad de los planes.

Obviamente sin esta atenuación de los principios constitucionales, la agregación como mera sumatoria de concursos singulares induce un mayor riesgo de "sumatoria de tangentes", como de hecho señaló la ANAC.

El mantenimiento de concursos autónomos fragmentados en 37.000 administraciones adjudicadoras⁸⁷ no resulta sostenible, ni para la administración ni para las empresas eficientes e innovadoras.

Sin embargo, la tendencia a la conservación de un sistema fragmentado en numerosas administraciones adjudicadoras parece encontrar aún fundamento consistente⁸⁸, incluso con algunas modificaciones significativas en la ley recientemente aprobada⁸⁹. Una coordinación reducida entre administraciones adjudicadoras, unida a la previsión de límites territoriales de operatividad sin formas de coordinación⁹⁰, no superaría la carencia de profesionalidad adecuada y mantendría una evidente duplicidad de concursos. La ley prevé la promoción "de un sistema de redes e intermediación" que podría favorecer la cooperación entre distintos niveles de agregación de la demanda pública⁹¹.

Las objeciones comunes a la agregación de la demanda pública se pueden resumir en las dos proposiciones, según las cuales, por un lado, tal agregación eliminaría la autonomía de las administraciones adjudicadoras y en particular de los entes locales pequeños y, por el otro, sacrificaría la pequeña y media empresa, considerada pilar de la economía nacional⁹².

87 Autoridad para la Vigilancia de los Contratos Públicos de obras, servicios y suministros, *Segnalazione*, 12 de enero 2012, n. 1. Cfr. Autoridad Nacional Anticorrupción, *Relazione annuale 2014*, 2 de julio de 2015, pp. 72 y ss. G. GIOVANNINI, Audizione VIII Comisión del Senado en el ámbito de examen del d.d.l. para la aplicación de las Directivas UE en materia de contratos públicos, 14 de enero de 2015.

88 Instituto para la Innovación y Transparencia de los Contratos y la Compatibilidad Ambiental, *Le centrali di committenza per gli appalti dei piccoli comuni. Primo rapporto sull'attuazione dei nuovi obblighi: stato dell'arte e qualche strumento operative*, 10 de abril de 2013.

89 L. 28 de enero de 2016, n. 11, cit., art. 1, lett. dd).

90 ANAC, Determinación 25 de febrero 2015, n. 3, *Rapporto tra stazione unica appaltante e soggetto aggregatore (centrale unica di committenza) – Prime indicazioni interpretative sugli obblighi di cui all'art. 33, comma 3-bis, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 463 e ss.mm.ii.* Cfr. M. PIGNATI, *La Stazione Unica Appaltante. Il finanziamento delle centrali di committenza e gli strumenti a sostegno della trasparenza*, en *Foro Amm.*, C.d.S, 2011, pp. 3610-3625.

91 L. 28 de enero 2016, n. 11, art. 1, cc) en la que se prevé "un sistema de redes de intermediación dirigido a determinar un recurso más amplio a los concursos que a las asignaciones de tipo telemático, con el fin de garantizar la efectiva participación de las micro, pequeñas y medianas empresas". La disposición original (contenida en el art. 1, lit. v), preveía en cambio que "para las asignaciones de importe superior al margen de relevancia comunitaria, un nivel de agregación al menos regional o de provincia autónoma y, para las asignaciones de importe superior a 100.000 euros e inferior al mismo margen de relevancia comunitaria" niveles de agregación subprovinciales, sin indicar al legislador delegado formas de agregación para los contratos de importe inferior a 100.000 euros. Cfr. la carta de lectura del d.d.l. de la Cámara de Diputados n. 319 del 2 de julio de 2015.

92 Cfr. Assobiomedica, *La posizione associativa in tema di centralizzazione degli acquisti*, 2010. Cfr. Commissione UE, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al

Si la identificación del objeto obligacional está garantizado a cualquier administración, se trate de obra, servicio o suministro, el sistema de agregación implica que al menos una de las centrales de intermediación adecuadas deberá asegurar el desarrollo de un concurso con ese objeto, con la consecuencia de que cada administración podría elegir entre las varias centrales aquella que obtuvo el mayor éxito en el concurso, siempre que los vínculos territoriales estén superados. En todos los casos es más probable que un concurso al servicio de varias centrales alcance mejores resultados y el sistema adquiere una importancia económica y organizativa mayor, en razón de la adecuación de los niveles de profesionalidad que la desarrollan. El ente local pequeño podrá encontrar entonces la prestación de interés ya "concurrada".

En cuanto a la segunda objeción de penalización de la pequeña empresa, se puede afirmar en cambio que la profesionalidad de las centrales de adquisición, que operan sobre la base de un amplio conocimiento de su contexto de acción, puede asegurar una mejor formulación de las especificaciones del contrato y, por tanto, estrategias de concurso que sepan tener en cuenta y favorecer la evolución del mundo productivo, también a través de la creación de lotes territoriales o de mercancía definidos para sostener el crecimiento y la innovación de la pequeña empresa⁹³, con la previsión de un límite al número de lotes que cada empresa puede adjudicarse.

Hace tiempo es bien sabido que en Europa la agregación de la demanda pública no significa la centralización en grandes contratos nacionales, sino la definición de lotes útiles al mercado de productores, ya que es evidente que la competencia, aunque esté dirigida a estimular la vitalidad de las empresas, no puede prescindir de las mismas, de su pluralidad y proliferación, evitando comprender la agregación como incentivo de oligopolios y monopolios⁹⁴.

Una profunda innovación en el sistema de la contratación se encuentra en la directiva, en la previsión de formas de colaboración administrativa entre centrales de intermediación europeas para estipular acuerdos marco, pero también para poner a disposición de otras administraciones europeas los propios

Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Think Small first: A Small Business Act for Europe*, COM(2008) 394 def. 2, 30 de septiembre de 2008.

93 D.lgs. 12 de abril de 2006, n. 163, art. 2, c. 1-bis; G. M. RACCA, "Le centrali di committenza nelle nuove strategie di aggregazione dei contratti pubblici", en *Italiadecide – Rapporto 2015*, cit., pp. 494-495; D. CASALINO, "Piccole e medie imprese tra opportunità e sfide: Consip e altri aggregatori, nuovi canali di accesso alla domanda pubblica", en *Quaderni Consip*, 2015, pp. 12-14.

94 L. TORCHIA, *La nuova Direttiva in materia di appalti di lavori*, cit.; A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, cit. cfr. Comisión UE, *European code of best practices facilitating access by smes to public procurement contracts*, 25 de junio de 2014, 7 y ss.; Parlamento UE, *New EU-rules on public procurement – ensuring better value for money*, 14 gennaio 2014; D. CASALINO, *Piccole e medie imprese tra opportunità e sfide: Consip e altri aggregatori, nuovi canali di accesso alla domanda pubblica*, cit., pp. 12-14.

acuerdos marco, abriendo a las empresas adjudicatarias nuevos mercados, sobre todo para prestaciones innovadoras⁹⁵. La pequeña empresa italiana podrá en tal sistema ejecutar un suministro en España o Polonia sin participar en ningún proceso de selección ulterior⁹⁶.

El desarrollo de contratos conjuntos, transfronterizos y transnacionales en Europa ha sido limitado por barreras jurídicas y lingüísticas⁹⁷. Uno de los objetivos principales de la nueva disciplina europea es el de superar tal dificultad, asegurando economías de escala y distribución del riesgo a las administraciones adjudicadoras, particularmente en los contratos que tienen por objeto prestaciones innovadoras⁹⁸.

