

**DOTTORATO DI RICERCA IN
SCIENZE GIURIDICHE – PHD IN LEGAL STUDIES**

Ciclo 31°

Settore Concorsuale: 12/D1 – Diritto Amministrativo

Settore Scientifico Disciplinare: IUS/10 – Diritto Amministrativo

**APPALTO PUBBLICO ELETTRONICO IN ITALIA: EVOLUZIONE,
ANALISI E PROPOSTE DI RIFORMA**

**LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA EN ITALIA:
EVOLUCIÓN, ANÁLISIS Y PROPUESTAS DE MEJORA**

Presentata da: Alfonso Sánchez García

Coordinatore Dottorato

Supervisore

Prof. Andrea Morrone

Prof. Marco Dugato

Esame finale anno 2019

A mis padres, mi mayor y mejor ejemplo en la vida, a quienes estaré eternamente agradecido por su amor y generosidad sin límites.

A Isabel, mi compañera de viaje por el pedregoso camino de la vida, cuya sonrisa hace que cada paso cobre sentido.

INDICE

Introduzione - L'emergere degli appalti pubblici elettronici e la loro sfida 1

Capítulo I - El mercado de la contratación pública. Funcionamiento, estructura y déficits estructurales..... 19

1. El *status* económico de los entes adjudicadores como parte contratante 21

2. Divergencias detectadas entre el equilibrio teórico y real del poder adjudicador monopsonista 41

3. La conformación de la voluntad de los poderes adjudicadores en procedimientos de gasto y contratación pública como motivo de la desviación del equilibrio óptimo..... 45

3.1 El porqué de la disfunción intencionada del comportamiento de la administración contratante..... 45

A) Intereses externos al interés público desde la perspectiva de la decisión política 47

B) Intereses externos al interés público desde la perspectiva del funcionario o burócrata 52

C) Consideraciones comunes a los intereses externos al interés público de funcionarios y políticos 53

3.2 El porqué de la disfunción no intencionada del comportamiento de la administración contratante y del mercado de contratación pública..... 63

3.3. Clasificación de los factores o disfunciones de la contratación pública: factores por el lado de la demanda y por el lado de la oferta 69

4. Efectos esperados de las TIC en la estructura de la contratación pública 71

Capítulo II - Los instrumentos básicos de *e-government* para la instauración de la contratación pública electrónica 81

1. La interoperabilidad.....	86
2. De la interoperabilidad coordinada a la implementación coordinada de las TIC en todos los niveles de la Administración y sus dudas constitucionales.....	94
3. El documento electrónico: concepto, valor probatorio, registro y transmisión.	101
3.1 Concepto.....	101
3.2 Niveles de validez del documento informático	106
3.3 Archivo y registro del documento administrativo informático	111
3.4 La transmisión de documentos informáticos: el empleo del correo electrónico, el correo electrónico certificado y el domicilio digital	114
4. La firma electrónica.....	124
4.1 El uso de la firma electrónica por la Administración Pública	129
4.2 Los medios de identificación electrónica del administrado.....	133
4.3 La firma electrónica en la contratación pública.....	135
5. Las declaraciones responsables y bases de datos electrónicas	145
5.1 El Documento Europeo Único de Contratación y el registro de bases de datos nacionales E-certis	152

Capítulo III - La irrupción de la contratación pública electrónica en Italia y sus principales procedimientos e instrumentos..... 161

1. La inserción de la contratación pública electrónica en la normativa nacional italiana por el d.P.R. n. 101/2002 y sus precedentes locales	161
2. La plataforma de <i>e-procurement</i> y sus sistemas de compra y negociación electrónicos.....	171
2.1 La plataforma de <i>e-procurement</i> estatal.....	171
2.2. El mercado electrónico de la Administración Pública.....	178
2.3. Las <i>convenzioni</i> Consip	196
2.4 El acuerdo marco	198
2.5 Los sistemas dinámicos de adquisición	205

3. La subasta electrónica.....	223
4. Los nuevos sistemas de <i>e-procurement</i> introducidos por la directiva 2014/24/UE	231
4.1 El catálogo electrónico	231
4.2 Las plataformas telemáticas de negociación	233

**Capítulo IV - La digitalización del procedimiento de licitación general. De la comunicación y publicidad en papel a la comunicación y publicidad electrónica
..... 237**

1. La digitalización de los anuncios relativos al procedimiento de licitación en el nivel de preinformación: El anuncio de información previo y los programas plurianuales de compra pública	246
1.1 Programación de la actividad de compra pública.....	248
A) Contenido de la programación de la contratación pública.....	251
B) Modificaciones ulteriores de la programación y posibles excepciones a la misma.....	254
C) Prescripciones estatales sobre la priorización de los procedimientos de compra pública en la actividad de programación.....	256
D) Eficacia y efectos jurídicos de la programación de la contratación pública.....	261
E) Consideraciones iniciales sobre la actividad de programación.....	264
1.2 El anuncio de información previa.....	265
1.3 Consideraciones y propuestas sobre el nivel de preinformación.....	273
2. La digitalización de los anuncios relativos al procedimiento de licitación en los niveles de información inicial y de postinformación.....	289
2.1.- Conceptualización de los anuncios de licitación, de adjudicación y de modificación	289
A) El anuncio de licitación	289

B) La publicidad <i>ex post</i> : los anuncios de adjudicación y modificación..	295
2.2.- Los medios electrónicos empleados en los niveles de información inicial y de postinformación.	299
2.3.- Consideraciones y propuestas sobre los niveles de información inicial y de postinformación	313
3. Los medios electrónicos para la publicación de los anuncios del procedimiento de licitación. Alcance del carácter de sede electrónica y ámbito de aplicación del d.lgs. n. 33/2013	325
3.1.- El portal SIMAP	325
3.2.- El portal del MIT	327
3.3.- El perfil del comprador	327
3.4.- La plataforma central de la ANAC	328
3.5.- Consideraciones comunes a la plataforma del MIT, a la plataforma de la ANAC y a los perfiles del comprador	329

Capítulo V - El papel de la contratación pública electrónica en los procesos de centralización y agregación de la demanda..... 335

1. La concentración de la demanda de los poderes adjudicadores como herramienta contra las ineficiencias económicas de la contratación pública	335
2. El modelo de concentración del d.lgs. n. 50/2016.....	343
3. Evolución del proceso de concentración de la demanda de los poderes adjudicadores y de la implementación preceptiva de sistemas electrónicos: precedentes del d.lgs. n. 50/2016.....	346
3.1.- La concentración de demanda para la adquisición de bienes y servicios con preceptividad estatal y proyección nacional: años 2000 – 2002	346
3.2.- La concentración de la demanda de bienes y servicios con preceptividad estatal, proyección nacional y determinación obligatoria de los procedimientos de contratación local: 2002 – 2004.....	348

3.3.- Concentración de la demanda de productos de relevancia nacional y/o regional con carácter potestativo: 2004 – 2007	351
3.4.- Conformación de un sistema de concentración en red o policéntrica de la demanda de productos y previsión del mercado electrónico con preceptividad estatal y relevancia nacional: 2007- 2016.....	352
3.5.- El amago del legislador en 2011 a favor de un sistema de concentración preceptivo de la demanda de los poderes adjudicadores estatales y locales.....	356
4. Las dudas constitucionales del proceso de concentración de la demanda de los entes adjudicadores en torno a los sistemas de contratación electrónicos	359
Conclusioni	363
1. In merito ai procedimenti degli appalti pubblici tradizionalmente vincolati alle piattaforme dell' <i>e-procurement</i>	363
2. In merito alle esigenze di sviluppo della digitalizzazione del procedimento di gara d'appalto generale.....	369
3. In merito ai requisiti di operabilità dell' <i>e-procurement</i>	373
4. In merito a possibili ostacoli costituzionali di fronte all'impiego di soluzioni dell' <i>e-procurement</i>	378
5. Considerazioni finali.....	383
Bibliografia	387
Giurisprudenza ed altri fonti bibliografiche.....	411
Agradecimientos.....	419

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ADI: Agenda Digital Italiana

AgID: Agenzia per l'Italia digitale

AIPA: Autorità per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione

ANAC: Autorità Nazionale Anticorruzione

ANCE: Associazione Nazionale Costruttori Edili

ANPR: Anagrafe Nazionale della Popolazione Residente

art.: artículo

AVCP: Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture

c.: comma

CAD: Codice dell'Amministrazione Digitale

cc.: commi

CIG: Codice Identificativo Gara

CNIPA: Centro Nazionale per l'Informatica della Pubblica Amministrazione

Consip, S.p.A.: Concessionaria Servizi Informativi Pubblici.

DESI: Digital Economy and Society Index

DOCE: Diario Oficial de la Comunidad Europea

DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea

DEUC: Documento Europeo Único de Contratación

EdA: Evaluación de Artículos de Catálogo

GU / GURI: Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana

ISAE: Istituto di Studi e Analisi Economica

lett.: lettera

MEF: Ministero dell'Economia e delle Finanze

MePA: Mercato elettronico della Pubblica Amministrazione

MIT: Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

OdA: Ordine di acquisto. Equivalente al término Transazione Diretta —TD—

RdO: Richiesta di Offerta

RUP: Responsabile Unico del Procedimento

SDAPA: Sistema Dinamico di Acquisizione della Pubblica Amministrazione

SUA: Stazioni Uniche Appaltanti

UE: Unión Europea

NORMATIVA REFERENCIADA

C.c.: Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262 di approvazione del testo del Codice Civile

d.L. n. 138/2011: Decreto-Legge 13 agosto 2011, n. 138. Decreto convertito, con modificazioni, in legge 14 settembre 2011 n. 148. Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo. Manovra bis.

d.L. n. 179/2012: Decreto-Legge 18 ottobre 2012, n. 179. Decreto convertito, con modificazioni, in legge 17 dicembre 2012, n. 221. Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese. Decreto Sviluppo bis.

d.L. n. 185/2008: Decreto-Legge 29 novembre 2008, n. 185. Decreto convertito, con modificazioni, in legge 28 gennaio 2009, n. 2. Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale. Decreto Anticrisi.

d.L. n. 192/2014: Decreto-Legge 31 dicembre 2014, n. 192. Decreto convertito, con modificazioni, dalla Legge 27 febbraio 2015, n. 11. Proroga di termini previsti da disposizioni legislative.

d.L. n. 201/2011: Decreto-Legge 6 dicembre 2011, n. 201. Decreto convertito, con modificazioni, in legge 22 dicembre 2011, n. 214. Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici. Decreto Salva Italia.

d.L. n. 216/2011: Decreto-Legge 29 dicembre 2011, n. 216. Decreto convertito, con modificazioni, in legge 24 febbraio 2012, n. 14. Proroga di termini previsti da disposizioni legislative.

d.L. n. 244/2016: Decreto-Legge 30 dicembre 2016, n. 244. Decreto convertito, con modificazioni dalla Legge 27 febbraio 2017, n. 19. Proroga e definizione di termini.

d.L. n. 5/2012: Decreto-Legge 9 febbraio 2012, n. 5. Decreto convertito, con modificazioni, in legge 4 aprile 2012, n. 35. Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo.

d.L. n. 52/2012: Decreto-Legge 7 maggio 2012, n. 52. Decreto convertito, con modificazioni, in legge 6 luglio 2012, n. 94. Disposizioni urgenti per la razionalizzazione della spesa pubblica.

d.L. n. 66/2014: Decreto-Legge 24 aprile 2014, n. 66. Decreto convertito, con modificazioni dalla Legge 23 giugno 2014, n. 89. Misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale. Decreto IRPEF.

d.L. n. 69/2013: Decreto-Legge 21 giugno 2013, n. 69. Decreto convertito, con modificazioni, in Legge 9 agosto 2013, n. 98. Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia. Decreto del Fare.

d.L. n. 78/2009: Decreto-Legge 1° luglio 2009, n. 78. Decreto convertito, con modificazioni, in legge 3 agosto 2009, n. 102. Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali. Decreto Anticrisi.

d.L. n. 78/2010: Decreto-Legge 31 maggio 2010, n. 78. Decreto convertito, con modificazioni, in legge 30 luglio 2010, n. 122. Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica.

d.L. n. 83/2012: Decreto-Legge 22 giugno 2012, n. 83. Decreto convertito, con modificazioni, in Legge 7 agosto 2012, n. 134. Misure urgenti per la crescita del Paese.

d.L. n. 90/2014: Decreto-Legge 24 giugno 2014, n. 90. Decreto convertito, con modificazioni, dalla Legge 11 agosto 2014, n. 114. Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari.

d.L. n. 95/2012: Decreto-Legge 6 luglio 2012, n. 95 (in Suppl. ordinario n. 141 alla Gazz. Uff., 6 luglio 2012, n. 156). Decreto convertito, con modificazioni, in legge 7 agosto 2012, n. 135 Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario. Spending Review.

d.lgs. n. 10/2002: Decreto Legislativo 23 gennaio 2002, n. 10. Attuazione della direttiva 1999/93/CE relativa ad un quadro comunitario per le firme elettroniche.

d.lgs. n. 104/2010: Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104. Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo. Codice del Processo Amministrativo.

d.lgs. n. 110/2010: Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n.110. Disposizioni in materia di atto pubblico informatico redatto dal notaio, a norma dell'articolo 65 della legge 18 giugno 2009, n. 69.

d.lgs. n. 113/2007: Decreto Legislativo 31 luglio 2007, n.113. Ulteriori disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62.

d.lgs. n. 150/2009: Decreto Legislativo 27 ottobre 2009, n. 150. Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni.

d.lgs. n. 159/2006: Decreto Legislativo 4 aprile 2006, n. 159. Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante codice dell'amministrazione digitale.

d.lgs. n. 163/2006: Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. Codice degli appalti.

d.lgs. n. 165/2001: Decreto Legislativo 30 marzo 2001, n. 165. Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche.

d.lgs. n. 179/2016: Decreto Legislativo 26 agosto 2016 n. 179. Modifiche ed integrazioni al Codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, ai sensi dell'articolo 1 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche.

d.lgs. n. 217/2017: Decreto Legislativo 13 dicembre 2017, n. 217. Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 179, concernente modifiche ed integrazioni al Codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, ai sensi dell'articolo 1 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche.

d.lgs. n. 235/2010: Decreto Legislativo 30 dicembre 2010, n. 235. Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante Codice dell'amministrazione digitale.

d.lgs. n. 33/2013: Decreto Legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni. Decreto trasparenza.

d.lgs. n. 50/2016: Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Codice dei contratti pubblici.

d.lgs. n. 56/2017: Decreto Legislativo 19 aprile 2017 n. 56. Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

d.lgs. n. 56/2017: Decreto Legislativo 19 aprile 2017 n. 56. Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

d.lgs. n. 82/2005: Decreto Legislativo 7 marzo 2005, n. 82. Codice dell'amministrazione digitale —CAD—.

d.P.C.M. 78954/2014: Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 13 novembre 2014. Regole tecniche in materia di formazione, trasmissione, copia, duplicazione, riproduzione e validazione temporale dei documenti informatici nonché di formazione e conservazione dei documenti informatici delle pubbliche amministrazioni.

d.P.C.M. n. 14146/2004: Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 13 gennaio 2004. Regole tecniche per la formazione, la trasmissione, la conservazione, la duplicazione, la riproduzione e la validazione, anche temporale, dei documenti informatici.

d.P.C.M. n. 352700/1999: Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 8 febbraio 1999. Regole tecniche per la formazione, la trasmissione, la conservazione, la duplicazione, la riproduzione e la validazione, anche temporale, dei documenti informatici ai sensi dell'art. 3, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 10 novembre 1997, n. 513.

d.P.C.M. n. 352700/1999: Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 8 febbraio 1999. Regole tecniche per la formazione, la trasmissione, la conservazione, la duplicazione, la riproduzione e la validazione, anche temporale, dei documenti informatici.

d.P.C.M. n. 38524/2009: Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 6 maggio 2009. Disposizioni in materia di rilascio e di uso della casella di posta elettronica certificata assegnata ai cittadini.

d.P.C.M. n. 38840/2009: Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 30 marzo 2009. Regole tecniche in materia di generazione, apposizione e verifica delle firme digitali e validazione temporale dei documenti informatici.

d.P.C.M. n. 54679/2011: Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 26 aprile 2011. Pubblicazione nei siti informatici di atti e provvedimenti concernenti procedure ad evidenza pubblica o di bilanci.

d.P.C.M. n. 55214/2011: Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 30 giugno 2011. Indizione Stazione Unica Appaltante, in attuazione dell'articolo 13 della legge 13 agosto 2010, n. 136. Piano straordinario contro le mafie.

d.P.C.M. n. 68380/2013: Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 22 febbraio 2013. Regole tecniche in materia di generazione, apposizione e verifica delle firme elettroniche avanzate, qualificate e digitali.

d.P.C.M. n. 73821/2013: Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 3 dicembre 2013. Regole tecniche per il protocollo informatico.

d.P.C.M. n. 73824/2013: Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 3 dicembre 2013. Regole tecniche in materia di sistema di conservazione.

d.P.C.M. n. 77331/2014: Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 24 ottobre 2014. Definizione delle caratteristiche del sistema pubblico per la gestione dell'identità digitale di cittadini e imprese (SPID), nonché dei tempi e delle modalità di adozione del sistema SPID da parte delle pubbliche amministrazioni e delle imprese.

d.P.C.M. n. 791700/1974: Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 11 settembre 1974. Norme per la fotoreproduzione sostitutiva dei documenti di archivio e di altri atti delle pubbliche amministrazioni

d.P.R. n. 137/2003: Decreto del Presidente della Repubblica 7 aprile 2003 n. 137. Regolamento recante disposizioni di coordinamento in materia di firme elettroniche.

d.P.R. n. 428/1998: Decreto del Presidente della Repubblica 20 ottobre 1998, n. 428. Regolamento recante norme per la gestione del protocollo informatico da parte delle amministrazioni pubbliche.

d.P.R. n. 101/2002: Decreto del Presidente della Repubblica 4 aprile 2002, n. 101. Regolamento recante criteri e modalità per l'espletamento da parte delle amministrazioni pubbliche di procedure telematiche di acquisto per l'approvvigionamento di beni e servizi.

d.P.R. n. 130/1994: Decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 1994, n. 130. Regolamento recante norme attuative della legge 4 gennaio 1968, n. 15, con particolare riferimento all'art. 3 e ad altre disposizioni in materia di dichiarazioni sostitutive.

d.P.R. n. 207/2010: Decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207. Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE».

d.P.R. n. 384/2001: Decreto del Presidente della Repubblica 20 agosto 2001, n. 384. Regolamento di semplificazione dei procedimenti di spese in economia.

d.P.R. n. 403/1998: Decreto del Presidente della Repubblica 20 ottobre 1998, n. 403. Regolamento di attuazione degli articoli 1, 2 e 3 della legge 15 maggio 1997, n. 127, in materia di semplificazione delle certificazioni amministrative.

d.P.R. n. 445/2000: Decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445. Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa

d.P.R. n. 513/1997: Decreto del Presidente della Repubblica 10 novembre 1997, n. 513. Regolamento contenente i criteri e le modalità di applicazione dell'articolo 15, comma 2, della legge 15 marzo 1997, n. 59, in materia di formazione, archiviazione e trasmissione di documenti con strumenti informatici e telematici.

d.P.R. n. 554/1999: Decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554. Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni.

d.P.R. n. 62/2013: Decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62. Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici,

d.P.R. n. 68/2005: Decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005, n. 68. Regolamento recante disposizioni per l'utilizzo della posta elettronica certificata

d.P.R. n. 696/1979: Decreto del Presidente della Repubblica 18 dicembre 1979, n. 696. Approvazione del nuovo regolamento per la classificazione delle entrate e delle spese e per l'amministrazione e la contabilità degli enti pubblici di cui alla legge 20 marzo 1975, n. 70.

Decreto n. 108824/2016: Decreto del Ministero delle Infrastrutture 2 dicembre 2016, n. 108824. Definizione degli indirizzi generali di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara, di cui agli articoli 70, 71 e 98 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

Decreto n. 13889/2001: Decreto del Ministero dei Lavori Pubblici 6 aprile 2001. Individuazione del sito Internet www.llpp.it per la pubblicazione di bandi ed avvisi di gara delle stazioni appaltanti di ambito statale e/o di interesse nazionale, nonché dei siti Internet predisposti dalle regioni e province autonome per la pubblicazione di bandi ed avvisi di gara delle amministrazioni.