La disposición de la nueva directiva sobre contratación pública, con base en la cual los Estados miembros no pueden prohibir a sus propias administraciones adjudicadoras sacar provecho de las actividades "ofrecidas por centrales de intermediación ubicadas en otro Estado miembro"⁹⁹, especifica un principio de ordenación de la Unión Europea dirigido a la creación del mercado interno y a la tutela de la competencia, superando los límites territoriales. Sobre la base de los principios europeos, que encuentran soporte en el derecho positivo, la adhesión a la actividad de centralización e intermediación realizada por las centrales de adquisición de otros Estados miembros debe afirmarse como "libre", y en tal sentido fueron adoptadas las disposiciones europeas en el Reino Unido¹⁰⁰ y en

95 Directiva UE 2014/24, art. 39; G. M. RACCA, *Le prospettive dell'aggregazione nell'amministrazione dei contratti pubblici*, relación del congreso celebrado en Florencia el 20 de junio de 2013 con ocasión de la presentación del libro D. SORACE (ed.), *Amministrazione pubblica dei contratti*, Napoli: Editoriale Scientifica, 2013 en *Aperta Contrada*, 2014.

96 Directiva UE 2014/24, art. 39.

97 Comisión UE, *Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, cit., pp. 33-34.

98 Directiva UE 2014/24, considerando n. 73. HealthyAgeing – Public Procurement of Innovations (<https://www.happi-project.eu/> financiado por la Comisión EU – DG Empresas en el ámbito del *Competitiveness and Innovation Framework Programme* (CIP) – rif. Call ENT/CIP/11/C/N02C011. Cfr. también el proyecto propuesto por Anne Hidalgo (alcaldesa de París) que en 2014 propuso la agregación de la demanda entre las principales capitales UE en relación con la adquisición de medios de transporte eléctricos. Cfr. L. ALBERT, *Paris veut mutualiser ses achats avec d'autres capitales*, 1 de octubre 2014, accesible en <http://www.lesechos.fr/>.

99 Directiva UE 2014/24, art. 39, par. 2, donde se establece que los Estados miembros "no prohíben a sus administraciones adjudicadoras recurrir a actividades de intermediación ofrecidas por centrales de intermediación de otro Estado miembro". Directiva UE 2014/24, art. 2, p.to 14. G. M. RACCA, "Joint Procurement Challenges, in the Future Implementation of the New Directives", en F. LICHÈRE, R. CARANTA & S. TREUMER (eds.) *Modernising Public Procurement: the new Directive*, Copenhagen: Djof Publishing, 2014, pp. 255 y ss.

100 UK Public Contracts Regulation 2015, art. 39, par. 3, en donde se aclara que "Contracting authorities shall be free to use centralised purchasing activities offered by central purchasing bodies located in another member State".

Francia¹⁰¹. Tales formas de cooperación entre administraciones adjudicadoras de Estados miembros diferentes¹⁰² parecen particularmente convenientes para las centrales de intermediación en su dimensión de organizaciones profesionales de adquisición¹⁰³, y encuentran su fundamento en las tradiciones jurídicas nacionales y en los acuerdos entre administraciones¹⁰⁴. Podrían considerarse oportunidades futuras y de hecho ya se ha participado, como Universidad de Torino, en un primer proyecto financiado por la Comisión Europea, en el cual cinco centrales de intermediación estipularon un acuerdo marco sobre la base del derecho francés para la compra de dispositivos sanitarios innovadores, con soporte de AVCP y posteriormente de ANAC¹⁰⁵. El proyecto Healthy Ageing and Public Procurement of Innovation (HAPPI), financiado por la Comisión Europea, DG Empresa, realiza una primera experiencia concreta de colaboración entre las centrales de intermediación en salud de Francia, Italia, Gran Bretaña, Bélgica, Luxemburgo, España y Austria, abierta también a la adhesión de las administraciones adjudicadoras de otros Estados europeos. La primera adquisición agregada a nivel europeo tiene que ver con soluciones innovadoras para el envejecimiento activo y en buena salud, la así llamada *silver economy*, y estuvo

101 Ordonnance n.º 2015-899, 23 de julio de 2015 en tema de *marchés publics*, art. 26, par. 4, en donde se precisa que “*les acheteurs peuvent recourir à une centrale d’achat situé dans un autre Etat membre de l’Union européenne, à condition que ce choix n’ait pas été fait dans le but de se soustraire à l’application de dispositions nationales qui intéressent l’ordre public. La loi alors applicable au marché public est la loi de l’Etat membre dans lequel est situé la centrale d’achat*”.

102 Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, art. 197, en tema de cooperación administrativa. Cfr. M. P. CHITI, *Lo spazio amministrativo europeo*, en *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli: Editoriale Scientifica, 2011, pp. 167-174; F. CORTESE, *Gli strumenti per la cooperazione amministrativa verticale*, en <http://www.astrid-online.it/>, 2012; M. P. CHITI & A. NATALINI (eds.), *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna: Il Mulino, 2012; N. BASSI, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, Milano: Giuffrè, 2004.

103 Directiva UE 2014/24, art. 39, par. 4.

104 A. TAILLEFAIT, “Coopération transfrontalière”, en J.-B. AUBY & J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dirs.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 1285 y ss.; N. BASSI, “Accordi amministrativi”, en S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. I, Milano: Giuffrè, 2006; N. BASSI, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, Giuffrè, Milano, 2004; Cfr. también Comisión UE, *documento di lavoro dei servizi della Commissione concernente l’applicazione del diritto UE in materia di appalti pubblici ai rapporti tra amministrazioni aggiudicatrici (“cooperazione pubblico-pubblico”)*, 4 de octubre de 2011.

105 Healthy” Ageing – Public Procurement of Innovations (<http://www.happi-project.eu/>) cit. G. M. RACCA, relación del congreso *Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, cit., pp. 11 y ss.; G. M. RACCA & S. PONZIO, “La mutualisation des achats dans le secteur de la santé publique: les centrales d’achat et les accords-cadres dans une perspective comparative”, en *Droit Administratif*, n. 7/2011, pp. 7-12. G. M. RACCA, *The future European Directive on procurement: new legal framework for public procurement of innovation in the field of healthcare*, relación del *1st European Forum for Public Procurement of Healthcare Innovation Hospital purchasers: new stakeholders of the European industrial innovation*, Parc des Expositions, París, 30 de mayo de 2013.

precedida por una cuidadosa análisis de mercado. La experiencia del proyecto HAPPI puede considerarse como una primera aplicación de los modelos previstos por las directivas europeas recientes para la realización de formas de contratación pública conjunta y transfronteriza, armonizando los documentos de concurso y las condiciones de ejecución de cinco países, que podría constituir la base de la elaboración por parte de la ANAC de un futuro "pliego tipo" capaz de dar aplicación al art. 39 de la Directiva¹⁰⁶.

3. LA NECESIDAD DE INNOVACIÓN EN LAS EMPRESAS CONTRATISTAS

Una transparencia mayor es un interés primordial de las empresas, que conociendo el funcionamiento del mercado en un determinado sector productivo pueden organizar mejor sus propias estrategias con miras a una competencia para sí y para la colectividad, superando una actitud que en los últimos veinte años ha llevado a una clausura y conservación del *statu quo*, que a la larga ha impedido el desarrollo y la innovación¹⁰⁷.