Decreto n. 14/2018: Decreto n. 14/2018, 16 gennaio, del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti. Regolamento recante procedure e schemi-tipo per la redazione e la pubblicazione del programma triennale dei lavori pubblici, del programma biennale per l'acquisizione di forniture e servizi e dei relativi elenchi annuali e aggiornamenti annuali.

Decreto n. 59082/2011: Decreto del Ministero delle Infrastrutture 11 novembre 2011. Procedura e schemi-tipo per la redazione e la pubblicazione del programma triennale, dei suoi aggiornamenti annuali e dell'elenco annuale dei lavori pubblici e per la redazione e la pubblicazione del programma annuale per l'acquisizione di beni e servizi.

Decreto n. 77323/2014: Decreto del Ministero delle Infrastrutture 24 ottobre 2014. Procedure e schemi-tipo per la redazione e la pubblicazione del programma triennale, dei suoi aggiornamenti annuali e dell'elenco annuale dei lavori pubblici e per la redazione e la pubblicazione del programma annuale per l'acquisizione di beni e servizi.

Directiva 1999/93/CE: Directiva 1999/93/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999 por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica.

Directiva 2004/18/CE: Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

Directiva 2007/66/CE: Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

Directiva 2014/24/UE: Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

Legge 69/2009: Legge 18 giugno 2009, n. 69. Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile.

Legge n. 109/1994: Legge 11 febbraio 1994, n. 109. Legge quadro in materia di lavori pubblici.

Legge n. 11/2016: Legge 28 gennaio 2016 n. 11. Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

Legge n. 124/2015: Legge 7 agosto 2015 n.124. Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche.

Legge n. 127/1997: Legge 15 maggio 1997, n. 127. Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo.

Legge n. 134/2012: Legge 7 agosto 2012, n. 134. Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, recante misure urgenti per la crescita del Paese.

Legge n. 136/2010: Legge 13 agosto 2010, n. 136. Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia.

Legge n. 147/2013: Legge 27 dicembre 2013, n. 147. Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato. Legge di stabilità 2014.

Legge n. 15/1968: Legge 4 gennaio 1968, n. 15. Norme sulla documentazione amministrativa e sulla legalizzazione e autenticazione di firme.

Legge n. 15/2005: Legge 11 febbraio 2005, n. 15. Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa.

Legge n. 180/2011: Legge 11 novembre 2011, n. 180. Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese.

Legge n. 183/2011: Legge 12 novembre 2011, n.183. Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato. Legge di stabilità 2012.

Legge n. 191/2009: Legge 23 dicembre 2009, n. 191. Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato. Legge finanziaria 2010.

Legge n. 2/2009: Legge 28 gennaio 2009 n. 2. Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, recante misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale.

Legge n. 208/2015: Legge 28 dicembre 2015, n. 208. Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato. Legge di stabilità 2016.

Legge n. 208/2015: Legge 28 dicembre 2015, n. 208. Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato. Legge di stabilità 2016.

Legge n. 241/1990: Legge 7 agosto 1990, n. 241. Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi.

Legge n. 266/2005: Legge 23 dicembre 2005, n. 266. Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato. Legge finanziaria 2006.

Legge n. 289/2002: Legge 27 dicembre 2002, n. 289. Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato. Legge finanziaria 2003.

Legge n. 296/2006: Legge 27 dicembre 2006, n. 296. Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato. Legge finanziaria 2007.

Legge n. 340/2000: Legge 24 novembre 2000, n. 340. Disposizioni per la delegificazione di norme e per la semplificazione di procedimenti amministrativi. Legge di semplificazione 1999.

Legge n. 35/2012: Legge 4 aprile 2012, n. 35. Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 9 febbraio 2012, n. 5, recante disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo.

Legge n. 350/2003: Legge 24 dicembre 2003, n. 350. Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato. Legge finanziaria 2003.

Legge n. 388/2000: Legge 23 dicembre 2000, n. 388. Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato. Legge finanziaria 2001.

Legge n. 448/2001: Legge 28 dicembre 2001, n. 448. Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato. Legge finanziaria 2002.

Legge n. 488/1999: Legge 23 dicembre 1999, n. 488. Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato. Legge finanziaria 2000.

Legge n. 537/1993: Legge 24 dicembre 1993, n. 537. Interventi correttivi di finanza pubblica.

Legge n. 56/2014: Legge 7 aprile 2014, n. 56. Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni.

Legge n. 59/1997: Legge 15 marzo 1997, n. 59. Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa. Legge Bassanini.

Legge n. 69/2009: Legge 18 giugno 2009, n. 69. Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile.

Legge n. 88/2009: Legge 7 luglio 2009, n. 88. Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee.

Legge n. 96/2017: Legge 21 giugno 2017, n. 96. Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, recante disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo.

R.D. n. 2440/1923: Regio Decreto 18 novembre 1923, n. 2440. Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato.

R.D. n. 827/1924: Regio Decreto 23 maggio 1924, n. 827. Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato.

R.D. n. 94/1923: Regio decreto 18 gennaio 1923, n. 94. Istituzione, presso il Ministero delle finanze, di un Provveditorato generale dello Stato.

Reglamento n. 910/2014: Regolamento n. 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE.

INTRODUZIONE

L'EMERGERE DEGLI APPALTI PUBBLICI ELETTRONICI E LA LORO SFIDA

L'evoluzione della società Italiana e degli Stati vicini in direzione di una società post-industriale, denominata società dell'informazione¹, prende forma in un'era digitale caratterizzata dal fatto che le realtà tradizionalmente legate ad un elemento materiale possono essere riprodotte o ricondotte ad una sequenza di numeri attraverso il codice binario, il quale è facilmente accessibile grazie ad una pluralità di dispositivi, in quantità sempre maggiori, così come anche grazie alla convergenza crescente delle nuove tecnologie informatiche e della comunicazione², ha prodotto un notevole cambio nella relazione esistente tra i suoi stessi membri, fino ad arrivare poi alla relazione tra Pubblica Amministrazione e amministrato, giungendo all'emergere di un nuovo fenomeno, quale il Governo elettronico —*e-government*—, che rappresenterebbe un nuovo paradigma con il quale si impone la necessità dell'utilizzo delle Tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione (ICT a seguire) nelle relazioni tra cittadini e potere pubblico, in tutti i suoi aspetti, con lo scopo di perseguire i seguenti obiettivi³:

- La creazione di un nuovo scenario in cui il cittadino si possa relazionare con i poteri pubblici e possa accedere ai servizi pubblici senza limiti di “vincoli” relativi a competenze territoriali o residenza, e senza pretendere che lo stesso cittadino debba

¹ BELL, D., *The coming of Post-Industrial Society*, Heinemann, Londres, 1974. Per quanto riguarda la determinazione secondo cui le Pubbliche Amministrazioni devono giocare un ruolo determinante per permettere o facilitare l'accesso all'informazione a tutti i membri della comunità, bisogna riferirsi a quanto è stato segnalato da RIFKIN, J., *La Era del Acceso: La revolución de la nueva economía*, Paidós Iberica, 2000.

² PASCUZZI, G., *Il diritto dell'era digitale*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 18.

³ GATTI, M., *E-Procurement. Il D.P.R. 101/2002 e gli acquisti in rete della P.A.*, Esselibri - Simone, Napoli, 2002, p. 10.

conoscere l'organizzazione dello Stato, né a quale amministrazione debba rivolgersi, essendo tra l'altro necessario l'utilizzo di una carta d'identità elettronica o un sistema di firma elettronica, che sia *uniforme* in tutto il territorio nazionale –o comunitario- e che permetta l'accesso a tutti i servizi elettronici pubblici.

- La semplificazione delle cariche amministrative del cittadino, in base al principio di *una sola volta*, secondo il quale, per l'identificazione e l'accreditamento delle sue circostanze, non è necessario presentare la documentazione di accreditamento, che opera già in potere di *qualunque* amministrazione, considerando anche che dovrebbe essere necessaria una sola volta, o nel caso in cui si verificano dei cambi.

- L'interconnessione e l'interoperabilità di tutte le Pubbliche Amministrazioni ex una "rete peer-to-peer", soprattutto tra le amministrazioni centrali e locali.

- L'incremento della trasparenza e della facilità di accesso all'informazione, attraverso la creazione di banche di dati a cui possano direttamente accedere i cittadini; così come anche alla sua trasmissione tra le Pubbliche Amministrazioni.

- La limitazione all'ambito informatico di tutto il flusso di documenti prodotto in relazione all'Amministrazione, così come anche il suo archivio e gestione, che a sua volta permetta di superare o ridurre la gestione e il consumo della carta.

Sulla stessa linea, ai sensi dell'art. 3-bis della Legge n. 241/1990 introdotto dall'art. 3 della Legge n. 15/2005, si evince che:

Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica nei rapporti interni tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati.

Per tanto, è possibile intravedere che uno degli aspetti di rilevante importanza, tanto a livello quantitativo come qualitativo, in cui l'emergere delle ICT ha realmente avuto un forte impatto è la relazione tra le Pubbliche Amministrazioni e gli altri enti del Settore Pubblico con i cittadini⁴, così come si nota dall'esistenza di una forte e intensa politica nel seno dell'Unione Europea a favore di una digitalizzazione delle relazioni

⁴ Come segnalato da COMISIÓN EUROPEA, *COM(2010) 245, de 19 de mayo: Una agenda digital para Europa*, in Europa, circa 250 milioni di persone accedono a Internet ogni giorno, e a questo si aggiunge che il settore delle ITC genera direttamente un 5% del PIL dell'Unione, generando un forte impatto nella trasformazione dei meccanismi di funzionamento degli altri settori, al punto che, come segnala COSTANZO, P., «Internet (Diritto Pubblico) -voce-», in *Digesto discipline pubblicistiche. Aggiornamento*, Utet giuridica, Torino, 2000, p. 370, si è riusciti a persuadere gli enti istituzionali sull'utilizzo della stessa tecnologia.

amministrative, spinta per mezzo dell'Agenda Digitale europea o Europa 2020, con cui si pretende raggiungere l'integrazione delle ICT nella vita pubblica, con l'obiettivo di ottimizzare le sue potenzialità sociali ed economiche, in particolar modo attraverso la funzione di Internet⁵. Nell'anno 2015 si unisce a questa iniziativa la Strategia del mercato unico digitale –*digital single market*– basato su tre principi: il miglioramento per quanto riguarda l'accesso dei consumatori e delle imprese a beni e servizi di tutta Europa attraverso i canali digitali; la creazione di un contesto favorevole per lo sviluppo delle reti digitali e delle ICT; e un potenziamento nella crescita dell'economia digitale⁶. Quanto detto ha fatto sì che venisse adottata a livello nazionale la Agenda Digitale Italiana —ADI— ex art.47 del d.L. n. 5/2012, convertita poi in Legge n. 35/2012, che costituisce l'insieme di azioni e norme per il fomento della tecnologia, l'innovazione e l'economia digitale in crescita dell'Agenda Digitale Europea⁷.

Nel contesto del fenomeno dell'*e-government* possiamo evidenziare la relazione tra gli agenti del Settore Pubblico e gli operatori economici privati che operano come fornitori di beni, opere e servizi per lo stesso Settore Pubblico, ovvero nell'ambito degli appalti pubblici, dove l'introduzione delle ICT produrrà a sua volta l'arrivo dei —così detti— appalti pubblici elettronici, conosciuti anche come *e-public procurement*⁸. Questo fenomeno, sul quale si concentra il presente lavoro, secondo le parole della Commissione Europea viene definito come “la sostituzione dei procedimenti basati su supporti cartacei per il trattamento e la comunicazione con le ICT durante tutto il percorso e lo svolgimento degli appalti pubblici”, che a sua volta suppone “l'introduzione di procedimenti elettronici per sostenere tutte le fasi del procedimento degli appalti, consistente in: pubblicazione degli avvisi di gara, erogazione del capitolato d'onori, presentazione delle offerte, valutazione, aggiudicazione, richiesta,

⁵ COMISIÓN EUROPEA, COM(2010) 245, de 19 de mayo: *Una agenda digital para Europa*, cit.

⁶ MADDALENA, M. L., «La digitalizzazione della vita dell'amministrazione e del processo», in *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica amministrazione*, Giuffrè Editore, Milano, 2017, p. 535.

⁷ *Ibid.*, p. 540.

⁸ Così come evidenziato da CARLONI, E., «Servizi in rete», in CARLONI, E. (coord.) *Codice dell'amministrazione digitale. Commento al D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2005, pp. 341 e 342, uno degli elementi chiave del *e-government* è la prestazione di servizi in forma elettronica ai cittadini da parte delle Pubbliche Amministrazioni, invece, *l'e-procurement* esce completamente fuori da questo schema poiché si centra in una relazione elettronica tra privati e amministrazioni, in cui sono proprio i privati i soggetti che offrono servizi direttamente alle amministrazioni.

fatturazione e pagamento finale”⁹. Questa definizione ci riconduce ad un doppio concetto di appalti pubblici elettronici, secondo cui: da una parte abbiamo una definizione più ampia del concetto, che vede l’utilizzo delle ICT in qualunque fase del processo, e, al suo stesso interno troviamo una versione più ristretta dell’*e-procurement*, che viene denominata dalla Commissione Europea “end-to-end”¹⁰, che prevede l’utilizzo delle ICT durante tutto il processo, senza alcuna eccezione, dall’avviso fino al pagamento¹¹.

Si può per tanto osservare come questo fenomeno degli appalti pubblici elettronici implica, prima di tutto, una novità del tutto funzionale¹², basata nell’utilizzo di nuove tecnologie emergenti, all’interno di un concetto totalmente tradizionale, come —appunto— sono gli appalti pubblici; tecnologie, dicevamo, attraverso le quali verranno introdotti nuovi *mezzi elettronici* che permetteranno il suo sviluppo e che sono stati così definiti dalla Direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio:

Strumenti elettronici per l’elaborazione (compresa la compressione numerica) e l’archiviazione dei dati diffusi, trasmessi e ricevuti via filo, via radio, attraverso mezzi ottici o altri mezzi elettromagnetici.

Senza dubbio, questa nuova incorporazione viene seguita da evidenti miglioramenti e da un rinnovamento sostanziale, così come si evince dalle manifestazioni della Commissione europea, che mette in evidenza quanto segue¹³:

L’e-government è uno strumento per rendere più efficace e più efficiente l’amministrazione. Facilita lo sviluppo e la messa in atto delle politiche pubbliche ed aiuta il settore pubblico a far fronte all’esigenza contraddittoria di offrire servizi più numerosi e di migliore qualità con meno risorse.

⁹ COMISIÓN EUROPEA, COM(2010) 571 final, de 18 de octubre: Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE, p. 3.

¹⁰ COMISIÓN EUROPEA, COM(2013) 453 final, de 26 de junio: Contratación pública electrónica de extremo a extremo para modernizar la administración pública.

¹¹ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *La contratación pública electrónica. Análisis y propuesta de transposición de las Directivas comunitarias de 2014*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 279 y 280.

¹² Così come è stato per l’introduzione di nuovi strumenti meccanici, come ad esempio la macchina da scrivere. Così come sottolinea VANDELLI, L., *Papeles y Papeleo. Burocracia y literatura*, Iustel, Madrid, 2015, pp. 214 a 216, quest’innovazione funzionale basata sulle nuove tecnologie mostrò già degli effetti strutturali sull’Amministrazione; effetti che, nonostante siano differenti rispetto a quelli che si vedranno in relazione alle ICT, ebbero una notevole importanza, dando vita all’entrata di dipendenti di sesso femminile nell’organico della Pubblica Amministrazione.

¹³ COMISIÓN EUROPEA, COM(2003) 567, de 26 de septiembre: *El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa*, epígrafe 3.

Stabilendo anche che:

Malgrado la tecnologia non possa trasformare procedure inadeguate in buone procedure, l'e-government offre al settore pubblico la possibilità di assolvere ai propri compiti in modo diverso.

Effettivamente, l'impiego delle ICT negli appalti pubblici è da sempre stato ritenuto, proprio per via della sua natura e utilizzo, come uno dei principali antidoti contro la corruzione, considerando che garantisce una riduzione del *contatto diretto* tra un operatore e la stazione appaltante, così come anche dell'attività discrezionale di quest'ultimo, contribuendo alla crescita della trasparenza, sicurezza e semplificazione del procedimento, permettendo a sua volta, un miglioramento nel tracciato, nella garanzia dei documenti e nella riduzione dei tempi, costi e oneri amministrativi. Quanto detto, a sua volta, non potrà che favorire una integrazione della piccola e media impresa¹⁴.

A parte l'innovazione funzionale, ciò che si evidenzia, tra l'altro, è l'utilizzo dei mezzi elettronici nei procedimenti degli appalti pubblici, che si contemplan come una realtà in grado di condurre ad un cambio e ad una riconsiderazione strutturale di tutto il sistema. Sistema che, a parte una semplice riadattazione di quello già esistente, va oltre l'utilizzo dei nuovi mezzi e strumenti impiegati, garantendo effetti benefici, non solo in termini di riduzione dei costi e dei tempi di funzionamento, ma più in generale, si parla di procedimenti amministrativi più efficienti¹⁵, capaci di superare delle *deficienze strutturali* che venivano individuate fino ad ora e le cui soluzioni potevano essere concepite solo come utopiche, o, per lo meno, nei casi in cui dove il Diritto e la configurazione dell'Ordinamento legale non rappresentavano degli elementi essenziali. Se queste considerazioni fossero corrette, ci permetterebbero di intravedere la potenzialità delle ICT di formarsi in una tappa particolarmente importante all'interno del processo di sviluppo di questa figura, che ci può situare in un punto di grande

¹⁴ LENOCI, M. C.; LESTO, M. Y MALINCONICO, C., «Le procedure, tra tradizione ed innovazione», en CORRADINO, M., GALLI, D., GENTILE, D., LENOCI, M.C. y MALINCONICO, C. (coords.) *I Contratti Pubblici*, Wolters Kluwer, Vicenza, 2017, pp. 716 y 717; CARINGELLA, F. Y PROTTO, M., *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo. Commento organico al codice e alle linee guida ANAC alla luce del decreto correttivo del 19 aprile 2017, n. 56*, Dike. Giuridica Editrice, Roma, 2017, art. 44, p. 228.

¹⁵ GATTI, M., *E-Procurement. Il D.P.R. 101/2002 e gli acquisti in rete della P.A.*, cit., pp. 6 y 18.

evoluzione e configurazione previa degli appalti pubblici, rappresentando, dunque, un'importante innovazione amministrativa¹⁶.

Ad ogni modo, durante questo studio, è sempre necessario tenere conto del fatto che stiamo analizzando l'impiego di uno strumento così recente ed innovativo, come le ICT, caratterizzato presumibilmente da una serie di vantaggi fino ad ora mai raggiunti nell'ambito di questa figura classica del Diritto, quale quella degli appalti pubblici, che, per come è conosciuta oggi giorno, fonda le sue radici nel "conflitto tra il potere giudiziario e la Pubblica Amministrazione tra la fine del XVIII secolo e l'inizio del XIX", intorno a dei concetti di dominio pubblico, opere e servizi pubblici necessari nelle messe in atto dei pubblici poteri attraverso i secoli, fino al punto di avere i suoi primi antecedenti conosciuti nel Diritto Romano¹⁷. Un conflitto poi, che darebbe luogo alla generazione del Diritto Amministrativo e alla coincidente rottura di un concetto mantenuto durante il XVIII secolo, e anche prima, secondo il quale i poteri pubblici potessero soddisfare l'interesse pubblico attraverso l'impiego di strumenti appartenenti al diritto privato e applicati in forma del tutto diretta. In effetti, quando ancora la figura del contratto nel campo del Diritto Amministrativo Contemporaneo aveva un trattamento retrocesso rispetto alla parte generale e l'analisi della procedura unilaterale agli albori del Diritto Amministrativo, nacque molto presto la consapevolezza di accettare la necessità di includere una serie di formalità tendenti a garantire successi irraggiungibili per il solo recepimento diretto delle figure contrattuali del diritto privato: l'uso responsabile e morale del patrimonio e del denaro pubblico, così come anche l'imparzialità della pubblica Amministrazione e la conseguente salvaguardia della

¹⁶ Per quanto riguarda l'importanza delle tecnologie dell'informazione, bisogna riferirsi a GAMERO CASADO, E. Y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «El Derecho Administrativo ante la "Era de la Información"», en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.) *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los servicios Públicos*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 29. In un senso simile, per l'importanza delle ICT in Diritto Amministrativo ci riferiamo a BARNÉS VÁZQUEZ, J., «Una reflexión introductoria sobre el Derecho Administrativo y la Administración pública de la sociedad de la información y del conocimiento», *Revista Andaluza de Administración Pública*, vol. 40, 2000, p. 40 e ss.; PIÑAR MAÑAS, J. L., «Revolución tecnológica, Derecho Administrativo y Administración Pública», en *La autorización administrativa. La Administración electrónica. La enseñanza del Derecho administrativo hoy*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, 2011, p. 45.

¹⁷ VILLAR PALASÍ, J. L. Y DE LA TORRE MARTÍNEZ, E., «Tema XXV. Los contratos administrativos: naturaleza y especialidades», en *Derecho Administrativo*, UNED, Barcelona, 1973, pp. XXV/3 e XXV/8; CIANFLONE, A. Y GIOVANNINI, G., *L'appalto di opere pubbliche*, Giuffrè Editore, Milano, 1999, p. 135, citato in MELE, E., *I contratti delle Pubbliche Amministrazioni*, Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 22, nota (34).

concorrenza, garantendo l'uguaglianza di condizioni per tutti i singoli che volessero fare accordi con la pubblica Amministrazione¹⁸.

A partire da quest'origine processuale del secolo XIX, gli appalti pubblici hanno poi iniziato a sviluppare una configurazione giuridica del tutto propria e indipendente, destinata a regolarizzare e adattare le interrelazioni economiche tra la Pubblica Amministrazione e i privati ("operatori economici" da questo momento in avanti). Quanto detto ci porta poi a contestualizzare l'impulso dell'adozione dei nuovi mezzi facilitati dalla tecnica attuale, gestiti circa vent'anni fa, in un contesto caratterizzato da circa 200 anni di evoluzione e, di conseguenza, dalla necessità di considerare la traiettoria del passato nel disegno di questa possibile "nuova fase".

Inoltre, l'importanza di concretizzare l'ambito del *e-government* mette in evidenza la coincidenza che si verifica tra l'applicazione dei mezzi elettronici e una situazione di chiara espansione all'interno del nostro Stato sociale e democratico del Diritto,¹⁹ e/o Stato del Benessere, nel quale si sostiene l'idea secondo cui quest'ultimo non deve solo limitarsi a correggere i "più gravi ed evidenti" disservizi del mercato e della società civile —della quale formano parte gli operatori economici—, ma anche operare in modo attivo al fine di accelerare l'uguaglianza di "tutte le classi sociali" e garantire un determinato livello di benessere a tutti i cittadini. Quanto detto rispetto alla necessità di attuare positivamente, è contenuto negli articoli 35 e ss. della *Costituzione*, evidenziando soprattutto il terzo paragrafo del suo art. 41²⁰. Dunque, l'espansione degli appalti pubblici di cui abbiamo parlato, non è un caso, ma piuttosto il risultato dell'introduzione di un modello economico basato su una politica di distribuzione particolarmente intensa, non solo all'interno del nostro modello di Stato ma, più in generale, di tutti gli Stati membri dell'UE, con l'obiettivo di "rafforzare la coesione sociale all'interno di un paese e aumentare il benessere sociale"²¹, che conduce ad una

¹⁸ FANTINI, S. Y SIMONETTI, H., *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Giuffrè Editore, Milano, 2017, pp. 3, 4 e 7.

¹⁹ MÍGUEZ MACHO, L., «Fórmulas de colaboración público-privada contractual y crisis financiera del sector público», in *La contratación pública a debate: Presente y futuro*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 169 e 170.

²⁰ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General I*, Iustel, Madrid, 2016, p. 69.

²¹ Cfr. EGEA IBÁÑEZ, E., *Sector Público. Delimitación, Dimensión, Composición y Evolución*, Thompson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 37 a 39 e 146 y ss. Sulla evoluzione globale del così detto «secolo XX economico» durante il quale si verifica la comparsa dello Stato del Benessere, cfr. JIMÉNEZ, J. C., «Etapas de desarrollo de la economía mundial», in ALONSO, J.A. (coord.) *Lecciones sobre*

politica fiscale “con un notevole volume di entrate e spese pubbliche” e, in definitiva, a una maggiore presenza dello Stato all’interno del settore economico, attraverso l’applicazione di misure atte a correggere il funzionamento del mercato. Nell’ambito degli appalti pubblici, queste azioni hanno rappresentato “uno strumento giuridico al servizio dei poteri pubblici per l’adempimento dei suoi stessi fini o delle sue politiche pubbliche”²², che, per mezzo delle relazioni contrattuali con gli operatori economici del mercato in cui si inserisce la loro domanda, la stazione appaltante esorterà gli stessi ad un atto di corresponsabilità che mantenga l’obiettivo di una crescita sostenibile, guidata dai principi della politica sociale ed economica, contenuti nella Costituzione, e del nostro attuale Stato del Benessere. Detto ciò, si confermano le parole di GALGANO secondo il quale “il principale strumento di innovazione giuridica è il contratto”, che attraverso il suo diretto intervento “[...] rappresenta la legge in molti settori della vita sociale, insistendo fino a quasi sostituire i poteri pubblici nella difesa degli interessi generali”²³. Inoltre, su questa linea, bisogna anche sottolineare la posizione di CASSESE, secondo il quale il fatto che le Pubbliche Amministrazioni ricorrano al contratto è un fenomeno del tutto naturale²⁴.

Questo panorama ci riporta, inevitabilmente, ad un contesto di grande importanza economica che rappresenta circa un 14% del PIL dell’UE —circa due trilioni di euro all’anno—²⁵ e circa un 10,7% del PIL italiano —circa 172 miliardi di euro all’anno—²⁶. Trattandosi di un fenomeno all’interno del quale si vedono involucrati vari aspetti della produttività degli operatori economici insieme al controllo

economía mundial. Introducción al desarrollo de las relaciones económicas internacionales, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2009.

²² GIMENO FELIÚ, J. M., «El nuevo paquete legislativo comunitario de contratación pública: Principales novedades. La orientación estratégica de la contratación pública.», in RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, S. (coord.) *Las nuevas directivas de contratos públicos y su transposición*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 20; DRAGOS, D. C. Y NEAMTU, B., «Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects», in LICHÈRE, F., CARANTA, R. y TREUMER, S. (coords.) *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Djof Publishing, Copenhagen, 2014, pp. 313. Relativo all’ampiamiento del concetto di interesse pubblico, cfr. MELE, E., *I contratti delle Pubbliche Amministrazioni*, cit., p. 3.

²³ GALGANO, F., «Il diritto nella società post-industriale.», in *Prolusione all’apertura dell’anno accademico 1991-1992*, Università di Bologna.

²⁴ CASSESE, S., «Le persone giuridiche e lo Stato», *Contratto e impresa*, vol. 1, 1993, p. 2.

²⁵ COMISIÓN EUROPEA, COM (2017) 572 final, de 30 de octubre: Consequir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa, pp. 2 e 3.

²⁶ DE NICTOLIS, R., «Il codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà», *Federalismi.it: Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, vol. 19, 2016, p. 9.

della spesa pubblica²⁷, così come anche un'opportunità per la modernizzazione del sistema amministrativo italiano, ci troviamo all'interno di un contesto di grandi dimensioni, nel quale si vedranno coinvolte un gran numero di imprese, entità finanziarie e Pubbliche Amministrazioni, che con il conseguimento di autentiche innovazioni amministrative, rappresenterà un'occasione per lo sviluppo economico del paese.

In questo modo, l'adeguato adattamento della legislazione di fronte agli appalti pubblici nel nuovo scenario tecnologico, può essere considerato più che una "*partita di settore*", un'autentica "*partita di sistema*"²⁸, così come espressamente riconosciuto dalla Commissione Europea, che stabilisce che i contratti pubblici giocano un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020, poiché rappresentano uno degli strumenti basati sul mercato, necessario —tra l'altro— per poter contribuire ad una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva, permettendo allo stesso tempo un utilizzo efficace delle finanze pubbliche²⁹ attraverso le quali si porteranno a termine "le attività di maggiore importanza a livello collettivo", come la costruzione di opere pubbliche o semplicemente garantire il soddisfacimento dei fabbisogni primari della popolazione, garantendo, a sua volta, i corrispondenti beni e servizi³⁰.

Si denota, quindi, un vero e proprio bivio, nel quale confluiscono gli effetti dell'era dell'informazione, ovvero ciò di cui abbiamo precedentemente parlato, come le sue novità funzionali, il cui obiettivo è quello di procedere ad un cambio strutturale e rivoluzionario di questa figura giuridica con due secoli di tradizioni, con gli effetti di un sistema economico favorevole ad una grande espansione degli appalti pubblici, situandoci in uno scenario che aumenta l'importanza raggiunta da questo fenomeno degli appalti pubblici elettronici, *e-public procurement* —come abbiamo già visto— o, più semplicemente, *e-procurement*, con il suo *giovane regolamento*.

²⁷ Argomento importante dopo la crisi economica del 2009, che ha motivato la nascita di una normativa in materia di *spending review*, dove, come vedremo, gli appalti elettronici hanno un ruolo da protagonista.

²⁸ PAJNO, A., «La nuova disciplina dei contratti pubblici. Tra esigenze di semplificazione rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione», in *La nuova disciplina dei contratti pubblici. Tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Giuffrè Editore, Milano, 2016, pp. 34 e 36.

²⁹ COMISIÓN EUROPEA, «COM (2010) 2020 final, de 3 de marzo: EUROPA 2020 Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» in relazione al considerando 2 della Direttiva 2014/24/UE.

³⁰ DUGATO, M., «Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici e contrasto alla corruzione nel settore degli appalti pubblici», *Munvs*, vol. 3, 2015, p. 673.

Per di più, all'importanza degli appalti pubblici, si aggiunge anche il fatto che ci troviamo di fronte ad un momento di grande interesse e del tutto attuale con l'evoluzione del suo regolamento. Un regolamento ancora giovane, ma con circa quindici anni di esperienza settoriale alle spalle, durante i quali si sono sviluppate una normativa, una giurisprudenza e una dottrina che garantiscono uno studio rigoroso, contemporaneamente con lo sviluppo di nuove proposte, che arriveranno a un momento di pieno sviluppo e modellazione di ciò che sarà la figura, ben definita, dell'*e-procurement*.

Segnaliamo che i primi riferimenti agli appalti elettronici del settore pubblico, risalgono agli anni novanta dello scorso secolo, e sono stati introdotti dal rapporto *Bangemann* e dal Libro Verde della Commissione 27 Novembre 1996: "Gli appalti pubblici nell'Unione europea: spunti di riflessione per il futuro"³¹. Entrambi i testi segnalano due grandi vantaggi che risulterebbero dall'impiego delle ICT: l'efficienza, rispetto ai costi e una maggiore trasparenza. Così facendo, si inizia un percorso che ha avuto il suo primo esponente legislativo all'interno dell'Unione europea nella Direttiva 2004/18/CE. Un'impresa che, nel caso dell'Italia, si è consolidata con la promulgazione, prima di tutto, dell'articolo 3, c. 2-*bis* della *Legge* regionale di Lombardia n. 14/1997, secondo la quale nei casi di trattativa privata con gli operatori economici, sarebbe possibile ricorrere a strumenti telematici³²; e poi, del d.P.R. n. 101/2002, con il quale si introduce per la prima volta, anche se ancora limitato ai contratti di forniture e di servizi, il regolamento del sistema degli appalti elettronici come risposta al mandato degli articoli 24, c. 4 della *Legge* n. 340/2000 e 58, c. 5 della *Legge* n. 388/2000.

Norme dell'Ordinamento Giuridico italiano derivate dall'evoluzione naturale di due antecedenti che rappresentano una chiave importante: nel 1997, il riconoscimento della piena validità del documento informatico, ex *Legge* n. 59/1997 —*Legge Bassanini*— e l'utilizzo dell'*e-procurement* da parte di determinate amministrazioni aggiudicatrici infrastatali³³.

Si tratta di primi sviluppi, cui segue un'autentica effervescenza normativa, completata solo parzialmente, dopo la comparsa della Direttiva 2014/24/UE, con l'approvazione del d.lgs. n.50/2016, e che successivamente ha dato luogo a delle altre

³¹ MORENO MOLINA, J. A., «Administración electrónica y contratación pública», en *Administración Electrónica y Ciudadanos*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 746.

³² In concreto, si utilizza il termine "tecniche informatiche e informatiche".

³³ GATTI, M., *E-Procurement. Il D.P.R. 101/2002 e gli acquisti in rete della P.A.*, cit., p. 114.

riforme, tra le quali possiamo distaccare il d.L. n. 244/2016, in vigore dal 30 dicembre 2016, il d.lgs. n.56/2017, in vigore dal 20 maggio 2017, la Legge n. 96/2017, in vigore dal 23 giugno 2017 ed infine la Legge n. 205/2017, in vigore dal 1° gennaio 2018.

Nonostante ciò, dopo questi inizi e nonostante i benefici attribuiti alle ICT, il risultato pratico degli appalti elettronici nell'Unione europea è stato del tutto scarso, così come riconosciuto dalla stessa Commissione europea nel 2009, confermando che solo il 5% del totale degli appalti pubblici in Europa veniva eseguito seguendo i procedimenti degli appalti elettronici³⁴. Una cifra che ha mantenuto questi livelli fino ai nostri giorni, in cui la tasso media di acquisizioni degli appalti pubblici elettronici dell'UE è del 11,28%³⁵. Una scarsa ripercussione che la Dottrina attribuisce alla mancanza di fermezza e alla titubanza della Direttiva 2004/18/CE nel momento in cui avrebbe dovuto inserire i sistemi degli appalti elettronici³⁶, fino al punto di essere considerata da parte di alcuni autori come “poco coerente” con quanto stabilito da alcuni organi europei nelle loro precedenti comunicazioni e pareri esposti³⁷.

³⁴ COMISIÓN EUROPEA, *COM(2010) 571 final, de 18 de octubre: Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE*, cit., p. 11. Qui si evidenzia il lento sviluppo della implementazione degli appalti pubblici elettronici, per lo meno, se comparato alle previsioni ambiziose del trattato Bangemann, secondo le quali nel 1997 circa il 10% delle amministrazioni aggiudicatrici, avrebbe impiegato i procedimenti telematici per le gare di appalto pubbliche. Infatti, come si evince in DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J., «La insistencia de la UE en la contratación pública electrónica -y sus correspondientes decepciones-», *Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, vol. 137, 2015, p. 3, allora “NESSUNO” utilizzava gli appalti elettronici. Espressione che occorre rivalutare se parliamo dell'Italia, come vedremo successivamente. Tuttavia, anche rispetto all'Italia troveremo delle previsioni iniziali utopiche relative all'utilizzo degli appalti pubblici elettronici. Così, il *Comitato dei Ministri per la Società dell'Informazione*, 13 febbraio 2002 stabilisce una vera e propria sfida, secondo cui a breve termine, il 50% delle spese per prodotti acquistati dalle Amministrazioni Pubbliche, verrà effettuato attraverso il sistema degli appalti elettronici, in modo che l'esiguo totale di 250 milioni di euro del sistema degli appalti elettronici del 2002, raggiunga, nel 2003, un totale di 3 miliardi di euro, per poi arrivare nel 2005 fino a 12 miliardi di euro.

³⁵ EUROPEAN COMMISSION, «Public procurement – a study on administrative capacity in the EU», fecha de consulta 3 julio 2016, en <http://www.ec.europa.eu>.

³⁶ PUNZÓN MORALED A, J. Y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, F., *La utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la Ley 30/2007, de contratos del sector público*, La Ley, Móstoles, 2009, p. 28; FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M., *Contratación Pública, Tomo I*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 19; CATALÁ MARTÍ, J. V., *Manual práctico de contratación de las entidades locales*, Bayer Hnos. S.A., Barcelona, 2007, p. 65; PUNZÓN MORALED A, J. Y RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, F., «El uso de las nuevas tecnologías en la Administración Pública: la contratación pública electrónica prevista en la Directiva 2004/18/CE», *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red -REDETI-*, vol. 24, 2005, pp. 66 y 67; MORENO MOLINA, J. A. Y DOMÍNGUEZ ALONSO, A. P., «El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública», en *La contratación pública a debate: Presente y futuro*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2014, p. 154; tra i tanti.

³⁷ MORENO MOLINA, J. A. Y PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva ley de contratos del sector público*, La Ley, Madrid, 2007, p. 973.

Tabla I.1

Individuals using the Internet (% of population)				
Country/Year	2004	2014	2015	2016
Luxembourg	65,88	94,67	97,33	97,49
Denmark	80,93	95,99	96,33	96,97
United Kingdom	65,61	91,61	92,00	94,78
Sweden	83,89	92,52	90,61	91,51
Netherlands	68,52	91,67	91,72	90,41
Germany	64,73	86,19	87,59	89,65
Finland	72,39	86,53	86,42	87,70
Estonia	53,20	84,24	88,41	87,24
Belgium	53,86	85,00	85,05	86,52
France	39,15	83,75	84,69	85,62
Austria	54,28	81,00	83,94	84,32
Ireland	36,99	79,69	80,12	82,17
European Union	46,84	77,11	78,43	80,77
Spain	44,01	76,19	78,69	80,56
Slovak Republic	52,89	79,98	77,63	80,48
Euro area	47,48	77,00	78,67	80,45
Latvia	38,58	75,83	79,20	79,89
Hungary	27,74	75,65	72,83	79,26
Malta	34,62	73,17	76,18	77,29
Czech Republic	35,50	74,23	75,67	76,48
Cyprus	33,83	69,33	71,72	75,90
Slovenia	40,81	71,59	73,10	75,50
Lithuania	31,23	72,13	71,38	74,38
Poland	32,53	66,60	68,00	73,30
Croatia	30,91	68,57	69,80	72,70
Portugal	31,78	64,59	68,63	70,42
Greece	21,42	63,21	66,84	69,09
Italy	33,24	55,64	58,14	61,32
Bulgaria	18,13	55,49	56,66	59,83
Romania	15,00	54,08	55,76	59,50

Source: World Development Indicators: <http://databank.worldbank.org/data/reports.aspx?source=world-development-indicators#>

Ma dobbiamo sottolineare che questa mancanza di fermezza è stata anticipata dal proprio legislatore europeo nelle giustificazioni contenute nel sedicesimo considerando della Direttiva 2004/18/CE vista la esistenza di notevoli differenze tra gli Stati Membri che avrebbero potuto arrecare delle evidenti disuguaglianze nella possibilità di mettere in atto delle possibili soluzioni di appalti pubblici elettronici³⁸. A quanto pare quindi, il legislatore europeo ci ha avvertito fin dall'inizio di un rischio significativo nell'attuazione delle soluzioni degli appalti pubblici elettronici: il così detto *divario digitale*, che rispecchia la situazione attuale della nostra società, secondo il quale l'uso delle ICT potrebbe generare delle discriminazioni nelle interrelazioni con la Pubblica Amministrazione³⁹. Su questa linea, i dati indicavano che nel 2004 meno della metà della popolazione europea utilizzava Internet —approssimativamente, un 47%—. Infatti, tutto ciò continua ad essere una questione propriamente attuale, così come ci mostrano i dati statistici con i quali possiamo verificare che, mentre in altri Stati Membri, come la Danimarca o il Lussemburgo, nel 2016 tutta la popolazione aveva accesso a internet, in altri Paesi, come la Romania, Bulgaria o incluso l'Italia, la parte di popolazione usuaria di internet era solo di un 60% (tabella I. 1).