La digitalización de los actos y los procedimientos administrativos propios del concurso, de estipulación del contrato y de su ejecución, con la superación del "mito" de la reserva, abriendo, a todos, el análisis comparativo de los datos y los flujos de bienes, servicios y obras contratados por la Administración pública, puede constituir el mayor desincentivo para ejecutar actos de corrupción¹⁰⁸.

Solo cuando la corrupción no tenga recursos económicos suficientes para poder comprar el silencio de muchos, se habrá opuesto un obstáculo insalvable al sistema de corrupción. Comprar a "todos" es imposible e insostenible, y por eso la *disclosure* debe ser amplia, y confiar a universidades y centros de investigación la tarea independiente y libre de "limpieza" de datos sucios no presta ninguna utilidad. Una *disclosure* que se extienda exactamente hasta el punto en el que no resulte ya conveniente tratar de comprar la infidelidad o la incorrección de funcionarios públicos y empresas. Es bien sabido que la existencia de datos "sucios" no puede resultar de utilidad alguna, pero también se dijo que para tal fin no solo es necesario vincular a universidades y centros

106 S. PONZIO, "Joint Procurement and Innovation in the new EU Directive and in some EU-funded projects", en *IusPublicum Network Review*, 2014, pp. 22 y ss.; G. M. Racca & S. Ponzio, "Nuovi modelli organizzativi per il joint procurement e l'innovazione dei contratti pubblici in Europa", en R. F. ACEVEDO & P. VALCARCEL FERNÁNDEZ (eds.) *Compra Pública Agregada*, en curso de publicación.

107 A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, cit.

108 L. TORCHIA, *La nuova Direttiva in materia di appalti di lavori*, cit. M. SAVINO, "Le norme in materia di trasparenza amministrativa e la loro codificazione (art. 1, commi 15-16 e 26-36)", en B. G. MATTARELLA & M. PELISSERO (eds.) *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, cit., pp. 113 y ss.

de investigación, dejándoles la tarea independiente y libre de "limpieza". Una más amplia transparencia de los datos favorece las actividades de *benchmarking* nacionales y europeas que contribuyen a la emergencia de las más evidentes anomalías y síntomas de corrupción.

Los bancos de datos pueden también dar una consistencia e inteligibilidad a la información reputacional de aquellos que han participado en los concursos o ejecutado contratos públicos¹⁰⁹. El conocimiento de la calidad y cumplimiento de la empresa que hace parte de un contrato público debería convertirse en un incentivo a la consecución del valor agregado de la reputación, asegurado solo a los mejores contratistas, así como anteriormente el hecho de ser proveedor público o de la "casa real" se convertía en una ventaja competitiva también en el mercado privado.

La capacidad y las estrategias de concurso en las centrales de intermediación se revelan eficaces siempre que elaboren reparticiones en lotes que superen los límites administrativos de los diversos niveles territoriales, o incluso nacionales, y además tengan en cuenta las diferentes características mercantiles, las realidades productivas distributivas y las innovaciones, superando la fragmentación y la opacidad en la ejecución, que hasta hoy han determinado calidad escasa y costos irrazonables e insostenibles.

La actividad de vigilancia de ANAC mediante la *disclosure* de los datos¹¹⁰, de por sí induce realineamientos, una adecuación a las cantidades y calidades necesarias en cada caso, y la disponibilidad de acuerdos marco que a su turno incentivarán la renuncia a procedimientos selectivos autónomos para adherir voluntariamente a concursos ya efectuados, donde sea evidente la imposibilidad de obtener mejores condiciones.

109 Cfr. il ruolo delle informazioni contenute nella Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici per l'attribuzione del rating di legalità: ANAC-AGCM, Protocollo d'intesa contro la corruzione firmato da Cantone e Pitruzzella: nuovi criteri per il rating di legalità alle imprese, 11 de diciembre 2014, art. 3. El rating de legalidad puede constituir también uno de los criterios de evaluación de las ofertas en el ámbito de la oferta económicamente más ventajosa. Cfr. ANAC, *Nota illustrative al Bando-tipo per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e furniture*, 19 de mayo 2015, 10-11, en donde su utilización se justifica "en consideración del hecho de que el rating es publicado en presencia de requisitos que tienen que ver en modo específico con la organización empresarial o derivan directamente de la adopción de prácticas operativas ceñidas a la legalidad, a la moralidad y a la corrección y, por ende, se revelan una idoneidad abstracta para incidir sobre las modalidades ejecutivas de la prestación específica"; ANAC, Determinación 9 de diciembre 2014, n. 3, *Linee guida per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali*.

110 G. GARDINI, *Le regole dell'informazione. Dal cartaceo al bit*, Torino, Giappichelli, 2014, 360-363. Sobre la calidad de los datos cfr. E. CARLONI, "La qualità dei dati pubblici", en B. PONTI (ed.) *Il regime dei dati pubblici. Esperienze europee e ordinamento nazionale*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli editore, 2008, pp. 253 y ss.

4. LA PROFESIONALIDAD Y LA SIMPLIFICACIÓN DE LAS REGLAS

En Europa se pueden identificar tres modelos de recepción de las directivas europeas: el *copy out method*, aplicado en el Reino Unido¹¹¹, el método del *goldplating* que prevé la definición de algunas reglas de adaptación y enlace con el sistema interno, y los métodos más sofisticados de recepción, que alcanzan una codificación del sistema completo de los contratos públicos¹¹². El cambio requiere profesionalidad y simplificación de las reglas, por ende, si se quiere asumir entre los principios de la delegación a la recepción la prohibición de *goldplating*, sería necesaria una superación significativa de la normativa actual¹¹³.

Nuestra recepción anterior se enmarcaba en la categoría de aquellas "más sofisticadas y complejas"¹¹⁴, más allá del modelo de recepción que define el *goldplating* como mera adopción de algunas reglas de adaptación y enlace con el sistema interno¹¹⁵.

Parece claro que con el modelo más sofisticado y complejo de recepción de los 700 artículos del Código de Contratos Públicos vigente, y de su reglamento aplicativo, modificados un centenar de veces en los últimos nueve años¹¹⁶, es posible evitar el *goldplating* (que ya prevé integraciones más limitadas) y la

111 UK Cabinet Office, *Consultation Document UK Transportation of new EU Procurement Directives – Public Contracts Regulations 2015*, 9.

112 G. D. COMPORI, "La sfida delle nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni", en *federalismi.it*, 25 de marzo 2015; L. TORCHIA, *La nuova Direttiva in materia di appalti di lavori*, cit., pp. 23-26; P. MANTINI, *La semplificazione nei nuovi appalti pubblici tra divieto di gold plating e copy out*, Relación del 61º Convenio di Studi Amministrativi "La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione", Varenna 17, 18 y 19 de septiembre 2015, accesible en <https://www.giustizia-amministrativa.it/>.

113 F. SATTÀ, *La corruzione, male sociale, e la sua prevenzione*, en *Aperta-Contrada*, 16 de noviembre 2015, <http://www.apertacontrada.it/>.