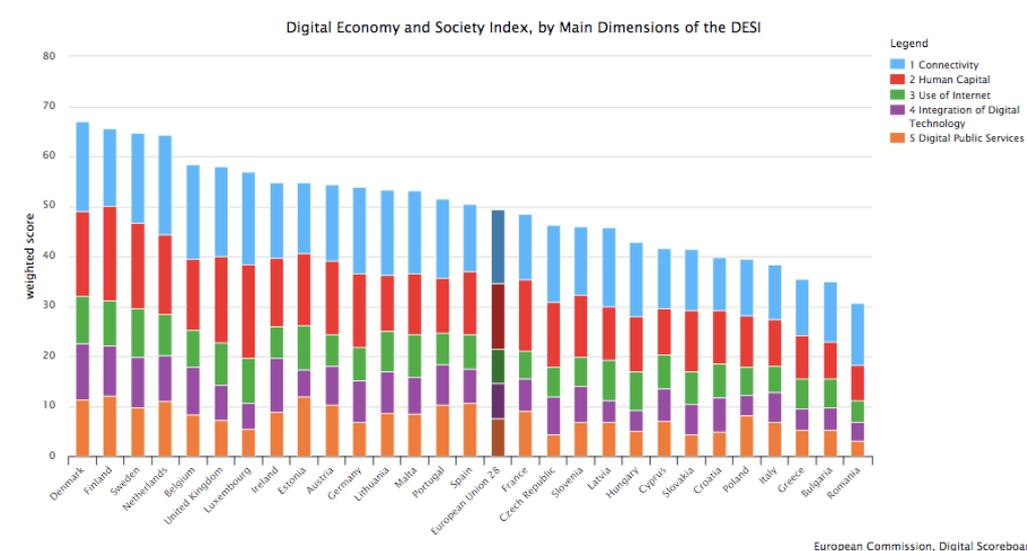
Queste disuguaglianze nell'accesso alle ICT —o divario digitale— tra i Paesi europei, si verifica anche all'interno delle società di ognuno di questi paesi membri, in

³⁸ In riferimento a quanto detto, bisogna evidenziare il concetto del divario digitale, segnalato, tra i tanti, in GAMERO CASADO, E. Y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., “El Derecho Administrativo ante la «Era de la Información»”, cit.

³⁹ BELISARIO, E., *La nuova Pubblica Amministrazione Digitale*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2009, p. 39; CACACE, S., *Codice dell'amministrazione digitale d.lgs. n. 82/2005 e n. 159/2006*, giustizia-amministrativa.it, in riferimento a CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE CONSULTIVA PER ATTI NORMATIVI, *Parere*, n. 11995/04.

cui, va evidenziata, così come affermato dal *Digital Economy and Society Index* — *DESI*— la difficoltà del processo di digitalizzazione all'interno di ogni stato membro. Questa complessità è principalmente valutata sulla base di cinque fattori⁴⁰: (i) la *connessione* o copertura di Internet, così come anche la larghezza di banda; (ii) il capitale umano, con il quale si misura la diffusione delle competenze digitali tra la popolazione; (iii) l'uso di Internet, con il quale si descrivono le attività di rete svolte dagli abitanti di un paese; (iv) *l'integrazione della tecnologia digitale*, con cui si misura l'iniziativa privata, soprattutto impresariale, per garantire un miglioramento dell'efficienza e dell'estensione della stessa; e (v) i *servizi pubblici digitali*, con cui si misura "l'offerta dell'*e-government*" di ogni paese. In questo modo, dopo la valutazione dei precedenti fattori, si concede un punteggio ad ognuno dei paesi membri che quanto più alto e più approssimato all'uno, indicherà una maggiore predisposizione alla digitalizzazione di ogni Paese.

Nell'anno 2017, i risultati raggiunti sono stati i seguenti:



Effettivamente, l'indice della tabella, dove l'Italia occupa il 25° posto su un totale di 28 Stati membri, come si poteva dedurre dalla variabile di utenti di internet di ogni Stato membro, evidenzia l'esistenza di un divario digitale del tutto reale all'interno dell'Unione europea.

E' proprio per questo che si è deciso di optare, giustamente, per un approccio graduale e prudente, con il quale è stato possibile fare un passo avanti con l'abrogazione

⁴⁰ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/desi>.

della Direttiva 2014/18/CE e l'approvazione della Direttiva 2014/24/UE, che aumenta l'esigenza dell'impiego obbligatorio delle ICT in determinati processi degli appalti, in modo che, anche se la strada è lunga, si possa mantenere una crescita progressiva dell'Unione europea per quanto riguarda gli appalti pubblici in senso stretto⁴¹ o “end-to-end”⁴².

In questo modo, nel 2004, l'Unione europea ha potuto incoraggiare gli appalti pubblici elettronici dentro i limiti dello sviluppo della società dell'informazione; periodo in cui la popolazione media dell'Unione europea che utilizzava internet si aggirava intorno al 50%. Dopo dodici anni, secondo le direttive della quarta generazione e con la Strategia Europa 2020, è dunque possibile riproporre ed estendere il suo impiego di fronte ad un nuovo stadio della società dell'informazione, in cui la precedente cifra si è quasi raddoppiata. Meglio ancora, si dovrebbe notare come l'impiego corretto e graduale dei sistemi *e-procurement* ed *e-government*, può rappresentare uno stimolo per i cittadini, così come per le imprese, per avvicinarsi sempre più alle ICT, cercando di restringere il divario digitale presente nella società⁴³.

E' evidente come i dati precedenti verranno tenuti in conto in maniera cruciale durante tutto il presente studio, poiché mostrano una vera e propria barriera di fronte alla diffusione delle ICT, che avranno bisogno di azioni dirette da parte dei poteri pubblici che lavorano alla *alfabetizzazione digitale* della popolazione⁴⁴, come per

⁴¹ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *La contratación pública electrónica. Análisis y propuesta de transposición de las Directivas comunitarias de 2014*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 48 a 50. Come indica CHITI, M. P., «Le direttive 2014 dell'Unione Europea sui contratti pubblici e i problemi della loro attuazione in Italia», in *La nuova disciplina dei contratti pubblici. Tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Giuffrè Editore, Milano, 2016, p. 93, tra le tante ragioni che portarono alla nascita della Direttiva 2014/24/UE, troviamo la presenza di nuovi problemi tecnici derivati dall'impiego e dallo sviluppo di nuovi strumenti tecnologici.

⁴² COMISIÓN EUROPEA, *COM(2013) 453 final, de 26 de junio: Contratación pública electrónica de extremo a extremo para modernizar la administración pública.*, cit. Cosa che era già stata sottolineata fin dai primi approcci al riguardo, da parte dell'Unione Europea, cfr. COMISIÓN EUROPEA, *COM(1996) 583 final, de 27 de noviembre: Libro verde sobre la contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro*, epigrafe 4.25. Questo requisito così ambizioso è stato rivalutato dalla Commissione nel 2004, stabilendosi, nel 2007, come un nuovo orizzonte per l'impiego degli appalti pubblici elettronici “end-to-end”, cfr. COMISIÓN EUROPEA, *COM(2004) 841, de 29 de diciembre: Plan de acción para la aplicación del marco jurídico de la contratación pública electrónica*. Di fronte al nuovo crollo, si è deciso di focalizzarsi su obiettivi a breve termine relativi all'implementazione di appalti elettronici in senso largo, senza abbandonare l'intenzione di raggiungere *in illo tempore* degli appalti pubblici elettronici integrali, cfr. COMISIÓN EUROPEA, *COM(2006) 173, de 25 de abril: Plan de acción i2010 sobre e-government*.

⁴³ COMISIÓN EUROPEA, *COM(2010) 245, de 19 de mayo: Una agenda digital para Europa*, cit.

⁴⁴ MADDALENA, M. L., “La digitalizzazione della vita dell'amministrazione e del processo”, cit., p. 523; CARDARELLI, F., «Art. 3 bis. Uso della telematica», in SANDULLI, M.A. (coord.) *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè Editore, Milano, 2017, p. 524.

esempio la *Strategia per la crescita digitale 2014-2020*, approvata dal Consiglio dei Ministri il 3 marzo 2015. Per di più, esiste anche una seconda barriera naturale nel contesto dell'impiego delle ICT, rappresentata dagli alti costi finanziari, così come anche delle risorse e delle competenze tecniche necessarie per stabilire quale sia la corretta infrastruttura che permetta quello stesso impiego. In aggiunta, altri elementi che rendono difficile l'utilizzo delle ICT, sono, per esempio, la presenza di nuovi requisiti e nuove sfide intrinseche alle funzionalità delle stesse ICT, come ad esempio la sicurezza digitale e l'interoperabilità, che vedremo più avanti in questo studio. Di fatti, è abbastanza chiaro che il consolidamento delle soluzioni dell'*e-procurement* deve essere sempre accompagnato dal bisogno di superare una serie di difficoltà e sfide che siano all'altezza dei vantaggi strutturali che si desidera raggiungere.

Nondimeno, nonostante i dati generali precedentemente esposti e che rivelano l'esistenza concreta di un divario digitale generale in tutto il sistema dell'*e-government*, dobbiamo anche anticipare l'esistenza di una situazione attuale del tutto vantaggiosa nel contesto degli appalti pubblici in Italia, dove l'atteggiamento del mercato ha evidenziato un progresso a livello esponenziale, sia nel valore delle transazioni effettuate, sia nel numero degli operatori economici che vi hanno preso parte. In effetti, se focalizziamo la nostra attenzione in uno dei primi strumenti dell'*e-procurement* stabilito dal D.P.R. n.101/2002, ovvero, il Mercato digitale della Pubblica Amministrazione —MePA—, possiamo evincere come dopo la prima transazione prodotta dallo stesso durante il 2003, e con la quale il comune di Cinisello Balsamo, seguendo un ordine diretto, ha comprato delle lampadine da un fornitore romano per il valore di 60 euro, il suo utilizzo sia cresciuto costantemente. Così, delle 597 imprese e 1.100 stazioni appaltanti, e 29,8 milioni di euro di transazioni nell'anno 2005; nel 2011 si è passati a circa 5.130 imprese abilitate, 5.589 stazioni appaltanti e 243,4 milioni di euro di transazioni⁴⁵; arrivando poi nell'anno 2017 con circa 100.000 imprese abilitate, 22.429 stazioni appaltanti e più di 3,5 miliardi di euro di operazioni⁴⁶. A questi numeri si aggiunge anche il fatto che circa un 70% di queste imprese abilitate, sono delle microimprese con meno di dieci

⁴⁵ RAPISARDA, I., *Il Mercato Elettronico della PA: vincoli ed economicità degli acquisti sotto soglia*, 2012, p. 26.

⁴⁶ Dati estratti dal portale di *open data* del Consip, accessibile su www.dati.consip.it, data dell'ultimo accesso, 1° Luglio 2018. Cfr.: CONSIP S.P.A., «Il Mercato Elettronico della PA (MEPA) supera i 3 miliardi di acquisti nel 2017», 2018, fecha de consulta 20 de mayo de 2018 en <http://www.consip.it/media/news-e-comunicati/consip-il-mercato-elettronico-della-pa-mepa-supera-i-3-miliardi-di-acquisti-nel-2017>.

lavoratori, ed inoltre, circa un 98% di esse, sono delle PMI⁴⁷. Tendenza positiva, nel senso che, al di là dell'uso delle disposizioni obbligatorie incluse sempre più nell'Ordinamento Giuridico, sembra trovare il suo concetto chiave nella scelta libera e consapevole delle Pubbliche Amministrazioni, che hanno trovato nelle MePA uno strumento utile ed efficace per la realizzazione di tutti quegli acquisti sotto soglia⁴⁸. Una tendenza positiva, tra l'altro, che si riscontra anche nel fatto che le misure adoperate in questo settore dell'Amministrazione digitale nell'affrontare le possibili barriere digitali che possano creare dei problemi all'accesso degli operatori economici, soprattutto quelli di grandezza inferiore, stanno mostrando un risultato, favorito anche dalle forti motivazioni che derivano dai grandi interessi economici in gioco all'interno stesso settore. Così come il fatto che ogni operatore privato che si sviluppa in esso, indipendentemente dalle sue dimensioni, è un agente economico professionale, che, costretto dalla sua stessa attività abituale, avrà una relazione con le ICT, così come anche con Internet, molto più da vicino, rispetto a quella di un cittadino medio. In questo modo sarà possibile far risultare che i dati generali precedentemente esposti, non sono realmente rappresentativi di quella popolazione che compone gli operatori economici italiani, anche se —in realtà— dovrebbero prevenire questi rischi dell'*e-procurement*. A questo punto, possiamo anche anticipare un certo ottimismo rispetto alle necessità finanziarie dell'impiego delle ICT, le quali, come vedremo, potranno essere compensate dai risparmi previsti per le stesse. Inoltre si parla di ottimismo anche rispetto alle nuove sfide di interoperabilità e sicurezza, per le quali potremo poi identificare delle soluzioni tecnologiche e giuridiche adeguate e accessibili, alcune delle quali già in processo.

Considerato quanto visto fino ad ora, prima di tutto bisognerà procedere con l'analisi delle implicazioni relative all'introduzione degli appalti pubblici elettronici, e se le ICT si costituiscono realmente come una novità funzionale con una proiezione strutturale; tutto questo, con l'obiettivo di capire —nel caso in cui la risposta fosse affermativa— il modo in cui verranno prodotti tali effetti. Per raggiungere questo scopo, nel I capitolo del presente studio sarà necessario trattare la struttura e le tradizionali inefficienze del settore. Ciò verrà affrontato con un'analisi di mercato di

⁴⁷ RAPISARDA, I., *Il Mercato Elettronico della PA: vincoli ed economicità degli acquisti sotto soglia*, cit., p. 26.

⁴⁸ MASSARI, A. Y USAI, S., *Il mercato elettronico e gli acquisti di beni e servizi dopo la Spending Review*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2013, p. 326.

taglio microeconomico e finanziario, con il proposito di esporre una serie di modelli teorici che rappresentano su carta la realtà e le cifre esposte dalla dottrina giuridica e dalle autorità competenti. Quest'analisi ci offrirà un punto di partenza che ci aiuterà molto per scoprire, capire in profondità e sistematizzare le disfunzioni tradizionali dei sistemi degli appalti pubblici; a sua volta, ci indicherà i diversi tipi di cambi strutturali a cui ci dovrebbe ricondurre l'impiego delle ICT, affinché rappresentino a tutti gli effetti una innovazione amministrativa anziché funzionale.

Ancora una volta, prima di affrontare la regolamentazione di specifiche soluzioni per gli appalti pubblici elettronici, dovremo soffermarci nel capitolo II del presente studio sui punti principali e necessari per una possibile esistenza dell'*e-government* e, di conseguenza, dell'*e-procurement*. Ciò significa, esattamente, concentrarsi su ognuno dei concetti fondamentali introdotti necessariamente da queste realtà e che rappresentano il sostegno *sine qua non* per l'introduzione delle ICT all'interno del funzionamento della Pubblica Amministrazione e/o delle stazioni appaltanti. Tutto ciò ci porterà ad una analisi ed esposizione dettagliata di tutte quelle premesse necessarie per poter comprendere i capitoli che seguono.

Dopo aver studiato la struttura del mercato degli appalti pubblici sui cui incideranno i mezzi elettronici, così come anche i concetti essenziali dell'*e-government* necessari per la comprensione del funzionamento degli stessi, ci ritroveremo a poter far fronte all'analisi delle soluzioni concrete dell'*e-procurement*. La suddetta analisi verrà effettuata in due fasi: da un lato, nel capitolo III ci sarà lo studio dei procedimenti e degli strumenti di gara concepiti soprattutto in un ambito digitale, tendenti a stabilire dei contratti prettamente elettronici, come nel caso dei mercati digitali o dei sistemi dinamici di acquisizione, o ancora, collegati in modo tradizionale, direttamente dalla sua origine, agli appalti pubblici elettronici, in senso largo, come sono per esempio gli accordi quadro e le convenzioni Consip. Dall'altro lato, nel capitolo IV ci ritroveremo con il progressivo impiego di soluzioni digitali nell'ambito dello sviluppo del processo generale degli appalti pubblici, soprattutto nel contesto delle comunicazioni e della pubblicità digitale, che, nell'attualità, hanno portato ad una totale espansione degli appalti pubblici elettronici in senso largo, in modo che, anche se non possiamo, —e forse neppure dovremmo— parlare esclusivamente di appalti pubblici elettronici in senso stretto, non possiamo farlo neppure in merito agli appalti pubblici analogici. Così facendo, durante entrambi i capitoli e approfittando dell'analisi svolta su queste due

fasi, si tratterà di evidenziare il modo in cui queste soluzioni dell'*e-procurement* contribuiranno effettivamente allo sviluppo di potenziali vantaggi strutturali analizzati nel primo capitolo, procedendo poi, quando sarà opportuno, alla modesta realizzazione di una serie di proposte considerate opportune nel momento in cui bisognerà consolidare, potenziare ed ottimizzare gli effetti innovatori degli appalti pubblici elettronici; oltre a segnalare i rischi operativi del processo di impiego che potrebbero provare non solo la considerazione di mezzi elettronici come una semplice novità funzionale, ma anche la supposizione di una involuzione rispetto a quelli che erano gli appalti pubblici fatti su carta.

Infine, sarebbe impossibile terminare il presente studio senza fare riferimento nel capitolo V, anche se riassuntivo, al ruolo da protagonista che hanno avuto gli appalti pubblici nella profonda riforma del sistema nazionale, relativa agli acquisti pubblici, sulla base di un processo di concentrazione della domanda delle amministrazioni aggiudicatrici che ha portato, infine, al sistema di qualificazione degli articoli 37 e 38 del d.lgs. n. 50/2016, particolarmente fondato in due strumenti degli appalti pubblici elettronici in senso ampio, nell'ambito delle centrali di acquisto: le convenzioni Consip e gli accordi quadro. Questi ultimi hanno poi realizzato ad una concentrazione, tanto a livello di sviluppo e di gestione delle infrastrutture tecnologiche, quanto nello sviluppo di una parte significativa della procedura della gara di appalto, quando in realtà, come vedremo —secondo il nostro punto di vista— il futuro degli appalti pubblici elettronici dovrà limitarsi, con carattere generale, solo alla prima delle concentrazioni riferite, anche se, adesso, unitamente al conseguimento della sufficiente qualifica, sulla base di mercati digitali e sistemi dinamici che dovrebbero giungere ad una sua unificazione funzionale, così come anche attraverso un procedimento generale, fortemente potenziato dall'introduzione delle ICT.

Dopo quanto detto, e fornendo le nostre conclusioni sull'orientamento che i mezzi elettronici dovrebbero intraprendere negli appalti pubblici a medio termine, speriamo di offrire al lettore interessato agli appalti pubblici elettronici una ricerca rigorosa che aiuterà a rispondere alla seguente domanda: l'introduzione delle ICT negli appalti pubblici, ha supposto o potrebbe supporre un miglioramento dei tradizionali sistemi di gare di appalto che riconosca il merito dello sforzo economico, tecnico e giuridico che comportano?

CAPÍTULO I

EL MERCADO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. FUNCIONAMIENTO, ESTRUCTURA Y DÉFICITS ESTRUCTURALES

El contrato público, en cuanto a su definición y estructura jurídica de funcionamiento básico podría coincidir, *a priori*, con la figura del contrato regulada en los arts. 1655 y siguientes del C.c., constituyendo un “contrato por el cual una de las partes asume, a través de la organización de los medios necesarios y a su propio riesgo, el cumplimiento de una prestación o de un servicio a fin de obtener una contraprestación pecuniaria”⁴⁹. No obstante, inmediatamente resalta una primera diferencia fundamental respecto de la noción “privada” de contrato, es decir, aquel basado en el hecho de que una de las partes intervinientes en el mismo es una Administración Pública o ente funcionalmente análogo, de modo que el contrato público viene a constituirse, además, como “expresión de la actividad instrumental o indirecta de la Administración, a través de la cual, ésta se provee de los bienes y medios necesarios para el ejercicio de las funciones de administración activa dirigidas a satisfacer el interés público”⁵⁰.

Peculiaridad del contrato público que conllevará una serie de significativas implicaciones conducentes a un procedimiento de contratación completamente diverso respecto de aquel desarrollado entre particulares y matizado en cuanto a su ejecución, el cual quedará regido por una disciplina especial “derogatoria o integrativa en relación a

⁴⁹ Véase dicha definición y paralelismo en un sentido puramente funcional, sin que suponga un pronunciamiento en un sentido u otro sobre la naturaleza jurídica del contrato público.

⁵⁰ PITTALIS, G., «Appalto Pubblico -voce-», en *Digesto delle discipline Pubblicistiche. Vol. I.*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1987, p. 293.

la civilística”⁵¹, caracterizada en términos generales por la atribución al ente público contratante de una posición de privilegio “jurídico” respecto del contratante privado, a lo que se unirá una especial posición económica.

Sendos factores llevarán al contratante público a ostentar un poder negociador exponencialmente superior al de un demandante de bienes y servicios medio, a pesar de lo cual la evidencia empírica nos muestra que, en no pocas ocasiones, aquel actúa de forma ineficiente en la prosecución de sus intereses, esto es, de los intereses y necesidades públicas, bien por su propia voluntad, o bien porque no se lo permite la estructura del mercado al que se dirige. En ambos casos nos encontraríamos con dos grandes campos de limitaciones estructurales del funcionamiento de la contratación pública respecto de los que se espera que el uso de las TIC permita superarlas, lo cual, en el caso de verificarse, confirmaría la trascendencia de aquellas más allá de un cambio meramente funcional.