114 Con una codificación específica, como en Francia e Italia.

115 F. DI CRISTINA, "Prevenzione dell'illegalità e governance", en *Gior. dir. amm.*, 2014, p. 1160.

116 La recepción de los 84 artículos de la Directiva de 2004 en materia de contratos públicos (sectores ordinarios), cristalizada en alrededor de 300 artículos de España y Francia y los 49 artículos de Gran Bretaña (hoy 122 por las tres nuevas directivas). Comité económico y social europeo, *Parere in merito al "Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici – Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti"*, 13 de julio 2011, COM(2011) 15 def. Cfr. Comisión UE, recomendación relacionada con la recepción en el derecho interno de las directivas que inciden sobre el mercado interno, 12 de julio 2004, (SEC/2004/0918 def.), en donde (p.to 6) se invita a los Estados miembros a abstenerse de añadir, en los actos nacionales de aplicación, condiciones o prescripciones innecesarias para la recepción de la directiva, si resultan suficientes para obstaculizar el alcance de los objetivos perseguidos por la directiva. El anexo a la recomendación relativa a "las prácticas de Estados miembros que facilitan la recepción correcta y cumplida en el derecho interno de las directivas que inciden sobre el mercado interno", evidencia que "la añadidura, en el acto normativo de aplicación, de disposiciones suplementarias no necesarias para recepcionar la directiva debe evitarse. Donde quiera que tales disposiciones suplementaria-

adopción directa del *copy out method* del Reino Unido aún no parece plenamente coherente en ese sentido¹¹⁷.

El método inglés del *copy out* ha permitido anticipar un año la recepción mediante una simplificación máxima, con la adopción, incluso a través de contratos públicos, de las mejores prácticas comerciales en cuanto a eficiencia, calidad y ahorro¹¹⁸.

Las ideas de un derecho nacional hecho para nuestro uso exclusivo y de la cristalización de algunas posiciones jurisprudenciales, a veces de relevancia procesal¹¹⁹, implica el riesgo de circundar nuestro derecho positivo de

rias estén previstas, el ministerio o ente gubernativo responsable debe explicar por qué la añadidura es considerada necesaria y debe demostrar que no retardará la recepción”.

117 G. GIOVANNINI, Audiencia VIII Comisión del Senado en el ámbito de examen del d.d.l. para la actuación de las Directivas UE en materia de contratos públicos, 14 de enero 2015, 15.

118 UK, *The Public Contracts Regulations 2015*, 4 de febrero 2015.

119 Cfr. la evolución de la jurisprudencia en el tema de recurso incidental “excluyente” (donde se percibe la carencia de legitimación del recurrente principal no adjudicatario en cuando sujeto que no participó en el concurso, o que participó pero fue correctamente excluido, o que debió ser excluido pero no lo fue por error administrativo): Cons. St., Ad. Plen., 10 de noviembre 2008, n. 11, donde el Colegio afirmaba que en el caso de concurso con solo dos empresas admitidas, cada una de las cuales impugna el acto de admisión de la otra, el juez debe examinar también a la otra, dando relevancia al interés instrumental de cada empresa, sea ésta recurrente principal o incidental, en la repetición del concurso. Tal principio fue modificado por Cons. St., Ad. Plen., 7 de abril 2011, n. 4, donde se afirma que el recurso incidental siempre debe ser estudiado prioritariamente, en cuanto “el otro interesado somete a la jurisdicción una cuestión prejudicial y formal, que [...] se refleja en la preclusión del examen del recurso principal por defecto de legitimación para actuar”. Con Cass. S.U., 21 de junio 2012, n. 10294, se sostiene que no es admisible el principio expresado por el Consejo de Estado, en cuanto, de cara a dos empresas que elevan a a jurisdicción el mismo caso, una es “sancionada” con la inadmisibilidad del recurso. Conforme con tal principio CGUE, X, 4 de julio 2013, *Fastweb SpA v Azienda Sanitaria Locale di Alessandria*, en C-100/12. Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 30 de enero 2014, n.7; Cons. St., Ad. Plen., 25 de febrero 2014, n.9, donde se aclara que “el recurso incidental no debe examinarse antes que el recurso principal cuando quiera que no presente carácter excluyente”; cfr. C. E. GALLO, “Il formalismo nelle procedure contrattuali pubbliche e il dovere di soccorso”, en C. E. GALLO, *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Torino: Giappichelli, 2014. Cfr. también: Cons. St., Ad. Plen., 16 de octubre 2013, n. 23, sobre la comprobación de los requisitos de moralidad para la admisión al concurso; Cons. St., Ad. Plen., 22 de abril 2013, n. 8, sobre la obligación de la estación contratante de abrir en audiencia pública los sobres que contienen las ofertas técnicas (ya en Cons. St., Ad. Plen., n. 13 de 2011). Contra en CGCE, 19 de junio 2003, *Werner Hackermüller*, en C-249/01. En el derecho francés cfr.: en relación al *référé précontractuel* Conseil d’Etat, 3 de octubre 2008, n. 305420, *Syndicat mixte intercommunal de résiliation et de gestion pour l’élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe – SMIRGEOMES*, donde se prevé que un recurso puede ser propuesto válidamente únicamente si está dirigido a evidenciar vicios susceptibles de perjudicar la posición del recurrente (y no cualquier violación de las obligaciones de publicidad y competencia). En relación con el contencioso sobre el contrato cfr.: Conseil d’Etat, 28 de diciembre 2008, n. 304802, “*Béziers I*” sobre cuya base el juez no debe declarar en manera mecánica la nulidad del contrato, pues tiene poderes más amplios con el fin de tutelar el interés general.

una cultura considerada sofisticada, pero a veces bizantina, que lo expone a censuras y elusiones de los principios europeos¹²⁰. Se requiere ante todo un esfuerzo por parte de la doctrina, que debe recuperar los mejores momentos de su propia cultura jurídica y evitar favorecer barreras e incomprensiones¹²¹. Un esfuerzo doctrinal que resulta importante y necesario, pero que no es capaz de transformar un principio jurídico en derecho positivo sin la ayuda y ponderación de la jurisprudencia.

La recepción de las directivas UE en materia de contratos públicos constituye una ocasión importante para el cambio y la innovación del sistema de contratación pública. Produce desconcierto encontrar en la ley actual previsiones que obstaculizan la simplificación y la claridad como el concepto de "agregación artificiosa"¹²² de los contratos públicos, elemento extraño a las directivas europeas que podría conservar la difusa fragmentación abusiva —que en Francia integra el *delit de favoritisme*¹²³—, en lugar de favorecer la definición de estrategias de concurso innovadoras basadas sobre el análisis del mercado relevante.

En cambio, parece de mucho interés el rol de ANAC que emerge de la ley para la actuación de las directivas europeas sobre contratos públicos que atribuye a ANAC "más amplias funciones de promoción de la eficiencia, de sostenimiento al desarrollo de las buenas prácticas, de facilitación del intercambio de informaciones entre entes contratantes y de vigilancia" en los contratos públicos¹²⁴. La autoridad está llamada a definir un sistema administrativo "de penas y premios por la denuncia obligatoria de las ofertas extorsivas y corruptas

Con el pronunciamiento del Conseil d'Etat, 21 de marzo 2011, n. 304806, "*Béziers II*", el juez, al evaluar la legitimidad del acto de resolución de un contrato y para determinar si es admisible la pretensión de reanudar el vínculo contractual, debe evaluar, entre los otros elementos, la gravedad de los vicios encontrados.