Si bien tales extremos suponen los objetivos del presente estudio, para su comprensión y exposición consideramos que requieren que, de forma previa, se analice en detalle la posición ocupada por el poder adjudicador en la contratación pública, hacia dónde nos debería llevar tal posición, siguiendo la lógica a la que debería conducirnos la situación legal y económica del ente público, hacia dónde nos lleva la realidad empírica, y los motivos que provocan el desvío de rumbo que se genera. Así, tal y como señala FRACCHIA, conocer los errores del sistema o los obstáculos a la buena administración constituirá un elemento fundamental a la hora de abandonar posiciones equivocadas y proceder al diseño de estrategias y soluciones más eficaces a la hora de superarlos⁵².

Es, por ello, por lo que de forma previa a sumergirnos en el análisis de cómo y por qué las TIC podrían llegar a constituir la panacea de ciertas deficiencias presentes en la contratación desde su origen y demostrar que se incurre en conclusiones gratuitas o sensacionalistas, se nos hace necesaria, en el presente capítulo, la presentación, explicación y clasificación de los problemas y elementos estructurales que eventualmente puedan originarse en el funcionamiento de la contratación pública, así

⁵¹ CARANTA, R., «Contratti pubblici -voce-», en *Digesto delle discipline pubblicistiche. Aggiornamento. Tomo I*, Utet giuridica, Milanofiori Assago, 2008, p. 239.

⁵² FRACCHIA, F., «Riforma Madia: una rivoluzione copernicana?», en TUCCILLO, S. (coord.) *Semplificare e liberalizzare. Amministrazione e cittadini dopo la legge 124 del 2015*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 18 y 19.

como la exposición del funcionamiento propio del mercado de la contratación pública, sobre los que las TIC pueden suponer un cambio y una influencia sin precedentes⁵³.

1. EL *STATUS* ECONÓMICO DE LOS ENTES ADJUDICADORES COMO PARTE CONTRATANTE

En primer lugar, hemos de fijar nuestra atención sobre la figura y el comportamiento del comprador público o ente adjudicador cuya concurrencia ha generado la aparición de diversas y opuestas teorías que han pretendido clarificar la verdadera naturaleza de su actividad contractual⁵⁴.

Entre éstas, cabe destacar, por un lado, las denominadas tesis anticontractualistas, como la desarrollada por el insigne jurista alemán OTTO MAYER, quien sostenía que la contratación pública no originaba auténticos y verdaderos contratos, a pesar de las coincidencias en cuanto a su finalidad y funcionamiento básico antes destacados, dado que en el procedimiento de contratación establecido, a la vista de la especial naturaleza de una las partes, “el particular se somete a unas reglas predeterminadas que no puede discutir”, mientras que la Administración –o el ente adjudicador– ostenta una posición de superioridad hasta el punto de obtener poderes “cuasi judiciales” respecto de aquellos puntos del contrato que precisen de interpretación por falta de acuerdo entre las partes, dada la ejecutividad de las decisiones de los poderes públicos. Eso sí, poderes que se ostentan “de una manera provisional y revisable por el juez” y orientados, generalmente, a la salvaguarda de los intereses públicos y correcta utilización del dinero público que se vean involucrados en la actuación contractual de la Administración⁵⁵.

⁵³ Véase como GAMERO CASADO también indica que la regulación de la Administración electrónica viene a suponer una “nueva etapa en el devenir histórico del Derecho administrativo” en GAMERO CASADO, E., «Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Administración Electrónica; su posición en el sistema de fuentes», en *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 90.

⁵⁴ Puede consultarse, entre otros, el recorrido histórico llevado a cabo por VILLAR PALASÍ, J. L. Y DE LA TORRE MARTÍNEZ, E., “Tema XXV. Los contratos administrativos: naturaleza y especialidades”, cit., pp. XXV/4 a XXV/7; GRECO, G., *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, Giappichelli editore, Torino, 2003, pp. 10 y ss.; SCOCA, S. S., *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Giuffrè Editore, Milano, 2008, p. 67, nota (40) y pp. 73 a 100; FANTINI, S. Y SIMONETTI, H., *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, cit., pp. 5 y 12 a 14;

⁵⁵ PITTALIS, G., “Appalto Pubblico -voce-”, cit., p. 294.

Por otro lado, en contraposición a dichas tesis, encontramos las denominadas tesis contractualistas y dualistas por las que se destacan otras facetas de la contratación pública, tales como la necesidad de aceptación por el privado del contrato propuesto por la Administración —acto-propuesta— para la efectiva producción de efectos vinculantes, así como que, una vez aceptado, el ente adjudicador quedaría obligado en la misma medida que el administrado, hasta el punto de serle exigible su cumplimiento forzoso. Perspectiva desde la que se llega a concluir que, pese a tratarse de materia sustraída del conocimiento de la jurisdicción ordinaria y reservada inicialmente a órganos administrativos de jurisdicción —principal motivo de su separación de los contratos entre particulares—, y hoy en día, a una jurisdicción especial contencioso-administrativa, la contratación pública origina una serie de actos diferentes a los actos “de imperio” conceptuados, bien como actos de gestión, bien como géneros terceros, tales como la figura de la actividad administrativa de derecho privado introducida por AMORTH⁵⁶, en los que cobrará especial relieve la libertad negocial de la Administración y la aplicación del derecho común, al menos en parte.

En el presente trabajo no nos detendremos en la ampliamente tratada cuestión sobre la verdadera naturaleza público-privada del procedimiento de contratación pública y de sus diferentes fases y, con ello, al análisis del tradicional enfrentamiento entre las teorías contractualistas, anticontractualistas y dualistas, dado que corremos el riesgo cierto de reiterar los análisis y contraanálisis efectuados por la más cualificada de las doctrinas administrativistas. En su lugar, con una intención más pragmática, trataremos de exponer los elementos clave que caracterizan el funcionamiento del contrato público al albur de la normativa aplicable y que, con independencia de la conceptualización de su naturaleza, constituyen puntos de partida comunes de todas las tesis anteriormente citadas. Ello con la intención de detectar las figuras jurídico-económicas afines a las que nos conduce.

A este respecto, podemos destacar la general identificación dentro del procedimiento de contratación pública de una estructura bifásica, cuya primera fase, denominada de *evidenza pubblica*, abarca todas las operaciones realizadas por el ente adjudicador tendentes a poner en conocimiento de los operadores económicos su previa decisión de contratar, los términos iniciales de esta, y a seleccionar al operador

⁵⁶ AMORTH, A., «Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato», *Archivio del diritto pubblico e dell'amministrazione italiana*, vol. III, 1938.

económico adjudicatario, mediante un procedimiento por el que se concreta la identidad de la contraparte, así como los términos finales del contrato. Tras lo cual, se iniciará una segunda fase de formalización y ejecución del contrato.

En relación a esta estructura presentada por el contrato público cabe recordar, en primer lugar, la acertada y objetiva afirmación de OTTO MAYER, innegable a la luz de la normativa sobre contratación pública vigente, por la que se indica que, si un licitador quiere contratar con la Administración, ha de someterse a las condiciones contractuales previa y unilateralmente fijadas por ésta en la fase de *evidenza pubblica*⁵⁷, siendo muy limitado o nulo su poder negociador. A lo que se une que los actos llevados a cabo de forma unilateral por el ente adjudicador en esta fase conformarán, adicionalmente, lo que se ha venido a denominar como una *lex specialis* que deben de respetar y cumplir los operadores económicos si desean poder contratar con aquel.

De este modo, en el ámbito de la contratación pública se excluye al operador económico de la formación del contenido contractual, limitando su actuación a indicar un precio final de aprovisionamiento⁵⁸, el cual, como pasaremos a ver, le vendrá predeterminado en buena medida por el resto de elementos contractuales unilateralmente establecidos por el ente adjudicador, al margen de los parámetros de negociación dominantes en el mercado entre particulares en el que se negocian los mismos productos, al tiempo que el operador económico deberá adecuarse a unos especiales requisitos y forma de acceso e interacción necesarias para el intercambio económico con el ente adjudicador fijados por éste y por la normativa sectorial.

Llegamos de este modo a la constatación inicial de un *status* de superioridad legalmente previsto en la fase de *evidenza pubblica* a favor del ente adjudicador a la hora de conformar el contenido del contrato público⁵⁹ que no es fruto de la casualidad, sino de una respuesta consciente del Ordenamiento Jurídico nacional y de los de nuestro entorno, a la necesidad detectada ya de forma temprana de extraer la satisfacción de las necesidades de los entes públicos del juego propio de la oferta y de la demanda en las condiciones propias de un mercado privado o entre particulares, ante la consideración

⁵⁷ En el mismo sentido véase GIANNINI, M. S., *Diritto amministrativo, vol. II*, Giuffrè Editore, Milano, 1993, p. 372. Como señala SCOCA, S. S., *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, cit., pp. 101 y 102, los actos administrativos que forman parte de la fase de *evidenza pubblica* establecerán el contenido de un potencial contrato, o, en otros términos, de la demanda del ente adjudicador, de modo autoritativo, imperativo y unilateral.

⁵⁸ FANTINI, S. Y SIMONETTI, H., *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, cit., p. 23.

⁵⁹ PITTALIS, G., “Appalto Pubblico -voce-”, cit., p. 298.

de que en semejante escenario el comprador público se podría constituir a menudo como “parte débil” frente al mayor conocimiento económico-técnico de los proveedores y su mayor poder de decisión y/o negociación, especialmente en el caso de Administraciones de pequeño y medio tamaño⁶⁰, así como ante la consideración de que ello no haría sino agudizar los defectos estructurales propios de la contratación de los entes públicos, sobre los que tendremos ocasión de profundizar, y, especialmente, de aquellos consistentes en el alejamiento del punto de equilibrio óptimo del mercado ante una actuación consciente del ente adjudicador. De este modo, la inserción de los “contratos en el Derecho público”⁶¹ trataba de configurarse como un medio que frente a amenazas externas e internas a la propia actuación del ente adjudicador garantizara la prosecución de los principios de transparencia, libre competencia, no discriminación y elección de la oferta económicamente más ventajosa⁶², esto es, de la búsqueda proactiva de la satisfacción del interés público y no el propio del ente adjudicador individualmente considerado o el de sus responsables públicos⁶³, aprovechando la propia situación económica circundante al *status* del ente adjudicador.

Por otro lado, hemos de reseñar que, a pesar del referido y cierto *status* jurídico del ente adjudicador, los actos llevados a cabo por éste, como puede ser el anuncio de licitación, con independencia de su naturaleza jurídica, no tendrán, obviamente, carácter imperativo *ad extra*, en el sentido de que tan solo vincularán *ab initio* al propio ente adjudicador constituyendo un límite interno de su poder discrecional⁶⁴, quedando supeditada la extensión de su vinculación a los operadores económicos a una previa manifestación de voluntad, fundamentalmente en la segunda de las fases de su

⁶⁰ Véanse, al respecto, los diversos *pareri* del *Consiglio di Stato* y *pronunce* della *Cassazione* de finales del s. XIX y principios del XX relacionados en RACCA, G. M., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Jovene Editore, Napoli, 2000, pp. 180 y ss.; GIANNINI, M. S., *Diritto amministrativo*, vol. II, cit., p. 363. Situación que como veremos y como señala, SALTELLI, C., «Il codice degli appalti: un mondo da semplificare», en *La nuova disciplina dei contratti pubblici. Tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Giuffrè Editore, Milano, 2016, p. 366, ha sido invertida por la normativa sobre contratación pública.

⁶¹ Expresión empleada por SCOCA, S. S., *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, cit., p. 70.

⁶² SATTÀ, F., «L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto», *Diritto amministrativo*, vol. 4, 2003, pp. 653 y 654; SCOCA, S. S., *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, cit., p. 104.

⁶³ Nos remitimos en este punto a lo expuesto en relación a las notas a pie de página 99 y 100.

⁶⁴ CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE V, *Sentenza n. 8152/2010, 23 novembre*.

estructura bifásica de estipulación del contrato⁶⁵, al tiempo que será necesario que aquellos acudan y participen voluntariamente en la fase de *evidenza pubblica*⁶⁶.

Pinceladas básicas del funcionamiento del contrato público que nos conducen a colegir, como elemento común de las diferentes tesis sobre la naturaleza del procedimiento de contratación pública, la determinación de que el procedimiento de contratación se iniciará precisamente con la expresión por parte del poder adjudicador de su *rígida* voluntad contractual, solo variable a su favor, así como de las bases de funcionamiento y de acceso al procedimiento de contratación, quedando a partir de dicho momento restringida la participación a los operadores económicos que voluntariamente se avengan o mejoren las condiciones derivadas de la indicada voluntad contractual y regulación del mercado⁶⁷.

A la vista de lo anterior, resulta innegable que la configuración del procedimiento de contratación pública ha acabado por originar un ámbito de contratación que se aleja de la concepción clásica de contrato basada en la racionalidad, libertad e igualdad formal de los contratantes que discrecionalmente discutían el contrato y sus diferentes cláusulas⁶⁸, para aproximarse al ámbito del *contrato de adhesión* esto es, aquel “en que la configuración interna del mismo —reglas de autonomía— es dispuesta anticipadamente solo por una de las partes —*unilateralidad*—, de manera que la otra, si es que decide contratar, debe hacerlo sobre la base de aquel contenido o no contratar —*rigidez*—”⁶⁹. No obstante, este tipo de contrato,

⁶⁵ CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza n. 401/2007, 23 novembre*; COCA, S. S., *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, cit., pp. 65 y 66; MELE, E., *I contratti delle Pubbliche Amministrazioni*, cit., pp. 15 a 21. Nótese no obstante cómo la división derecho público-fase de *evidenza pubblica*, derecho privado-fase de estipulación y ejecución del contrato, debe de producirse en todo caso en términos generales, debiendo tenerse presente la existencia de excepciones en ambos sentidos.

⁶⁶ GRECO, G., *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Giuffrè Editore, Milano, 1986, pp. 88 y ss.

⁶⁷ Actividad en la que, debe recordarse, que el ente adjudicador quedará plenamente vinculado al principio de legalidad sin que pueda apartarse de norma alguna de modo que todas estas adquieran para la administración la condición de coagentes tal y como señala BARBERIS, G., «L'interpretazione della “lex specialis”: il principio di equivalenza e i criteri ermeneutici generali», *Giurisprudenza italiana*, vol. 2, 2014, p. 384.

⁶⁸ ECHEVERRI SALAZAR, V. M., «Del contrato de libre discusión al contrato de adhesión», *Opinión Jurídica*, vol. 9-17, 2010, p. 133.

⁶⁹ STIGLITZ, R. S., *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 250. La cursiva es nuestra en relación a las características de este tipo de contrato expresadas en ECHEVERRI SALAZAR, V. M., “Del contrato de libre discusión al contrato de adhesión”, cit., p. 139. Extremo denotado por CLARICH, M., «Contratti Pubblici e concorrenza», en *La nuova disciplina dei contratti pubblici. Tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*,

tradicionalmente, ha sido analizado desde la óptica de que la parte unilateralmente configuradora del contrato sea la parte oferente, vinculándola, por lo general, a la posesión por parte de ésta de una posición monopolística o cuando menos de gran poder negociador⁷⁰, así como caracterizado por un carácter general y abstracto en la medida en que se orienta a la posibilidad de su aplicación respecto de una pluralidad de demandantes-adherentes⁷¹.

Rasgos típicos del contrato de adhesión que, en sede del contrato público, sufren un proceso de inversión al constituirse, ahora, como parte predisponente de manera unilateral del contenido del contrato el demandante de bienes, servicios y obras en lugar del oferente, lo que supone la introducción de un importante matiz en relación al carácter general del contrato y a la rigidez de las condiciones contractuales establecidas inicialmente. Así las cosas, en la medida en que el sujeto que determina las condiciones contractuales no tiene como objetivo la prestación de un determinado servicio o la venta de un determinado producto u obra, esto es, el desarrollo de una concreta y estable actividad económica, sino la satisfacción de una necesidad determinada, el carácter general del contrato perderá su tendencia natural a su repetición indefinida con diversas contrapartes, para ceñirse a la posibilidad de que el mismo pueda ser concertado con cualquiera de una serie de potenciales oferentes-adherentes, respecto de los que la selección de uno de ellos conllevará la exclusión del resto. Extremo que conducirá, a su vez, a la configuración de una situación de competencia entre los oferentes a la hora de acceder a este tipo de contrato de adhesión inverso que modulará la rigidez inicial de la voluntad contractual del ente adjudicador de forma que la misma no sea total, sino unidireccional, en el sentido de que sus condiciones iniciales no se establezcan necesariamente como definitivas, sino tan solo como una determinación de mínimos exigidos que los operadores económicos podrán tratar de modificar siempre en

Giuffrè Editore, Milano, 2016, p. 271, como la diferencia entre el mercado de la contratación pública y el mercado ordinario-privado consistente en que en el primero el demandante deberá revelar *ab initio* a los oferentes sus preferencias y necesidades, en contra de lo que acaece generalmente en el seno del segundo.

⁷⁰ Tal y como señala SILVA-RUIZ, P. F., «Contratos de adhesión, condiciones contractuales generales (condiciones generales de los contratos o de la contratación y las cláusulas abusivas)», en ALTERINI, A.A., DE LOS MOZOS, J.L. y SOTO, C.A. (coords.) *Contratación Contemporánea. Contratos Modernos. Derecho del Consumidor. Vol. 2*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2001, p. 40, con apoyo por lo expresado por el jurista francés SALEILLES a quien se atribuye el origen de dicho término.

⁷¹ VEGA MERE, Y., «El derecho del consumidor y la contratación contemporánea. Consideraciones Preliminares a favor de la construcción dogmática de los contratos de consumo», en ALTERINI, A.A., DE LOS MOZOS, J.L. y SOTO, C.A. (coords.) *Contratación Contemporánea. Contratos Modernos. Derecho del Consumidor. Vol. 2*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2001, p. 548.

beneficio del ente adjudicador, a fin de ser el elegido como proveedor de la obra o servicio de que se trate en dicho contrato de adhesión único. Ello implica la posibilidad de una cierta manifestación de voluntad contractual por parte de los oferentes-adherentes caracterizada por el hecho de que su única alternativa a la simple adherencia al contrato es la estipulación *motu proprio* de unas condiciones contractuales que les sean aún más onerosas. De lo contrario, se procedería a la formulación de ofertas que, al rebasar los parámetros económico-técnicos máximos y mínimos establecidos por el ente adjudicador, quedarían excluidas *ex norma* de toda posibilidad de contratación al dar lugar a ofertas anómalas de imposible aceptación.

Funcionamiento aproximado a la contratación por adhesión con inversión de sujetos al que hemos de añadir el hecho de que la acción unilateral del ente adjudicador no se limitará a la “imposición” de las cláusulas contractuales de partida, sino que originará (junto con las disposiciones legales expresamente previstas en la normativa de contratación pública, la propia regulación o *lex specialis* del ámbito de interacción entre operadores económicos y ente adjudicador por la que se vienen a determinar unos específicos requisitos de acceso, criterios de selección, canales de comunicación, plazos de actuación, etc.), de este modo, un ámbito de intercambio económico con un funcionamiento distinto, paralelo e independiente de aquel en el que se negocian los mismos productos y obras entre particulares, generando que los agentes partícipes en el *mercado de la contratación pública*⁷² y los que lo hacen en mercados privados se rijan por regulaciones jurídicas tan diversas que impidan totalmente que una oferta existente en el segundo de ellos pueda ser redirigida o absorbida en el seno del primero sin proceder previamente a su profunda reformulación o rearticulación.

En efecto, el operador económico que opera en el mercado entre particulares, para poder ofrecer su mismo producto a un ente adjudicador regido por la normativa sobre contratación pública, no solo deberá realizar una serie de actuaciones burocráticas especiales para la presentación de su oferta, sino que además le podrán ser exigidos una serie de requisitos subjetivos y económicos diversos a los normalmente empleados en el primero. Es más, este concreto ámbito de intercambio al que se da lugar será establecido

⁷² Concepto de “mercado de la contratación pública” empleado, entre otros por ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, *Acuerdo sobre contratación pública. Abrir mercados y promover la buena gobernanza*. Igualmente empleado por TORCHIA, L., «La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari», en *La nuova disciplina dei contratti pubblici. Tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Giuffrè Editore, Milano, 2016, p. 132.

expresamente para cada tipo de producto u obra cuya adquisición se pretenda en relación a la actuación de un único ente adjudicador interviniente⁷³.