- 120 D.lgs 12 de abril 2006, n. 163, art. 46, modificado por el d.l. 13 de mayo 2011, n. 70, art. 4, c. II, lit. d), convertido en l. 12 de julio 2011, n. 106, en relación con el así llamado "soccorso istruttorio".
- 121 M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, Relación presentada en el 61º *Convegno di Studi amministrativi* sobre "La nueva disciplina de los contratos públicos entre exigencias de simplificación, reactivación de la economía y lucha contra la corrupción" (Varenna, 17-18 y 19 de septiembre 2015), ID., *Autorizzazioni e concessioni: presidi dell'interesse pubblico o barriere all'accesso al mercato?*, Relación al 60º *Convegno di studi amministrativi*, Varenna, 18-20 de octubre 2014.
- 122 L. 28 de enero 2016, n. 11, cit., art. 1, lit. ccc); cfr. también el criterio de la "rotación" para la elección del operador económico adjudicatario, art. 1, lit. r).
- 123 Sobre el cual véase infra par. 5.
- 124 L. 28 de enero 2016, n. 11, cit., art. 1, lit. t) tales funciones comprenden "también poderes de control, recomendación, intervención cautelar, sancionatorios, y de adopción de actos de dirección como líneas guía, pliegos-tipo, contratos-tipo y otros instrumentos de reglamentación flexible, también dotados de eficacia vinculante y sin perjuicio de impugnabilidad de todas las decisiones y actos proferidos por la ANAC antes de los órganos competentes de justicia administrativa".

por parte de las empresas titulares de contratos públicos¹²⁵, redefiniendo las modalidades de calificación de los operadores económicos sobre la base de criterios de reputación, cuya disciplina debe ser concordada con lo previsto en el tema de *rating* de legalidad¹²⁶. La transparencia será asegurada por la calidad de las informaciones a través de la publicación en una única plataforma digital de la ANAC de todos los pliegos de condiciones¹²⁷ y la unificación de las bases de datos existentes¹²⁸. Las funciones de "promoción de la eficiencia, de sostenimiento al desarrollo de buenas prácticas, de facilitación del intercambio de informaciones entre entes contratantes y de vigilancia en el sector de los contratos públicos"¹²⁹ consentirán a la ANAC la gestión de un sistema de calificación de los entes contratantes que permita valorar la "efectiva capacidad técnica y organizativa" de los mismos sobre la base de "parámetros objetivos"¹³⁰, la creación y gestión de un registro nacional obligatorio de los componentes de las comisiones juzgadoras¹³¹ y de una lista de los entes adjudicadores de concesiones *in house*¹³². Parece evidente el objetivo de profesionalización de la "función contratos" para asegurar la adecuación de las estructuras llamadas a cumplirla con nuevas formas de coordinación que superen los límites territoriales para asegurar la eficiencia e integridad del sistema de contratación pública.

5. LA INNOVACIÓN DE LA TUTELA JURISDICCIONAL Y LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

La redefinición del rol de ANAC podría dar un impulso también a una vitalidad renovada de la justicia administrativa en la lucha por la legalidad de los contratos públicos. No se puede ignorar que a pesar de la tutela jurisdiccional administrativa, civil y penal sobre los contratos públicos, hoy en día no resulta posible mostrar datos auspiciosos de contención del fenómeno corruptivo entendido en un sentido amplio¹³³.

El formalismo de los concursos ha resultado compatible con la capacidad de las empresas para saber orientar los resultados, con minuciosidad, desde la definición de los actos del procedimiento a la atribución de los puntajes

125 *Ibid.*, art. 1 lit. q), p.to 5.

126 *Ibid.*, art. 1, lit. uu).

127 *Ibid.*, art. 1, lit. s).

128 *Ibid.*, art. 1, lit. q), p.to 2.

129 *Ibid.*, art. 1, lit. t).

130 *Ibid.*, art. 1, lit. bb).

131 *Ibid.*, art. 1, lit. hh).

132 *Ibid.*, art. 1, lit. eee).

133 Corte dei conti, *Inaugurazione anno giudiziario 2013*, cit., 7-10; Commissione UE, *Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione. Allegato sull'Italia*, cit., pp. 4 y ss. Cfr. M PELISSERO, *Nuove misure di contrasto alla corruzione?*, en *Dir. Pen. e Processo*, 2015, p. 5.

de calidad y la manipulación de los resultados de las fórmulas matemáticas¹³⁴. Ninguna paridad en el tratamiento puede hacer necesarios requisitos que se revelen inútiles o irrelevantes¹³⁵, y es en tal sentido que la doctrina y jurisprudencia italianas introdujeron la categoría de la irregularidad (en contraposición a la legalidad), donde quiera que la prescripción, incluso legislativa, resultase irrelevante de acuerdo con las pruebas (concepto posteriormente reforzado en el art. 21 *octies*, c. II de la l. n. 241 de 1990)¹³⁶.

134 Cons. St., VI, 2 de mayo 2012, n. 2515, con nota de M. PIGNATTI, "Le metodologie per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa", en *Foro Amm.*, C.d.S., 2013, pp. 1525-1542; Cons. St., V, 9 de abril 2010, n. 2004, con nota de M. MATTALIA, "L'offerta economicamente più vantaggiosa e l'applicazione della formula matematica prevista dal disciplinare di gara", en *Foro Amm.*, C.d.S., 2010, p. 2400; cfr. altresí Cons. St., V, 2 de diciembre 2015, n. 5468, en www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., v, 22 de enero 2015, n. 257, en *Foro Amm.*, 2015, 76; Const. St., v, 25 de febrero 2014, n. 899, en *Foro Amm.*, 2014, 476; Cons. St., III, 15 de enero 2013, n. 177, en *Foro amm. CDS*, 2013, 114; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 22 de septiembre 2015, n. 11347, en *Foro Amm.*, 2015, 9, 2371.

135 Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 25 de febrero 2014, n. 9, que declara ilegítima la previsión de la convocatoria de licitaciones que dispone la exclusión del procedimiento de selección del contratista por inobservancia de una previsión puramente formal en cuanto el "potere di soccorso" fundamentado por el art. 6, co. 1, lit. b), l. 7 de agosto 1990, n. 241, constituye parámetro para el escrutinio de la legitimidad de la ley del concurso que, en ausencia de una disposición normativa correspondiente, es ilegítima –por violación del art. 6, co. 1, lit b), l. 7 de agosto 1990, n. 241, y bajo el perfil de la desproporción manifiesta –la cláusula de la ley del concurso que disciplina un procedimiento distinto a aquellos masivos, en la parte en la que exige la sanción de la exclusión por la inobservancia de una prescripción puramente formal". En el caso concreto la exclusión de la empresa adjudicataria provisoria fue determinada por la no inclusión de un documento de identidad válido del representante legal en los sobres que contenían la oferta. Cfr. también: Cons. St., Ad. Plen., 16 de octubre 2013, n. 23, en relación a la individuación de los sujetos respecto de los cuales debe efectuarse la comprobación de los requisitos de moralidad para la admisión al concurso; Cons. St., Ad. Plen., 22 de abril 2013, n. 8, donde en relación con la obligación del ente contratante de abrir en audiencia pública los sobres que contienen las ofertas técnicas (ya en Cons. St., Ad. Plen, n. 13 del 2011) son salvaguardados "los efectos de los procedimientos concluidos o pendientes en la fecha de 9 de mayo de 2012, en los cuales se haya procedido a la apertura de los sobres en vía reservada".

136 D.lgs. 12 de abril 2006, n. 163, art. 46, modificado por el d.l. 13 de mayo 2011, n. 70, art. 4, c. II, lit. d), convertido en l. 12 de julio 2011, n. 106. De cara a las hipótesis de ausencia, imperfección o irregularidad de los elementos y las declaraciones, incluso de terceros, que deben ser producidas por los concursantes, se aplica lo introducido por el art. 38, c. II-bis, en el que se distingue entre ausencia, imperfección y cualquier otra irregularidad "esencial" de los elementos y las declaraciones sustitutivas y aquellas "no esenciales" cfr. Autorità Nazionale Anticorruzione, 8 de enero 2015, Determinazione n. 1, Criterios interpretativos de acuerdo con las disposiciones del art. 38, coma 2-bis y del art. 46, coma 1-ter del d.lgs. 12 de abril 2006. Sobre la integración de las declaraciones y la documentación cfr. Directiva UE 2014/24, art. 56, par. 3, "si las informaciones o la documentación que los operadores económicos deben presentar son o parecen ser incompletas o incorrectas, o si faltan documentos específicos, las administraciones adjudicadoras pueden solicitar, salvo disposición en contrario del derecho nacional que aplica la presente directiva, a los

Ningún ordenamiento europeo tiene un contencioso tan vasto sobre contratos públicos ni reconoce indemnizaciones tan generosas¹³⁷, pero un contencioso similar en nuestro ordenamiento no ha garantizado la calidad y corrección de la selección y la ejecución de los contratos públicos, en violación de los principios de efectividad e igualdad de la tutela¹³⁸.

En fase ejecutiva se manifestó un abuso del proceso arbitral, con datos que evidencian cómo la administración resultó desfavorecida en el 97,4% de los casos¹³⁹.

También desde este punto de vista la innovación parece necesaria.

Para tal fin el modelo francés parece interesante, con una jurisdicción plena sobre el ciclo completo de la contratación pública confiada al juez administrativo, el cual se caracteriza, sin embargo, por estar sujeto a las orientaciones peculiares del *Conseil d'Etat*, sobre el concurso y sobre la ejecución. En efecto,

operadores económicos interesados, presentar, integrar, aclarar o completar las informaciones o la documentación en cuestión dentro de un término adecuado, con la condición de que tal solicitud se efectúe con plena observancia de los principios de paridad de trato y transparencia". Sobre la aplicación del "soccorso istruttorio": Cons. St., VI, 30 de abril 2015, n. 2203; Cons. St., V, 22 de enero 2015, n. 255; Cons. St., IV, 20 de enero 2015, n. 147; Cons. St., Ad. Plen., 25 de febrero 2014, n. 9 Cfr. también: C. E. GALLO, "Il formalismo nelle procedure contrattuali pubbliche e il dovere di soccorso", en C. E. GALLO, *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Torino: Giappichelli, 2014.

137 Consiglio di Stato, Ufficio informatica, reportados en el *Sole 24 Ore*, 10 de febrero 2010, 8, donde se reportan 3.164 recursos presentados en primer grado en el 2013 en materia de contratación pública y 1.179 apelaciones ante el *Consiglio di Stato*. En Francia los recursos presentados ante los *tribunaux administratifs* fueron 6.045 en 2013, pero las apelaciones ante el *Conseil d'Etat* fueron solo 331. En España el contencioso cuenta 1.067 casos, en Alemania 817 y pocos en Gran Bretaña.

138 Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, art. 47, *derecho a un recurso efectivo y a un juez imparcial* y sobre principios de efectividad y equivalencia de los instrumentos de tutela cfr.: Corte giust. CE, 14 de octubre 2004, C-275/03, *Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica Portoghese*, p. ti 32 y 33; Corte giust. CE, 28 de enero 2010, *Uniplex (UK) Ltd c. NHS Business Services Authority*, en C-406/08; Corte giust. CE, 30 de septiembre 2010 *Stadt Graz c. Strabag AG*, en 314/09; Corte giust. 6 de octubre 2015, C-61/14, *Orizzonte Salute – Studio Infermieristico Associato c. Azienda Pubblica di Servizi alla Persona San Valentino – Città di Levico Terme*; Corte giust. CE, 16 de diciembre 1976, C-33/76, *Rewe*; Corte giust. CE, 16 de diciembre 1976, C-45/76, *Comet*; D.-U. GALETTA, "La giurisprudenza della corte di giustizia in materia di autonomia procedurale degli stati membri dell'unione europea", *Ius Publicum Network Review*, 2011, accesible en <http://www.ius-publicum.com>; F. MANGANARO, "Equo proceso e diritto ad un ricorso effettivo nella recente giurisprudenza della corte di Strasburgo", *Ius Publicum Network Review*, 2012, en www.ius-publicum.com; Commissione UE, *Economic efficiency and legal effectiveness of review and remedies procedures for public contracts*, abril de 2015, MARKT/2013/072/C.

139 Autoridad para la Vigilancia sobre los contratos públicos de obra, servicios y suministros, *Relazione annuale 2011*, 4 de julio 2012, pp. 238 y 239. G. M. RACCA, "La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici (art. 1, commi 14-25, 32 e 52-58)", en B. G. MATTARELLA & M. PELISSERO (eds.), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, pp. 125-151.

en el ordenamiento francés la efectividad de la tutela está asegurada por la concentración en la jurisdicción administrativa del sindicato, tanto en la selección del contratista como en la ejecución del contrato, donde entre otras se llega a la declaratoria de nulidad del procedimiento o del acto de adjudicación en los casos en los que la violación haya tenido efectiva relevancia sobre la competencia y sobre el resultado de la selección (caso Smirgeomes¹⁴⁰ de 2008), y se reconoce la legitimación de los terceros para hacer valer la exacta ejecución del contrato¹⁴¹. Adicionalmente, justamente los escándalos de los años ochenta y noventa en Francia¹⁴² favorecieron la introducción de instrumentos de lucha contra la corrupción fundados sobre la represión penal del fenómeno, específicamente en el sector de la contratación pública, mediante la previsión¹⁴³ del *délit de favoritisme*¹⁴⁴ como *manquements au devoir de probité*. Tal hipótesis de delito está dirigida a tutelar la efectividad de los principios y reglas para la tutela de la competencia (libertad de acceso a los concursos y paridad de trato de los candidatos) y de la correcta gestión del ciclo completo de la contratación pública, configurándose como instrumento que puede contribuir eficazmente

140 Conseil d'Etat, 3 de octubre 2008, n.º 305420, *Syndicat mixte intercommunal de résiliation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe – SMIRGEOMES*.

141 Conseil d'Etat, 4 de abril 2014, n.º 358994, *Département du Tarn-et-Garonne*.

142 Y. MÉNY, "France: The End of the Republican Ethic?", en D. DELLA PORTA & Y. MÉNY (eds.), *Democracy and Corruption in Europe*, New York: Pinter, 1997, p. 13. Y. MARIQUE, "Integrity in English and French public contracts: Changing administrative cultures?", en J.-B. AUBRY, E. BREEN & T. PERROUD (eds.), *Corruption and Conflicts of Interest: A Comparative Law Approach*, Edward Elgar Publishing, 2014, pp. 89-91.

143 Introducido con la l. 3 de enero 1991 relativa "a la transparence et à la régularité des procédures de marché", después integrada por la l. 29 de enero 1993 relativa a la "prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, et par celle du 8 de febrero 1995 relativa a marchés publics et alle délégations de service public". Cfr. Commissione UE, *Annexe France au Rapport anticorruption de l'UE*, Bruxelles, 3 de febrero 2014, en http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/docs/2014_acr_france_chapter_fr.pdf, p. 5.