Conclusiones alcanzadas hasta ahora que podemos predicar respecto de cualquiera de los procedimientos de licitación previstos en la normativa vigente sobre contratación pública, sin que sea necesaria su circunscripción a los procedimientos abierto y restringido, siendo igualmente trasladable respecto de los procedimientos en los que se lleve a cabo una adjudicación directa o un procedimiento negociado con o sin publicidad, con la particularidad de que el acceso a la condición de potencial oferente-adherente se verá restringida respecto de los procedimientos ordinarios. Al igual que en el caso del diálogo competitivo donde tal condición queda restringida a los partícipes invitados al diálogo inicial.

Así las cosas, ante el panorama expuesto, surge la siguiente cuestión: al establecerse una regulación jurídica que rompe con las normales reglas que rigen el mercado común entre particulares, de acceso al mismo y de negociación y comunicación entre sus agentes intervinientes, de modo que el ente adjudicador genere de forma unilateral su propia voluntad contractual al margen del normal juego entre la oferta y a demanda, llegando, incluso, a constituir ésta, en desarrollo de la normativa sobre contratación pública, unos parámetros de acceso y participación diversos y más onerosos a los existentes en el mercado común ¿no quedarán estos entes adjudicadores tal y como le ocurriría al demandante medio, fuera del mercado sin posibilidad de acceso a oferta alguna? Respuesta que es claramente negativa por la evidencia empírica tal y como hemos tenido ocasión de exponer en la introducción del presente trabajo.

Llegados a este punto, la explicación a tal respuesta negativa no hemos de buscarla tan solo en los aspectos jurídicos de la regulación de la contratación pública, sino, también, en la configuración económica del propio mercado en cuestión a la que ésta da lugar. En efecto, lo que viene a suceder, desde nuestro punto de vista, es que tal normativa aprovecha el considerable volumen de demanda y de ámbito de negociación que representan los entes adjudicadores, incluso los de pequeño y mediano tamaño, para proceder a su parcelación y separación del modo expuesto en un concreto mercado independiente de contratación pública establecido de forma diferenciada para cada uno

⁷³ Lo que en palabras de CLARICH, M., “Contratti Pubblici e concorrenza”, cit., pp. 267, 291, 292, 295 y 301, se viene a denominar como dimensión “micro” de la competencia en materia de contratación pública.

de los entes adjudicadores, con unos mecanismos de acceso y negociación totalmente distintos de los del mercado establecido entre particulares, cuyos límites vendrán dibujados por el principio de *funzionalizzazione* y de legalidad-orientamiento⁷⁴ y en los que podemos destacar dos principales notas: el ente adjudicador competente territorial y objetivamente será el único demandante de bienes productos y obras dentro de tal mercado extraído y configurado por la normativa sobre contratación pública⁷⁵, al tiempo que la práctica totalidad del poder negociador será atribuido a éste, especialmente por aquellas disposiciones relativas a la fase de *evidenza pubblica*. Mercados de contratación pública a través de los cuales deberá, preceptivamente, canalizar su demanda cada uno de los entes adjudicadores.

Consecuentemente, una regulación jurídica de la contratación de los entes públicos que, en la medida en la que trata de regular una actividad de contratación prescindiendo del funcionamiento normal del mercado común, podría devenir ineficaz en la práctica, logra su plena operatividad gracias al *status* o circunstancias de índole económico propias de estos entes adjudicadores, los cuales cuentan con un volumen económico de potencial contratación y con unas características intrínsecas privilegiadas de solvencia, garantía y prestigio que dotará a cada uno de estos separados *mercados* de la contratación pública del suficiente atractivo como para que los operadores económicos o una parte significativa de ellos decida participar de manera voluntaria en ellos a pesar de la descompensación negocial a la que se exponen y de las acusadas barreras de entrada, funcionamiento y/o operatividad a las que tendrán que hacer frente respecto del mercado común. Esto es, gracias a un mercado poder negociador o volumen del propio mercado al que dan lugar, que permite la operatividad de estos contratos de adhesión inversos, de igual modo que la situación de descompensación del poder negociador a favor de los oferentes suele favorecer la viabilidad del contrato de adhesión tradicional.

En concreto, podemos observar cómo es la fase de *evidenza pubblica* la que se constituye en el principal elemento que altera y extrae respecto del mercado competitivo la acción de los entes adjudicadores, instándoles y haciéndoles conscientes de sus

⁷⁴ DUGATO, M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Giuffrè Editore, Milano, 1996, pp. 38 y 39.

⁷⁵ Cada ente adjudicador actuará dentro de un concreto y propio ámbito delimitado territorial y objetivamente por las competencias que le son atribuidas, de modo que dentro de cada uno de estos ámbitos se conformará un mercado de contratación pública donde el demandante actuante solo podrá ser uno.

circunstancias fáctico-económicas que les permitirán proceder a la adquisición de bienes, servicios y obras en unas condiciones especialmente ventajosas. Así, tales circunstancias fáctico-económicas son aprovechadas por la normativa sobre contratación pública para que cada procedimiento de licitación venga a suponer en la práctica la creación de mercados especiales separados de aquellos en los que se negocian los mismos productos y obras entre particulares, y en el que en cada ámbito concreto actúa, por cuenta propia o de terceros, un solo ente adjudicador, es decir, un solo demandante caracterizado por su especial dimensión, garantía y poder económico, mientras que en la parte opuesta encontramos la posibilidad de que un elenco de administrados potencialmente ilimitado⁷⁶ concurren como licitadores para contratar con el poder adjudicador correspondiente. Extremos que nos permiten concluir no solo la aproximación hacia un sistema de contrato de adhesión inverso, sino también, la configuración de mercados altamente regulados que presentarán un funcionamiento y estructura análogos a una situación de mercado conocida en economía como *monopsonio*⁷⁷.

Queda de manifiesto, pues, cómo el funcionamiento del mercado de la contratación pública no solo debe su funcionamiento a la desarrollada y extensa regulación que pende sobre él, la cual podría estar abocada al fracaso y consiguiente exclusión de los entes públicos de toda oferta, sino que ésta responde precisamente a la decisión legislativa de “forzar” el aprovechamiento de las características económicas y subjetivas de los entes adjudicadores para conseguir, en su propio interés y por ende del interés público, que estos, sin quedar excluidos del normal circuito de intercambio económico, saquen el máximo partido a su poder negociador hasta aproximarlo al ostentado por el monopsonista, a fin de obtener una utilidad mayor a la que podría ser obtenida en un mercado de competencia perfecta.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que, en cuanto el favorecimiento del poder negociador del ente adjudicador está regulado por normas de derecho público que expresamente le habilitan o posicionan en una situación de superioridad jurídico-económica, especialmente a la hora de admitir a los licitadores en el mercado de la contratación pública y seleccionar la mejor de las ofertas —aunque también durante la

⁷⁶ Sobre mercado de contratación pública con un número limitado de posibles operadores económicos se profundizará más adelante.

⁷⁷ ZAMORA, F., «Monopolio y monopsonio», *El Trimestre Económico*, vol. 20 N 77(1), 1953, p. 30.

ejecución del contrato—, de forma paralela y novedosa respecto de un monopsonio ordinario se activará la posibilidad de que los terceros interesados en el procedimiento de compra puedan ejercer un control de legalidad sobre los actos en cuestión desempeñados dentro de dichos mercados. Lo cual nos lleva a concluir que dentro de estos mercados separados de corte monopsonista, regulados y establecidos por la normativa de contratación pública, la consecución de la máxima utilidad posible del demandante, y con ello el más eficiente logro de los intereses públicos perseguidos mediante la actividad contractual, excederá del ámbito de autonomía negocial del ente adjudicador para convertirse en una actividad debida y plenamente regulada cuya supervisión se extenderá a los propios oferentes partícipes en el monopsonio. Encontramos de este modo una voluntad contractual del ente adjudicador que quedará dirigida en buena medida por aquellos elementos que precisamente le instan al aprovechamiento de su *status* económico: la *lex specialis* del procedimiento de licitación y la propia normativa sobre contratos públicos, siendo requerible su cumplimiento por los propios oferentes partícipes en el mercado de la contratación pública. Vemos, pues, cómo la fase de *evidenza pubblica* adquiere de esta forma una doble vertiente: una, tendente a situar al ente adjudicador en una posición de negociación preponderante; y otra, orientada a controlar el ejercicio de dicho poder negociador superior a fin de que se dirija efectivamente a la prosecución más eficiente del interés público.

Ahora bien, en determinadas ocasiones la configuración de estos mercados separados de contratación pública no irá acompañada de un especial *status* económico del ente adjudicador ante el hecho de que su volumen de compra no será lo suficientemente elevado como para justificar un procedimiento de aprovisionamiento específico por parte de los operadores económicos, ante lo cual, a pesar del mantenimiento formal de estos mercados separados, el ente adjudicador, en el diseño “rígido” y “unilateral” de su demanda, deberá asumir y hacer suyos los precios fijados en los mercados privados donde se negocien productos análogos a fin de que su propio mercado de contratación pública se vea abastecido de productos, en principio, orientados y concebidos en relación a una demanda general ubicada en mercados privados. A lo que se une la previsión de que en estos casos de compras de volumen más reducido se vean significativamente simplificados los trámites de *evidenza pubblica*, estrechando las diferencias con el funcionamiento y acceso de los operadores

económicos a los mercados privados, toda vez que, en caso contrario y ahora sí, a pesar del mantenimiento de factores, tales como una especial consideración de seriedad y solvencia de este demandante cualificado, se podría condenar a estos mercados de contratación pública a quedar desprovistos o, al menos, a desincentivar la participación de buena parte de los operadores económicos, de modo que el ente adjudicador se viera abocado a un aprovisionamiento en peores condiciones a las que pudieran ser encontradas en los mercados privados.

Llegados a este punto, aunque el presente trabajo se realiza bajo un estricto punto de vista jurídico, al ser el monopsonio —y su correspondiente monopsonista— una figura estudiada y más propia del ámbito económico, se nos presenta como indispensable su análisis en base a la literatura económica, a fin de exponer debidamente la situación de mercado con un solo comprador y múltiples oferentes sobre la que desarrollarán sus efectos las TIC. Ello contribuirá a clarificar la situación a la que nos conduce el *status económico y jurídico* de los entes adjudicadores, así como la situación de equilibrio a la que racionalmente debería dar lugar o favorecer la fase de *evidenza pubblica* y de la que nos alejan una serie de comportamientos irregulares comprobados por la doctrina jurídica que iremos desgranando y que están presentes en el día a día de los Tribunales de justicia y de la prensa⁷⁸.

Por tanto, el primer paso que se ha de dar a la hora de identificar las ineficiencias estructurales de la contratación pública es, precisamente, la identificación del punto óptimo al que según la lógica económica nos debería conducir el poder adjudicador-monopolista en condiciones normales y en virtud de la senda marcada por el interés público, para posteriormente analizar los factores que nos alejan de aquel y sobre los que las TIC podrán incidir con un importante efecto paliativo.

A la hora de abordar el punto de eficiencia óptimo al que nos dirige un monopsonista, se ha de partir del hecho de que nos encontramos —al menos desde el lado de la demanda— con una situación anticompetitiva generada o favorecida conscientemente, como hemos visto, a favor de los intereses del ente adjudicador y, en consecuencia, del interés público.

⁷⁸ MATTARELLA, B. G., «Disciplina dei contratti pubblici e prevenzione della corruzione», en *La nuova disciplina dei contratti pubblici. Tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Giuffrè Editore, Milano, 2016, p. 337.

Nos alejamos así de un escenario en el que se produce la confluencia en el mercado de un posible número ilimitado de oferentes y demandantes, en el que la fijación del precio del producto y de la cantidad demandada del mismo se determinará por la confluencia de la curva de la oferta (S), en la que se recogen las preferencias y respuestas de todos los oferentes ante variaciones en el precio del producto, y de la curva de la demanda (D), en la que se recogen las preferencias y respuestas de todos los

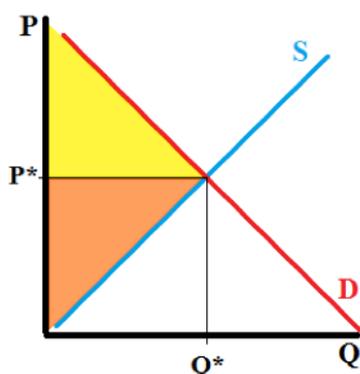


Figura I.1.1

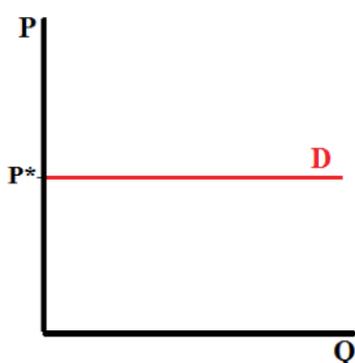


Figura I.1.2

demandantes ante variaciones en el precio del producto. Lógicamente, dicha curva será creciente en el caso de la oferta, ya que ante un mayor precio unitario se incrementará el número de oferentes, así como la cantidad que los mismos estén dispuestos a ofrecer, y decreciente en el caso de la demanda, ya que ante subidas en el precio unitario del producto disminuirá el número de compradores potenciales y de cantidad que se pretenda adquirir de aquel. De dicha confluencia de voluntades contractuales se obtendrá el punto de equilibrio en el cual se producirán todos los intercambios dentro del mercado.

Dicha situación viene representada en la figura I.1.1⁷⁹, donde el precio quedará fijado en un nivel P^* , al cual quedarán sometidos todos los intervinientes y del que derivará una cantidad demandada y vendida en un punto Q^* .

Vemos pues, cómo de la confluencia de ambas curvas se determina un precio del producto que deberá ser aceptado por todos los intervinientes en el mercado —“precio aceptantes”—, ya sean compradores o vendedores y al cual podrán vender o comprar la cantidad de producto que deseen⁸⁰, situación que se representa en la curva de demanda

⁷⁹ MANKIW, G. N., *Principios de Economía*, 4ª, Thomson, Madrid, 2007, p. 109.

⁸⁰ *Ibid.*, pp. 56 y ss.

individual dibujada en la figura I.1.2.⁸¹ y que será idéntica a la hora de representar la curva de oferta de un solo vendedor⁸².

En un primer acercamiento, la renuncia sin más a esta situación de libre competencia podría entenderse como un elemento perjudicial, toda vez que, en términos económicos⁸³, la situación de libre mercado y competencia perfecta produce, en teoría, la mayor eficiencia posible para el conjunto de la economía⁸⁴: eficiencia compuesta por la suma de la utilidad de los demandantes, zona sombreada de amarillo en la figura I.1.1., resultante de multiplicar las unidades de Q obtenidas, por la diferencia entre el precio de la unidad y el ingreso marginal de cada una de ellas, determinado este último para cada nivel de productos por la curva de ingresos marginales que viene a coincidir con la curva de demanda; y la utilidad de los oferentes, zona sombreada de naranja en la figura I.1.1., fruto de multiplicar las unidades que venden por la diferencia del precio unitario P^* y los costes medios de producción de cada unidad, determinados para cada nivel de Q por la curva de costes medios que viene a coincidir con la curva de oferta⁸⁵. Utilidad total que, en principio, sería mayor a la obtenida en un modelo de monopsonio como el descrito en relación a la contratación del sector público.

En el caso que ahora nos ocupa, por el contrario, nos encontraremos con una situación en la que al existir un solo demandante, éste no estará sujeto a la confluencia de sus preferencias con las de otros e ilimitados demandantes, siendo él unilateralmente el que determine la cantidad que desea comprar y, por tanto, la cantidad que le debe ser ofrecida. En virtud de ello, vendrá a condicionar decididamente el precio al que es posible satisfacer su demanda, la única existente. De esta forma, nos ubicamos en una situación totalmente distinta a la de competencia perfecta, donde el único demandante —el ente adjudicador—, no será un agente “precio aceptante” como en la situación anteriormente expuesta, sino plenamente influyente en su determinación, hasta el punto de que en los pliegos de contratación a los que da lugar vendrán a determinar el precio unitario o total máximo aceptable.

⁸¹ Figura extraída de AHJADO, M., *Microeconomía. Teoría*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 302.

⁸² PINDYCK, R. S. Y RUBINFELD, D. L., *Microeconomía*, Pearson, Madrid, 2009, p. 425.

⁸³ Sin perjuicio de que se deban de tener otras consideraciones más allá de las económicas, tales como las sociales o medioambientales que, como podremos comprobar, justificarán la existencia misma de la contratación pública y de la situación de monopsonio a la que da lugar.

⁸⁴ ALBI, E.; GONZÁLEZ-PÁRAMO, J. M. Y ZUBIRI, I., «El porqué de la intervención pública», en *Economía Pública I*, Editorial Ariel S.A., 2000, pp. 59 a 62.

⁸⁵ MANKIW, G. N., *Principios de Economía*, cit., pp. 102 a 108.

Tales circunstancias, nos conducen a una situación no competitiva por el lado de la demanda en la que la curva de demanda agregada (D) no existe como tal, sino que viene representada por la curva de utilidad o ingresos marginales que le supone al único comprador cada unidad adicional de producto (IM), cuya pendiente es decreciente dado el hecho de que cada unidad adicional del mismo producto ha de suponer para su adquirente un beneficio progresivamente menor —ley de los rendimientos marginales decrecientes—⁸⁶. De forma paralela, el poder adjudicador dará lugar a una curva de costes marginales (CM), por la que se representa el coste en el que incurre por la obtención de una unidad adicional de producto. Esta curva es generalmente construida en base a una ecuación que da lugar a una curva creciente, es decir, suponiendo una estructura creciente de costes del mercado⁸⁷ y en la que influirá, a su vez, la estructura de costes de los potenciales oferentes, en tanto en cuanto, ésta determinará el precio de aprovisionamiento⁸⁸. De la confluencia de ambas curvas —IM y CM— se determina la cantidad de la que desea aprovisionarse, representando dicho punto de corte el nivel a partir del cual obtener una unidad adicional de producto por parte del poder adjudicador-monopsonista supone un mayor coste que la satisfacción que dicha última unidad adquirible produce —a su juicio—⁸⁹. Una vez que el demandante selecciona la cantidad deseada de la forma unilateral antedicha⁹⁰, ello deberá contraponerse con las posibilidades de aprovisionamiento por parte de los oferentes existentes en el mercado. Dichas posibilidades vendrán representadas por la curva de oferta a la que los vendedores dan lugar (S') y que coincidirá con su curva de costes medios (CMe). Es importante denotar cómo dicha curva de oferta a la que dan lugar los operadores económicos no consiste en la mera traslación de la curva de oferta del mercado entre particulares o de competencia perfecta, toda vez que, ante la conformación por la normativa sobre contratación pública de un mercado funcionalmente independiente y

⁸⁶ ZAMORA, F., “Monopolio y monopsonio”, cit., pp. 31 a 35.

⁸⁷ AHIJADO, M., *Microeconomía. Teoría*, cit., pp. 366 y 367.

⁸⁸ Este funcionamiento propio de una estructura económica análoga al monopsonio explicaría la diferencia entre mercado privado y mercado de la contratación pública denotada por HEIMLER, A., «Appalti pubblici, prassi applicative e controlli: quale spazio per gli aspetti sostanziali?», *Mercato, concorrenza e regole*, vol. 1, 2015, p. 187 consistente en que el ente adjudicador debe tener en cuenta a la hora de perfilar el procedimiento de licitación los costes de los oferentes, mientras que, en términos generales, tales costes serán irrelevantes para los adquirentes del mercado privado-ordinario.

⁸⁹ PINDYCK, R. S. Y RUBINFELD, D. L., *Microeconomía*, cit., p. 426; ZAMORA, F., “Monopolio y monopsonio”, cit., p. 32.

⁹⁰ Nótese cómo AHIJADO, M., *Microeconomía. Teoría*, cit., p. 367 destaca que la estructura de la curva de costes medios de los oferentes habrá sido tenida en cuenta de forma previa por el monopsonista a la hora de fijar su curva propia de costes marginales.