144 Code Penal, art. 434-14, "Est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 200.000 € dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public". Cfr. Il rapporto, *Lutter contre la corruption et la fraude dans les marchés publics*, 27 de julio 2015, donde se reportan los datos del Service Central de Prévention de la Corruption (SCPC) que revelan que entre 2007 y 2010 se identificaron 25 condenas que llevaron a penas de detención y 20 casos en los cuales fueron impuestas penas pecuniarias que oscilaban entre 2.333,00 euros y 5.333,00eEuros.

a la lucha contra la corrupción en los contratos públicos¹⁴⁵. El *délit de favoritism* se verifica cuando el funcionario público (o el encargado del servicio público o quien actúe por tales sujetos) haya procurado o tratado de procurar a otros una ventaja injustificada que la jurisprudencia francesa ha identificado en la simple violación de reglas que disciplinan la elección del contratista (como, por ejemplo, el recurso a la fragmentación abusiva¹⁴⁶ o, también, la transmisión de informaciones privilegiadas a uno o más candidatos¹⁴⁷). El tipo penal se consume cuando la ventaja injustificada esté conectada con la violación de una regla que garantice el libre acceso a los contratos públicos y a la paridad de trato entre los candidatos¹⁴⁸. Se afirma que los funcionarios públicos profesionales u honorarios deben tener pleno conocimiento de las disposiciones relativas a los contratos públicos, sosteniendo que cada violación debe ser intencional¹⁴⁹ y conexa a la conducta ejecutada¹⁵⁰. La intencionalidad fue deducida por ejemplo de la gravedad de los hechos, del conjunto de "manio-bras" que condujeron a la individuación del mejor oferente, de la antigüedad de servicio del funcionario¹⁵¹. Las disposiciones del código penal francés no se encargaban normalmente del ámbito de los *référé précontractuel* y *contractuel*. El Conseil d'Etat, desde 2001, atribuye relevancia, dentro de los límites identificados por la jurisprudencia Smirgeomes, a la verificación de hipótesis de conflicto de intereses penalmente relevantes en cuanto tales situaciones puedan violar los principios a los que debe sujetarse la actividad administrativa,

145 Cfr. Circular Ministerio de Justicia del 4 de marzo 2002. Con la reforma del *code des marchés publics* de 2001 el *délit de favoritism* se extendió a los contratos (incluso bajo el margen) en caso de violación de principios de libre competencia, paridad de tratamiento, transparencia de los procedimientos, o de incumplimiento en la fase de definición de las necesidades y en la elección de la oferta económicamente más ventajosa.

146 Cass. crim., 12 de noviembre 1998, Marcel Graud n.º 97-85.333.

147 CA Paris 23 mars 2000 Juris-Data n.º 2000-117773.

148 Cass. Crim., 14 de enero 2004.

149 Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêt, *Por une nouvelle déontologie de la vie publique*, 26 de enero 2011, accesible en <http://www.conflits-interets.fr/pdf/rapport-commission-conflits-interets-vie-publique.pdf>, pp. 32-33.

150 Cass. crim., 27 de noviembre 2002.

151 *L'erreur de droit n'est pas admise par la jurisprudence comme cause d'irresponsabilité pénale. Les juges estiment en effet qu'en égard à leur qualité, les auteurs ne peuvent invoquer l'erreur de droit pour méconnaissance des règles des marchés publics alors qu'il était maire depuis quelques années après avoir été conseiller municipal.* Cass crim 15 de septiembre 1999 Juris-Data n.º 1999-003934; Cass crim 10 avril 2002 Dr pén 2002, comm 105, obs Véron.

como, por ejemplo, los principios de imparcialidad¹⁵² y paridad de trato de los oferentes¹⁵³ y, *a fortiori*, la tutela de la competencia¹⁵⁴.

El conocimiento a cargo de un único juez de toda la relación contractual puede permitir recomponer las culturas de la jurisdicción sobre la selección y la ejecución y favorecer una recalificación de las figuras sintomáticas del exceso de poder, también en razón de lo deducido respecto de la ejecución.

Además si la cláusula de sustitución se convierte en paradigma de los pliegos de condiciones parece posible efectuar una concentración, hasta ahora inesperada, del proceso sobre incumplimientos y resoluciones contractuales, con la posibilidad de recalificación como nuevo contratista del segundo o tercer calificado. La propuesta tiene un efecto sistémico, porque daría consistencia al interés de los terceros de controlar la ejecución¹⁵⁵.

Desde los terceros interesados, a la sociedad civil y a las nuevas formas de *civic engagement* se puede llegar a un poder de control difuso, sostenido por ANAC¹⁵⁶, y útil para el desarrollo de la integridad y fidelidad a la República para negar de raíz la traición de la corrupción sistémica (art. 54, Cost.)¹⁵⁷.

152 CE 25 de junio 2004, *Ministre des affaires étrangères, de la coopération et la francophonie*, req. n.º 263404.

153 CE 27 de julio 2001, *Société Degrémont, Syndicat intercommunal d'assainissement et de protection de l'environnement de Toulon La Valette*, req. N.º 232820, Lebon 413.

154 "Aux termes de l'article 432-14 du code pénal, toute violation du code des marchés publics, dont l'objet est de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats, est susceptible de caractériser le délit de favoritism (sous réserve que la preuve des autres éléments constitutifs de l'infraction soit rapportée)", *Circulaire CRIM.05-3/G3-22.02.2005 du 22 février 2005 relative au délit de favoritism – Éléments jurisprudentiels récents – NOR JUS D05-30037C*, on-line: <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Circulaires/Circulaire-2005-02-22-favoritisme.htm>. Cfr. En los Estados Unidos, una hipótesis penal parecida está prevista en la U.S. Federal Criminal Law, cuya aplicación está limitada a los intereses de carácter financiero del funcionario público 18 U.S. Code § 208 – *Acts affecting a personal financial interest*. El delito es punible con un año de detención o cinco años en caso de dolo. La sanción pecuniaria puede ascender a \$250.000.

155 R. CAVALLO PERIN & G. M. RACCA, "La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici", en *Dir. Amm.*, 2010, pp. 325-354.

156 L. 28 de enero 2016, n. 11, cit., art. 1, lit. q), p.to 5. G. FRASCHINI – N. PARISI – D. RINOLDI (eds.) *Il whistleblowing nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Catania: Bonnano Editore, 2011; R. CANTONE, "La tutela del whistleblower: l'art. 54-bis del d.lgs. n. 165/2001 (art. 1, comma 51)", en B. G. MATTARELLA & M. PELISSERO (eds.), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, cit., pp. 243-259.

157 G. M. RACCA & R. CAVALLO PERIN, "Corruption as violation of fundamental rights: reputation risk as a deterrent against the lack of loyalty", cit.; F. MERLONI & L. VANDELLI (eds.), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, 2010, pp. 5 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

- ACEVEDO, R. F., & VALCARCEL FERNNDEZ, P. (a cura di). *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Thomas Reuters, Cizur Menor, 2014.
- BARBERA, A. "Commento all'art. 2", en G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma: Zanichelli, 1994.
- BASSI, N. "Accordi amministrativi", en S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. I, Milano: Giuffrè, 2006.
- BIN, R., & BARTOLE, S. *Commentario breve alla Costituzione*, Padova: CEDAM, 2008.
- BRUTTI LIBERATI, E., & DONATI, F. (a cura di). *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Turin, 2010.
- Carvalho Perin, R. "L'etica pubblica come contenuto di un diritto degli amministrati alla correttezza dei funzionari", en F. MERLONI & R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano: Franco Angeli, 2009, pp. 147-161.
- CAVALLO PERIN, R., & GAGLIARDI, B. "L'exemple italien: L'exorbitance de la relation professionnelle des fonctionnaires, malgré leur contractualisation", en C. FORTIER (directo da), *Le Statut général des fonctionnaires: trente ans, et après?*, Paris: Dalloz, 2014, pp. 177-199.
- CASSESE, S., "Maladministration e rimedi", en *Foro it.*, 1992, v, 243; FREGO LUPPI, *L'obbligo di astensione nella disciplina del procedimento dopo la legge n.º 190 del 2012*, in *Dir. Amm.*, 2013.
- CERULLI IRELLI, V. "Violazione del diritto europeo e rimedi nazionali", en *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 2014.
- CERULLI IRELLI, V. "Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti", en M. D. ALBERTI & A. PAINO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna, 2010.
- CLARICH, M. *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna: Il Mulino, 2005.
- Comisión UE. *Commission staff working paper – Evaluation Report Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, 1, 27 de junio de 2011.
- Comisión UE, *Informe de la Unión sobre la lucha contra la corrupción. Adjunto sobre Italia*, 3 de febrero de 2014.
- CREPALDI, G. "L'esecuzione del contratto", en C. E. GALLO (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle Directive 2014*, Torino: Giappichelli, 2014.

- DE GRAZIA. "La vigilanza e il controllo sulla attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni", in D. SORACE (a cura di) *Amministrazione pubblica dei contratti*, Napoli: Editoriale Scientifica, 2013.
- DI CRISTINA, F. "Le misure urgenti sulla pubblica amministrazione – la nuova vita dell'ANAC e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione", in *Giornale Dir. Amm.*, 2014.
- DI GIOVINE, A. "Art. 2", in G. NEPPI MODONA (a cura di), *Stato della Costituzione. Oltre la bicamerale le riforme possibili*, Milano: Il Saggiatore, 1998, pp. 9-12.
- FIDONE, G. *I contratti pubblici complessi*, in *Italiadecide – Rapporto 2015*, Bologna: Il Mulino, 2015.
- GALLO, E. (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle Directive 2014*, Torino: Giappichelli, 2014.
- GARDINI, G. *Le regole dell'informazione. Dal cartaceo al bit*, Torino: Giappichelli, 2014.
- GRECO, G. "Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino", *Dir. Amm.*, 2014.
- GROSSO, C. F., "Novità, omissioni e timidezze della legge anticorruzione in tema di modifiche al codice penale", in B. G. MATTARELLA & M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione, Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino: Giappichelli, 2013.
- IACOVELLI, D. "Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione e danni risarcibili: la parabola giurisprudenziale dai danni riflessi ai danni ipotetici", *Giur. It.*, 2013.
- LOPEZ MINO, A., & VALCARCEL FERNANDEZ, P. "Contracting authorities' inability to fight bid rigging in public procurement: reasons and remedies", in G. M. RACCA & C. YUKINS (editors), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruxelles, Bruylant, 2014.
- LUCATTINI, S. "Garante delle concorrenze e certezza economica: alla ricerca delle giustizie per i mercati", in *Dir. Amm.*, 2013.
- MANGANARO, F. "Perspectives on fighting corruption in public contracts in Italy", in G. M. RACCA & C. Y. YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing corruption concerns in Public Procurement Internationally*, Burselas, Bruylant, 2014.
- MANGANARO, F. "Equo proceso e diritto ad un ricorso effettivo nella recente giurisprudenza della corte di Strasburgo", *Ius Publicum Network Review*, 2012.

- MATTARELLA, B. G. & PELISSERO, M. (a cura di). *La legge anticorruzione, Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013.
- MATTARELLA, B. G. *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna: Il Mulino, 2007.
- MARIQUE, Y., "Integrity in English and French public contracts: Changing administrative cultures?", en J.-B. AUBY, E. BREEN & T. PERROUD (eds.), *Corruption and Conflicts of Interest: A Comparative Law Approach*, Edward Elgar Publishing, 2014.
- MÉNY, Y., "France: The End of the Republican Ethic?", en D. DELLA PORTA & Y. MÉNY (eds.), *Democracy and Corruption in Europe*, New York: Pinter, 1997.
- NAPOLITANO, G. "Diritto amministrativo e processo economico", en *Dir. Amm.*, 2014.
- NOGUELLOU, R., & STELKENS, U. (a cura di) *Droit comparé des contrats publics*, Bruselas: Bruylant 2010.
- PAINO, A. *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, informe en el Congreso 59 de Studi Amministrativi, Varenna, 19-21 de septiembre de 2013, accesible en línea en www.atrid-online.it.
- PARISI, N., & CHIMENTI, M. L. "Il ruolo dell'ANAC nella prevenzione della corruzione in materia di appalti pubblici", en *Il Diritto del commercio internazionale*, 2015.
- PECES BARBA MARTINEZ, G., voce "Diritti e doveri fondamentali", en *Dig. Disc. Pubbl.*, UTET, Torino, 1990, v, pp. 139-158.
- POTO, M. "Autorità amministrative indipendenti (aggiornamento)", *Digesto pubbl.*, Turni, 2008.
- RACCA, G. M., & CAVALLO PERIN, R. "Corruption as a Violation of Fundamental Rights: Reputation Risk as a Deterrent Against the Lack of Loyalty", *Ius Publicum Network Review*, n.º 1/2014, www.us-publicum.com.
- RACCA, G. M. & YUKINS, C. R. (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruselas: Bruylant, 2014, pp. 23-48.
- RACCA, G. M. "Disciplina e onore nell'attuazione dei codici di comportamento", en R. CAVALLO PERINI & F. MERLONI (a cura di), *Al servizio della Nazione, Etica e Statuto dei funzionari pubblici*, Milano: Franco Angeli, 2009, pp. 250-265.
- RAMAJOLI, M. & TONOLETTI, B. "Qualificazione e regime giuridico degli atti generali", *Dir. Amm.*, 2013.

- ROMANO, A. Introduzione al convegno *Corruzione e crisi sistemica*, Università di Torino, 18 de mayo de 2015.
- ROSE-ACKERMAN, S. "International Actors and the Promises and Pitfalls of Anti-Corruption Reform", en *Pennsylvania Journal of International Law*, 2013.
- SATTA, F. "La corruzione, male sociale, e la sua prevenzione", en *Aperta-Contrada*, 16 de noviembre 2015.
- SERGE, A. "L'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture", en R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMENICHELLI & G. SALA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova: cedam, 2014.
- SOCCA, G. G. "Le situazioni giuridiche soggettive nel pensiero di Antonio Romano Tassone", en *Dir. Amm.*, 2014.
- TAILLEFAIT, A. "Coopération transfrontalière", en J.-B. AUBY & J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles: Bruylant, 2014.
- UK Cabinet Office, *Consultation Document UK Transportation of new EU Procurement Directives – Public Contracts Regulations 2015*.
- VANNUCCI, A. "Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione", en G. D. COMPORTE (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Naples: Editoriale Scientifica, 2011.
- VON BOGDANDY, A., & IOANNIDIS, M., "Systemic deficiency in the rule of the law: what it is, what has been done, what can be done", *Common Market Law Review*, 2014, pp. 59-96.
- VON BOGDANDY, A. & IOANNIDIS, M. "Il deficit sistemico nell'Unione Europea", *Rev. Trim. Dir. Pub.*, 2014.