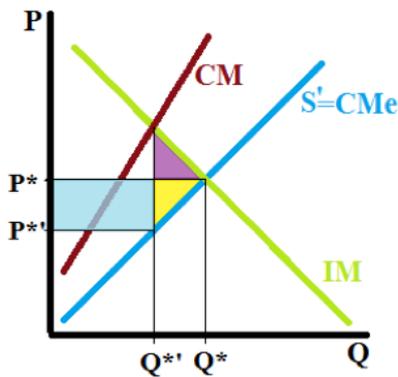


Figura I.1.3

diverso, la población que conforman los operadores económicos podrá variar, al tiempo que estos deberán reestructurarla en función de las especiales condiciones de acceso y actuación dentro del mercado de la contratación pública.

Tal situación se puede representar en la forma establecida en la figura I.1.3⁹¹, donde queda de manifiesto que el nivel de cantidad de producto demandado ($Q^{*'}$) será inferior al de una situación

de competencia perfecta (Q^*) donde la misma, como hemos visto, se determinaba por la confluencia de la curva de oferta y la curva de demanda, que en este caso la presupondremos coincidente con la curva de ingresos marginales del demandante tal y como sucede en el caso de mercados de competencia perfecta. Ello determinará un precio de equilibrio del monopsonio ($P^{*'}$) también inferior al determinado en situación de competencia perfecta (P^*). Como se adelantaba, esta nueva estructura del mercado da lugar, en principio, a una pérdida irrecuperable en términos de eficiencia económica representada por las áreas sombreadas de amarillo y lila de la figura I.1.3. El área sombreada de amarillo corresponde con las pérdidas que deberán soportar los oferentes, los cuales verán reducida su producción de Q^* a $Q^{*'}$, nivel en el que antes cobraban un precio P^* superior a sus costes medios. Por su parte, el área lila corresponde a una pérdida de eficiencia que ha de soportar el único demandante, el cual podría aprovisionarse en dicho punto de una cantidad superior de producto Q^* a un precio inferior a sus ingresos marginales.

Sin embargo, tales pérdidas iniciales de eficiencia global van a favorecer, en último término, los intereses del ente adjudicador, y a través de éste al interés general, toda vez que, gracias a fijar el nuevo punto de equilibrio en ($Q^{*'}$, $P^{*'}$) dicho ente adjudicador arrebatará el área de eficiencia sombreada en azul de la figura I.1.3. a los oferentes, ganancia de eficiencia que compensa con creces la pérdida señalada en el área sombreado de lila⁹². Es decir, en base al conocimiento del ente adjudicador de la estructura de costes medios de los oferentes integrado en su propia curva de costes marginales, el ente adjudicador, único demandante, podrá ser capaz, suponiendo una

⁹¹ Figura extraída de PINDYCK, R. S. Y RUBINFELD, D. L., *Microeconomía*, cit., p. 430.

⁹² *Ibid.*, p. 430.

estructura de costes medios crecientes por parte de los operadores económicos, de encontrar un punto de aprovisionamiento a un precio inferior en un nivel de aprovisionamiento más reducido al que establecería una situación de competencia perfecta y del que le permitiría su curva de ingresos marginales, en el que se genera un ahorro, comparado por unidad de producto, que compensa el coste de oportunidad para el interés público de las unidades dejadas de percibir, trasladando de forma plena las pérdidas de eficiencia producidas al ámbito de los operadores económicos y sus particulares intereses e incrementando, por el contrario, la utilidad dirigida a la satisfacción de los intereses públicos.

Concluimos pues, que el hecho de que nos encontremos con una situación no competitiva de monopsonio viene a constituir un elemento estructural derivado de la actual regulación e implantación de la fase de *evidenza pubblica* que realmente no supone una pérdida de eficiencia real en detrimento del interés público, sino que, antes al contrario, lo sitúa en una posición de ventaja en términos económicos respecto de una situación de libre competencia, esto es, respecto a un modelo en el que dicha fase de *evidenza pubblica* no existiera y se promoviera el aprovisionamiento de los entes adjudicadores en mercados entre particulares generalmente regidos por una situación de competencia perfecta.

Tal operativa en condición de monopsonista dentro del mercado o mercados de la contratación pública a la que dé lugar el ente adjudicador podremos ceñirla, no obstante, a los denominados *entes adjudicadores fuertes*, en palabras de LIBERTINI⁹³, siendo necesario adaptar la esquematización de este funcionamiento del mercado de la contratación pública respecto de la mayor parte de operaciones realizadas por los *entes débiles*. Modificación derivada del hecho de que este nuevo y diferente mercado o mercados de contratación pública a los que dan lugar los entes adjudicadores de menor tamaño, incluso poseyendo una serie de características que lo hagan “atractivo” para determinados operadores económicos a pesar de su estructuración y funcionamiento legal distinto del mercado entre particulares en el que generalmente desarrollan su actividad, carezcan de un nivel o cantidad de demanda tal que permita a los operadores económicos llevar a cabo una actividad de fabricación, desarrollo o aprovisionamiento específica para estos mercados, de modo que el mercado de contratación pública sea

⁹³ LIBERTINI, M., *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Giuffrè Editore, Milano, 2014, p. 547.

directamente abastecido sobre la base de productos desarrollados por procesos de fabricación o preabastecimiento orientados generalmente al mercado privado, que solo de manera eventual son trasladados a un mercado de contratación pública.

Tal circunstancia, sin embargo, no nos puede llevar a concluir que nos encontremos, entonces, con una actuación del ente adjudicador en mercados privados ordinarios, toda vez que la normativa sobre contratación pública mantendrá, más allá de las posibles flexibilizaciones en el método de selección del contratista para los procedimientos de menor cuantía —como por ejemplo la previsión de un sistema de adjudicación directa—, la expuesta configuración y características formales del funcionamiento del mercado de la contratación pública, conducente a posicionar al ente adjudicador en una situación de prevalencia que favorezca la mayor obtención posible del interés público⁹⁴, en orden a establecer unas determinadas condiciones de acceso de los operadores económicos a aquel mercado o a la plasmación de una dinámica especial en sede de ejecución del contrato, y, en definitiva, a la configuración de un intercambio económico regulado por la ley de contratos públicos; todo lo que conducirá a que, incluso en estos casos, nos encontremos ante un mercado especial y separado de los mercados privados en el que actúa un solo demandante, pero al que le serán transferidos algunos rasgos o condicionantes propios de los mercados privados en los que se negocian esos mismos productos, consecuencia de la situación o *status* económico de

los agentes intervinientes sobre los que actúa la reglamentación de los procedimientos de contratación pública.

En concreto, se vendrá a producir el fenómeno *sui generis* consistente en que el monopsonista, a pesar de determinar unilateral y rígidamente su demanda, devendrá forzosamente en un agente precio-aceptante de aquel establecido en los mercados privados en los que se negocian los mismos productos, so pena de

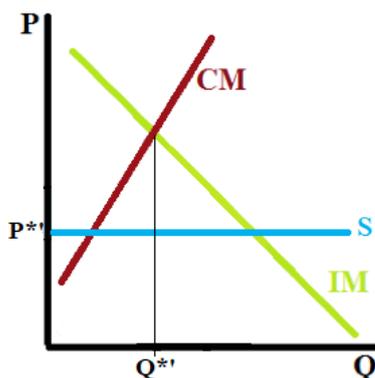


Figura I.1.3 bis

⁹⁴ Ámbito dentro del cual encontramos la obligación *ex lege* del ente adjudicador de escoger la oferta económicamente más ventajosa.

quedar excluido de todo abastecimiento⁹⁵. Tal funcionamiento de los mercados originado generalmente por los referidos monopsonistas-entes adjudicadores débiles, o bien, por cualquier tipo de ente adjudicador que realice una compra de reducida dimensión, podemos representarlo conforme viene reflejado en la figura I.1.3 bis⁹⁶, donde la curva de ingresos marginales (IM) se mantendrá decreciente debido a la ley de rendimientos marginales decrecientes antes expresada. Por su parte, el coste marginal (CM) podrá ser creciente, como se indica en la figura, paralelo a la curva de oferta (S), dependiendo, respectivamente, de que entre los costes variables tenidos en cuenta por el ente adjudicador se encuentren otros distintos del precio, tales como los costes de mantenimiento ulteriores a la adquisición del producto adquirido o la percepción de unos determinados costes de oportunidad, o bien, tan solo existan o sean tenidos en cuenta costes fijos de aprovisionamiento, como podrían ser los costes de transacción o elaboración del procedimiento y el propio precio de adquisición. Finalmente, la curva de oferta (S) vendrá a coincidir con las curvas de oferta individuales que generará la interacción de las curvas de oferta y demanda agregadas en el mercado de competencia perfecta en el que se negocien productos análogos, modificada, en su caso, por los costes de transacción exclusivos del mercado de la contratación pública, tales como, por ejemplo, los costes de publicación de los correspondientes anuncios.

Sobre la base de todo lo anterior, venimos a determinar el punto teórico de mayor eficiencia posible de la contratación del sector público en el cual debería producirse su equilibrio y al que la herramienta de la contratación electrónica debería contribuir a alcanzar. Al mismo tiempo, podemos concluir que tal situación de eficiencia que contribuirán a perfilar y perfeccionar las TIC no será la situación de equilibrio de un mercado de competencia perfecta como la señalada en la figura I.1.1, sino el que viene representado en las figuras I.1.3 y I.1.3 bis y sus correspondientes puntos de equilibrio, lo que, sin embargo, no es óbice para que se pueda hablar dentro del mercado de la contratación pública del principio de libre competencia y no discriminación de los operadores económicos, toda vez que, como se ha podido observar, esa *competencia en el lado de la oferta* será la que determine la curva de oferta (S') a la que se ha de enfrentar el único demandante, de modo que, cuanto mayor

⁹⁵ Ya se trate de un precio establecido en un contexto de libre competencia o en mercados privados de carácter monopolista u oligopolista.

⁹⁶ Figura obtenida de la confluencia de las figuras I.1.3 y I.1.2 sobre la base de las premisas expresadas en el cuerpo del texto.

sea tal competencia se producirá una curva de oferta más favorable generadora de una mayor eficiencia para el mismo. De esta forma, y pese al poco riguroso uso habitual de la expresión “mejora de la competencia”⁹⁷ en el ámbito de la contratación del sector público, no se ha de caer en el error de pensar que las mejoras necesarias en el seno de la contratación pública son las de instaurar un sistema de competencia perfecta, lo cual atenta contra la propia esencia de la contratación pública tal cual se halla regulada actualmente. En todo caso, el fomento de la competencia en el seno de la contratación pública se referirá al fomento de la concurrencia competitiva de los licitadores, lo que permitirá el desplazamiento hacia la derecha de la curva de costes medios de los oferentes (S') en mercados como el representado en la figura I.1.3, producido esto por una mayor presión competitiva de los licitadores que les lleve a conseguir unos costes medios inferiores para todo nivel de producción, cuestión sobre la que profundizaremos más adelante. O bien, el desplazamiento de la curva de oferta (S) de la figura I.1.3 bis hacia abajo al permitir el acceso al mercado de contratación pública de operadores económicos partícipes en terceros mercados privados, —como podrían ser mercados nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea— en los que el precio de equilibrio se haya fijado en un nivel inferior.

Mediante las modelizaciones expuestas pretendemos aproximarnos al procedimiento racional que debería de producirse en sede del ente adjudicador durante la fase previa de determinación de contratar, a la hora de determinar las cláusulas contractuales iniciales a las que dará lugar y que se incluirán en el anuncio de licitación⁹⁸, con el cual se dará inicio a la fase de *evidenza pubblica*, esto es, las condiciones de partida del contrato de adhesión inverso al que se ha hecho referencia anteriormente.

Así las cosas, señalada la meta hacia la que el procedimiento de contratación pública tradicional ha tratado de conducirnos y a la que el uso de las TIC debe reconducirnos, la cual se halla situada en el punto teórico (Q^* , P^*) de las figuras I.1.3 y I.1.3 bis, y que vendría a suponer la obtención del equilibrio monopsonista propio del

⁹⁷ COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, *Informe sobre el anteproyecto de ley de contratos del sector público*, Madrid, 2015, p. 7.

⁹⁸ CARINGELLA, F. Y GIUSTINIANI, M., *Manuale dei contratti pubblici*, Dike. Giuridica Editrice, Roma, 2015, p. 363. Como señala DANESI, A., «L'attività di programmazione dei contratti pubblici e la determina a contrarre», en GALLI, D., GENTILE, D. y GUALANDI, V.P. (coords.) *Appalti pubblici*, Wolters Kluwer, Milano, 2015, p. 218, la determinación de contratar es el acto con el cual viene formalizada la propia voluntad de estipular un contrato.

mercado de la contratación pública en una medida hasta ahora generalmente desconocida, es conveniente también proceder al análisis de las dificultades estructurales en su prosecución que nos alejan de aquellas y que han de corregirse aprovechando las posibilidades ofrecidas por los medios telemáticos.

2. DIVERGENCIAS DETECTADAS ENTRE LOS EQUILIBRIOS TEÓRICO Y REAL DEL PODER ADJUDICADOR MONOPSONISTA

Aplicado el anterior esquema explicativo del funcionamiento racional de un mercado en el que solo actúa un demandante encargado de la determinación unilateral de las condiciones de contratación, se ha de destacar que las Administraciones Públicas y los entes públicos, en general, poseen una característica fundamental y que los distingue de cualquier otro agente económico. Dicha característica diferenciadora en la búsqueda de satisfacción de unos intereses que trascienden la esfera del propio organismo, así como la de los sujetos que lo componen, para ubicarse finalmente en la búsqueda de un interés público a escala nacional, regional, municipal o sectorial según corresponda. Esto es, en el funcionamiento o desarrollo de la actividad administrativa se trata de lograr la optimización de la eficiencia de un determinado colectivo de personas que están llamados a gobernar o regular en, al menos, algún aspecto de su organización y respecto del que actúan en calidad de “mandatario”, representante o gestor externo⁹⁹, siendo esta finalidad mantenida con independencia de la naturaleza jurídica que se trate de irrogar a la contratación pública, esto es, de que nos encontremos ante actos de gestión —predominados por la aplicación del Derecho privado— o con actos de

⁹⁹ Sobre el concepto de “actividad”, “actividad administrativa” y su configuración, véase DUGATO, M., *Atipicità e funzionalizzazione nell’attività amministrativa per contratti*, cit., pp. 15 a 16, 19 a 21, 32 y 66. Igualmente sobre la centralidad del elemento finalístico de la actividad administrativa véase RANELLETTI, O., *Principii di diritto amministrativo*, L. Pierro editore, Napoli, 1912, pp. 370 y 390.

De hecho, la finalidad pública respecto de los contratos recogidos en el d.lgs. n. 50/2016 de los sujetos adjudicadores queda de manifiesto en el art. 3, c. 1, lett. a), c), d), y con especial intensidad en la lett. e)-1.2 y e)-2.3 del d.lgs. n. 50/2016 donde se hace extensiva la aplicación de la normativa sobre contratación pública a sujetos privados que desempeñan *ex* derechos especiales o concesión de actividades de especial trascendencia pública, tales como suministro de gas, energía, electricidad, agua, servicios de transporte, de puerto y aeropuerto, de correos, extracción de gas o prospección y extracción de otros combustibles, esto es, en el caso de sujetos privados que, en virtud de especiales figuras jurídicas, pasan a desarrollar actividades tradicionalmente encuadradas dentro del ámbito de actuación de los poderes públicos y que presentan una importancia esencial y estratégica para el funcionamiento de la sociedad.

autoridad¹⁰⁰. Dicho de otro modo, con independencia de que nos encontremos ante una actuación de un ente adjudicador regida por el Derecho Administrativo o bien regida por el Derecho Privado.

¹⁰⁰ En este sentido véase DUGATO, M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, cit., pp. 42 a 46; CANTUCCI, M., *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, CEDAM, Padova, 1941, p. 22; MARZUOLI, C., *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Giuffrè Editore, Milano, 1982, p. 73; ALLEGRETTI, U., *L'imparzialità amministrativa*, CEDAM, Padova, 1965, p. 136; ROVERSI MONACO, F. A., *Gli enti di gestione*, Giuffrè Editore, Milano, 1967, pp. 238 y 349; ZUELLI, F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, Giuffrè Editore, Milano, 1973, p. 139; GIANNINI, M. S., «Attività amministrativa (voce)», en *Enciclopedia diritto. Vol. IV.*, Giuffrè Editore, Milano, 1958, pp. 994 y ss.; SATTA, F., «L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto», cit., p. 652; MELE, E., *I contratti delle Pubbliche Amministrazioni*, cit., pp. 5 y 6; TORCHIA, L., «La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari», cit., p. 133. Al respecto de lo señalado por la última autora ha de ponerse de manifiesto que, aunque no fuera el objetivo fundamental del legislador, el establecimiento de un nuevo mercado, como se ha expuesto, ello ha sido una inevitable consecuencia de la disciplina sobre contratos públicos orientada a la satisfacción y protección del interés público.

En sentido aparentemente contrario ALESSI, R., *Principi di diritto amministrativo. Vol. I*, Giuffrè Editore, Milano, 1974, pp. 260 y ss., si bien, como señala DUGATO, M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, cit., p. 27, en última instancia viene a coincidir con la distinción entre contratos finales y contratos instrumentales, ya establecida en CAMMEO, C., *I contratti della pubblica amministrazione. Capacità e legittimazione a contrattare*, Casa editrice poligrafica universitaria del dott. Carlo Cya, Firenze, 1958, pp. 119 y ss. y 131.

En sentido claramente contrario podemos encontrar ZANOBINI, G., «Sull'amministrazione pubblica del diritto privato», *Rivista di diritto pubblico*, vol. 1, 1918, p. 169 donde se distingue la actuación de la Administración Pública de derecho privado respecto de la de derecho público en su finalidad, estando destinada la primera a introducir limitaciones dentro del principio de autonomía y de libertad característico de la vida jurídica privada. Misma línea en la que ahondaría TORCHIA, L., *Il controllo pubblico della finanza privata*, CEDAM, Padova, 1992, pp. 14 y ss. al señalar que, a diferencia de la actividad administrativa de Derecho público, aquella regida por Derecho privado no se encaminaría a la promoción de un interés público, sino a mejorar el desarrollo de los intereses privados. En cuanto a este último posicionamiento contrario al defendido en el presente trabajo sobre la bibliografía anteriormente citada, siguiendo a DUGATO, M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, cit., pp. 38 y 39 debemos señalar que, precisamente esa restricción de la autonomía o libertad de los sujetos privados o la intervención en sus relaciones privadas al fin de mejorarlas, responderá en última instancia a la prosecución de un interés público específico, dadas la externalidades positivas o negativas que la actuación en el ámbito privado produce en el primero, siendo éste precisamente el que habilite y legitime la injerencia de los poderes públicos en la órbita de la esfera privada de los particulares por aplicación del principio de *funzionalizzazione* y consecuentemente del de *legalità-indirizzo*.

También podría entenderse en contra de esta posición lo señalado por RANELLETTI, O., *Principii di diritto amministrativo*, cit., pp. 384 y ss., si bien, ha de señalarse que el autor distingue entre objetivos finales, en los que encontraremos como constante la persecución de un fin público y un objetivo inmediato que podrá atender a una utilidad patrimonial o un interés privado exclusivo de la Administración actuante, lo que viene a acortar las diferencias estructurales entre el planteamiento expuesto con el desarrollado por el insigne autor desde la perspectiva del potencial carácter instrumental de los objetivos inmediatos respecto de los objetivos finales.

La posición doctrinal defendida en el presente trabajo también difiere respecto de la expuesta por MOSCARINI, L. V., *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Giuffrè Editore, Roma, 1988, pp. 195 y ss., quien sostiene que la *funzionalizzazione* en el ámbito de la contratación de los entes públicos,

Dicha satisfacción de intereses de terceros por medio del recurso al aprovisionamiento de productos y obras a través de operadores económicos privados se puede llevar a cabo, bien de forma directa, permitiendo que se lleve a cabo el suministro de los bienes, servicios u obras de forma gratuita o bonificada a los miembros del colectivo objetivo por parte de los operadores económicos, productos estos que no serían provistos en los paralelos mercados de negociación privada, o, cuando menos, no serían provistos en las condiciones de acceso que el Estado Social considera oportunas; o bien, de manera indirecta, de modo que se instituya como receptor directo de los productos y obras al propio ente adjudicador, su personal o infraestructuras, aprovisionándose así de los recursos que le son necesarios, a fin de prestar posteriormente los servicios públicos que le son propios y/o desarrollar la actividad que le ha sido encomendada¹⁰¹. En definitiva, ambas formas posibles de satisfacción de los intereses públicos a través de la contratación pública ponen de manifiesto, como señala la propia Directiva 2014/24/UE, que ésta se trata, en última instancia, de una forma de gasto e intervención pública necesaria para el propio abastecimiento de la Administración como ente funcional y como herramienta de los poderes públicos a la hora de contribuir al desarrollo del colectivo de la sociedad a la que se dirigen, en base a los principios de equidad y eficiencia propios de toda actuación de ésta¹⁰².

como elemento característico, debe entenderse limitado a los contratos de derecho público sin que puede predicarse respecto de aquellos otros de carácter privado.

Siguiendo lo establecido por AMORTH, A., “Osservazioni sui limiti all’attività amministrativa di diritto privato”, cit., más que hablar de la distinción entre actos de imperio y de gestión, debemos referirnos a la distinción entre actos de imperio y un tercer género denominado “actividad administrativa de derecho privado” caracterizada por la búsqueda de fines de interés público a través de una interacción de la Administración a través del Derecho común. Si bien, como se ha puesto de manifiesto, por aplicación del principio de *funzionalizzazione* y de legalidad y con apoyo en la doctrina citada en primer lugar, debemos rechazar tal diferencia característica de un tercer género respecto de los actos de gestión.

¹⁰¹ ALBI, E. Y OTROS, “El porqué de la intervención pública”, cit., pp. 51 y 52; así como la doctrina detallada en la nota anterior. La actuación indirecta referida ha venido a ser denominada por CASETTA como actividad privada de las Administraciones Públicas en CASETTA, E., «Attività amministrativa (voce)», en *Digesto discipline pubblicistiche. Vol. I*, Torino, 1987, p. 526. En igual sentido GIANNINI, M. S., “Attività amministrativa (voce)”, cit., pp. 994 y ss.

¹⁰² Política de gasto público en la contratación electrónica que, como destaca GIMENO FELIÚ, J. M., «Retos pendientes en la Unión Europea en la materia de contratos públicos. La necesidad del think tank», *Observatorio de la Contratación pública*, 2015, deberá contar con una visión estratégica en su planificación. De esta manera es confirmada la ausencia de distinción en cuanto al derecho aplicable entre los contratos finales o actividad administrativa de derecho privado y los contratos instrumentales o actividad privada de la Administración Pública tal y como viene a señalar DUGATO, M., *Atipicità e funzionalizzazione nell’attività amministrativa per contratti*, cit., p. 28, pudiendo hacerse referencia de manera conjunta a ambas realidades mediante la expresión “actividad administrativa de contratos”, a la que por nuestra parte y sobre la base de la bibliografía anterior nos atrevemos a atribuirle una finalidad pública en todo caso.

Una vez establecidas las matizaciones anteriores, podemos concluir la validez del modelo presentado en el punto anterior con la mera sustitución del concepto ingresos marginales (IM) —ingreso obtenido por cada unidad adicional adquirida del producto— por el de interés público marginal —utilidad pública que supone la adquisición de una unidad adicional de producto que requiere de contratación pública—, y el coste marginal (CM) —coste que supone la obtención de cada unidad adicional de producto— por el de coste social marginal¹⁰³.

De este modo, si el organismo contratante actuara de manera racional, en atención a los intereses antepuestos que le son propios, con independencia de la mayor o menor concurrencia competitiva de los oferentes —esto es, si la curva de oferta se encuentra ubicada más a la izquierda o a la derecha—, así como de la configuración de la estructura de costes del sector —esto es, la pendiente y forma de la curva de oferta— al ser el único demandante, debería de ser capaz, sin gran esfuerzo, de obtener un precio de equilibrio que garantizara que la utilidad pública marginal de todas las unidades adquiridas, fuera mayor o igual a su coste marginal público de adquisición. Es decir, la estructura del mercado de contratación pública y el enorme poder negociador del que disfruta el ente adjudicador dentro de ella, en su condición de único demandante, es propicia para que nunca se llegue a una situación en la que los costes de procedimientos de contratación pública sean superiores a la utilidad reportada. Y ello, con independencia de la ideología política imperante o mayoritaria, la cual, una vez haya contribuido a la formación de los conceptos predominantes de interés y coste público, dejaría actuar, sin duda, al modelo expuesto.

Por todo ello, al haberse otorgado un determinado *status* jurídico al ente adjudicador, fundamentalmente a través de la tradicional previsión de la fase de *evidenza pubblica*, que ha supuesto, a su vez, la consolidación y fomento del descrito y privilegiado *status* económico, la aplicación del modelo anterior debería garantizar, en un plano teórico, una situación de equilibrio sin ineficiencias para el interés público.

Sin embargo, la práctica forense nos demuestra que ello no siempre es así, encontrándonos con decisiones irracionales o equivocadas, desde la perspectiva económica expuesta, que, a simple vista, permiten reconocer que se ha procedido a una

¹⁰³ Como establecen ALBI, E. Y OTROS, “El porqué de la intervención pública”, cit., p. 64, el Estado, tras haber completado los elementos de decisión por los que optaría un agente económico individual, que pasarán a integrarse en las correspondientes curvas de coste e ingreso, permitirá funcionar el “mecanismo básico del mercado”.

contratación pública en cantidad tal que los costes públicos marginales de adquisición de las últimas unidades ha superado al de la utilidad pública marginal producida, dando lugar a una pérdida gratuita de la eficiencia del demandante —y la de todos sus administrados—¹⁰⁴, hasta el punto de haberse detectado evidencias empíricas presentes en los procedimientos de contratación pública, derivada de las decisiones del monopsonista, en principio irracionales, que provocan una pérdida de eficiencia pública¹⁰⁵. Tales incrementos de precio y de costes públicos se sitúan entre el 20 y el 25%¹⁰⁶.

Llegados a este punto, procede pasar al análisis del funcionamiento de los entes adjudicadores y, en concreto, de aquellos aspectos de los mismos que permiten la explicación e incluso la detección de la lógica de tales comportamientos irracionales y de las manifestaciones de ineficiencia del mercado de la contratación pública. Aspectos que vendrán a constituir en última instancia un déficit estructural en el funcionamiento de nuestro “monopolista público” y que constituyen aquellos que, en teoría, las TIC están llamadas a solventar.

3. LA CONFORMACIÓN DE LA VOLUNTAD DE LOS PODERES ADJUDICADORES EN PROCEDIMIENTOS DE GASTO Y CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO MOTIVO DE LA DESVIACIÓN DEL EQUILIBRIO ÓPTIMO

3.1 EL PORQUÉ DE LA DISFUNCIÓN INTENCIONADA DEL COMPORTAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN CONTRATANTE

Los desvíos señalados en el epígrafe anterior respecto del nivel de eficiencia teórico que podrían alcanzar los poderes adjudicadores no pueden sino calificarse como irracionales desde el punto de vista de la lógica económica detallada en el epígrafe 1 del presente capítulo, una vez incorporados los conceptos de interés marginal público y

¹⁰⁴ MEDINA ARNAIZ, T., «Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: Perspectiva europea y su incidencia en la legislación española», en *La contratación pública a debate: Presente y futuro*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 300 y 313 a 318.

¹⁰⁵ Es extremadamente compleja la cuantificación de estos comportamientos relacionados con la corrupción dada su naturaleza clandestina. Sirvan, no obstante, los datos arrojados por el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) elaborado por TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, «Índice de Percepción de la Corrupción de 2014», fecha de consulta 23 mayo 2016, en <http://www.webantigua.transparencia.org.es>.

¹⁰⁶ STROMBOM, D., «Corruption in Procurement», *Economic Perspectives*, vol. 3-5, 1998, pp. 22 a 26.

coste marginal público. Precisamente y llegados a este punto, es cuando debemos denotar que, si bien el cambio del interés directo del operador en el mercado por el del interés público permite, o debería permitir, mantener la validez del modelo teórico expuesto, al mismo tiempo nos traslada a una situación en la que la tangibilidad de los intereses, ingresos y costes monetarios propios de cualquier empresa privada se tornan en conceptos más *etéreos, de apreciación más difusa o diferida en el tiempo*¹⁰⁷, frente a los cuales encontramos el surgimiento de motivaciones externas y más tangibles que puedan desviar la conducta del político o funcionario encargado de tomar las decisiones del ente adjudicador correspondiente. Por ello, como establece ROSEN, a la hora de tomar decisiones en el seno un procedimiento de contratación pública, es *ingenuo* pensar que los políticos y funcionarios, lleven a cabo la planificación de los procedimientos que vengan a concretar lo dispuesto genéricamente en la ley, sino que se limitan a “interpretar y cumplir con los deseos del electorado y sus representantes electos”¹⁰⁸, toda vez que, como aporta GAMAZO, no existe base para sostener que su condición de “burócrata” o “político” le lleve necesariamente a una especial “benevolencia” o sensibilidad por el interés público respecto de la que presentarían como “individuos-consumidores” o demandantes en el mercado privado. De otro modo, negando la posibilidad de aplicación de la lógica del *homo economicus* en los ámbitos que ahora nos ocupan nos dirigiríamos ante la “introducción en el análisis social [de] un modelo de individuo de comportamiento esquizofrénico que desdobra constantemente su personalidad, actuando generosamente [esto es, sobre la base exclusiva de los

¹⁰⁷ Recordamos en este punto las palabras de la entonces Excm. Sra. Ministra de Cultura del Reino de España, Dña. María del Carmen Calvo Poyato por las que señaló que “[...] estamos manejando dinero público, y el dinero público no es de nadie”. Véase al respecto la entrevista llevada a cabo a la referida Sra. en el diario ABC, 29/05/2004, accesible en http://www.abc.es/hemeroteca/historico-29-05-2004/abc/Home/carmen-calvo-en-mes-y-medio-no-se-puede-montar-un-ministerio-que-no-existia_9621740957990.html#.

Esta mayor abstracción del concepto de utilidad reportado por la realización de contratos públicos se encuentra en el seno de la explicación llevada a cabo por MATTARELLA, B. G., “Disciplina dei contratti pubblici e prevenzione della corruzione”, cit., p. 337, al distinguir entre “obligaciones de gasto” y “facultades de gasto” a la hora de motivar la mayor presencia de corrupción en el ámbito de la corrupción pública que en otros sectores con análogo o mayor volumen económico como, por ejemplo, los mercados privados.

¹⁰⁸ ROSEN, H. S., *Manual de Hacienda Pública*, 1ª, Ariel Economía, Barcelona, 1990, p. 207. Lo cual nos llevaría a rechazar la posibilidad de traslación automática a la práctica del concepto teórico de discrecionalidad definido por PAJNO, A., “La nuova disciplina dei contratti pubblici. Tra esigenze di semplificazione rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione”, cit., p. 39, como el poder de elección de la Administración Pública en su actividad de administrar, esto es, el poder de elección para satisfacer del mejor modo posible, en un momento determinado, el fin público determinado por la ley que rige su actuación.

conceptos de interés y coste público] cuando se comporta como votante, miembro de un grupo de presión, funcionario público, legislador o gobernante y de forma egoísta [es decir, sobre la base de su propia utilidad] cuando actúa como trabajador, empresario o consumidor”¹⁰⁹.

Así las cosas, de forma paralela a los difusos confines del concepto de interés público, que como hemos visto ha de presidir la actuación de los entes adjudicadores, encontramos una serie de incentivos más tangibles en la órbita de los responsables de los órganos de contratación y que pueden anteponerse al primero en materia de contratación o, en general, del gasto público, cuales son:

A) Intereses externos al interés público desde la perspectiva de la decisión política

Como determina la doctrina hacendista, los políticos tendrán su principal interés y motivación profesional —e incluso patrimonial— en la obtención de votos¹¹⁰. A ello se une el hecho de que cualquier medida de gasto público, entre las que encontramos la compra pública, tendrá un efecto a corto plazo consistente en un incremento del PIB. Tal incremento y su consecuente activación económica hacen previsible la obtención de efectos políticos beneficiosos, traducidos en el incremento de la intención de voto del partido en el poder y, en consecuencia, al frente del ente adjudicador. Tal *intuición* o concatenación lógica de acontecimientos ha sido confirmada por FAIR en su modelo econométrico por el que se trata de predecir la proporción de voto que conseguirá un partido político, y entre cuyos factores significativos encontramos, con una relación

¹⁰⁹ GAMAZO CHILLÓN, J. C., «Comportamiento burocrático y presupuestación pública: Una teoría sobre la oferta de la actividad financiera», *Anales de estudios económicos y empresariales*, vol. 12, 1997, pp. 146 y 147. Nótese, por tanto, como señala el autor, la marcada base de nuestro análisis en una metodología individualista, esto es, en el “enfoque” de las instituciones sociales desde la perspectiva de los individuos que la componen, lo cual ha de superponerse al enfoque meramente organicista al que nos lleva al punto de equilibrio de la figura I.1.3 en aras a evitar una percepción demasiado miope de la realidad, toda vez que, como nos recuerda el autor, las instituciones pueden llegar a constituirse como “meros instrumentos en manos de los individuos para la más adecuada consecución de sus objetivos particulares”, al tiempo que el mercado y las instituciones políticas constituyen “meras arenas de confluencia de seres humanos con sus propios objetivos parcialmente coincidentes en algunos casos y dispares en otros”.

¹¹⁰ En este apartado es de gran interés y se sigue la Teoría de la “public choice” que puede observarse, entre otros, en EGEA IBÁÑEZ, E., *Sector Público. Delimitación, Dimensión, Composición y Evolución*, cit., pp. 344 y ss.

positiva, la tasa real de crecimiento del PIB —y gasto público— en fechas próximas a la votación¹¹¹.

Como señala GAMAZO, una de las formas de participación de los ciudadanos en las decisiones presupuestarias y de gasto público en las sociedades democráticas es precisamente mediante el voto, a través del cual “infieren a las instancias políticas el suministro de un determinado tipo de bienes que no alcanzan, o al menos no en el nivel eficiente, a través del mercado”¹¹² e instituyen la ideología predominante en el Gobierno del país, región o localidad, que incidirá decisivamente en las construcción y perfilación de las curvas de ingresos públicos marginales y costes públicos marginales que determinarán posteriormente la demanda de productos y obras¹¹³.

Con independencia del signo de la ideología, las evidencias empíricas obtenidas por FAIR demuestran una situación del partido o político gobernante favorable a poder distorsionar a corto plazo ambas curvas, bien sobredimensionando la utilidad pública marginal, bien infravalorando sus costes públicos, mediante efectos favorables a corto plazo que enmascaran la verdadera entidad de su utilidad y costes aparejados a medio o largo plazo y que se harán desagradablemente presentes para los mismos votantes en su otra dimensión de partícipes en las decisiones de gasto público: la de contribuyentes. Es decir, generando o tratando de generar unas curvas de ingreso público marginal y de costes públicos marginales *espejo* o aparentes que conduzcan a una situación de equilibrio como la señalada en las figuras I.3.1 y I.3.2, y que más tarde se demostrará a todas luces como ineficiente. Esta distorsión de las curvas de ingresos marginales públicos y/o de costes marginales públicos que se podrá efectuar, por ejemplo, mediante la mera consideración, exposición y ponderación de objetivos y efectos a corto plazo —v. gr., la creación de empleo temporal—, que trate de trasladar al conjunto de la sociedad una percepción *miope* de aquellos, con clara ineficacia de los efectos de la acción de compra pública sobre la sociedad a medio y largo plazo —véase, agravamiento de una situación de déficit público o la materialización de infraestructuras infrutilizadas—.

¹¹¹ ROSEN, H. S., *Manual de Hacienda Pública*, cit., pp. 204 y 205.

¹¹² GAMAZO CHILLÓN, J. C., “Comportamiento burocrático y presupuestación pública: Una teoría sobre la oferta de la actividad financiera”, cit., pp. 145 y 146.

¹¹³ BUCHANAN, J. M., «De las preferencias privadas a la filosofía pública: el desarrollo de la elección pública», *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, vol. 2, 1980; BUCHANAN, J. M.; MCCORMICK, R. E. Y TOLLISON, R. D., *El análisis económico de lo político*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1984, pp. 72 a 74.

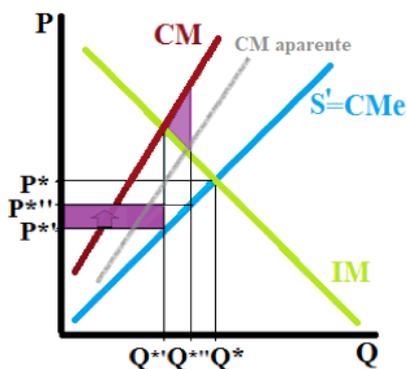


Figura I.3.1

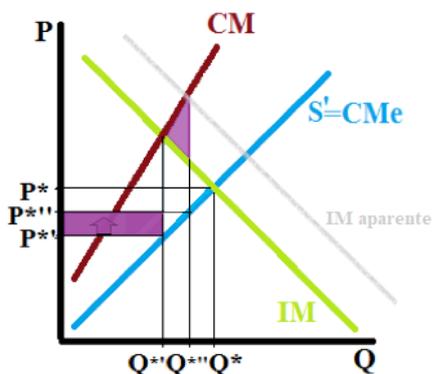


Figura I.3.2

Tales escenarios, como se ve, satisfarán los intereses de los políticos responsables del órgano de contratación incrementando el gasto público de forma que nos sitúa en el punto (Q^{**}, P^{**}) , a cambio de generar, desde la perspectiva del interés público unas ineficiencias —área sombreada de color lila— derivadas del mayor nivel de precio por cada unidad de producto respecto del que se originaría en el punto de equilibrio (Q^*, P^*) , así

como por el hecho de que el coste marginal de las unidades adquiridas por encima del nivel Q^* supondrá unos costes marginales superiores a sus ingresos marginales inherentes, esto es, siendo más que cuestionable su contribución a la satisfacción de reales y verdaderas necesidades de la sociedad. Es más, esta actuación motivada por los intereses particulares de los responsables políticos al frente de los entes adjudicadores podrá conducir no solo a comprar en cuantía superior a la necesaria, sino,

directamente, a la compra de productos u obras innecesarias.

Adicionalmente, se puede observar cómo las situaciones representadas en las figuras I.3.1 y I.3.2 convertirán el área de ineficiencia sombreada de lila entre los valores P^* y P^{**} desde la perspectiva del interés público en un incremento de la eficiencia —y beneficios— obtenida por los operadores económicos, permitiendo que aquella pueda revertir en la figura del responsable del ente adjudicador mediante la figura del soborno o del cohecho o de la satisfacción de otros intereses propios —conflicto de intereses—, originándose así incrementos patrimoniales tangibles y directos de los encargados de la toma de decisiones en el seno del poder adjudicador¹¹⁴.

¹¹⁴ MEDINA ARNAIZ, T., “Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: Perspectiva europea y su incidencia en la legislación española”, cit., p. 301. Sobre la relevancia que está adquiriendo la corrupción y su pérdida de eficiencia asociada véase GIMENO FELIÚ, J. M., «La necesaria y urgente política de reformas frente a la corrupción», *Observatorio de la Contratación pública*, 2013.

De hecho, esta segunda vía de obtención de utilidades directas y particulares viene a otorgar plena lógica a otro de los comportamientos detectados y referidos en el epígrafe anterior, consistente, no ya en la producción de un artificial crecimiento del nivel de contratación pública con su consiguiente impacto en el PIB a corto plazo, sino en conseguir exclusivamente un incremento del precio de abastecimiento. Dicho comportamiento consistirá, generalmente, en una restricción artificial en el seno del mercado de la contratación pública de los operadores concurrentes articulada en torno al margen de actuación que permite la normativa de contratación pública a los entes adjudicadores en la fase de *evidenza pubblica*, ya sea mediante la formulación de unos requisitos de acceso excesivamente restrictivos previstos en el correspondiente anuncio de licitación, o bien, mediante la conscientemente ineficiente selección de los contratistas llevada a cabo en aquellos procedimientos regidos por un sistema de adjudicación directa o por el procedimiento negociado sin publicidad¹¹⁵. Restricción que, como podemos apreciar gráficamente en la figura I.3.3, implicará un desplazamiento de la curva de oferta de los oferentes hacia la izquierda, desde S' a S'' —o hacia arriba en el caso de la situación planteada en la figura I.1.3 bis—, dada la exclusión de operadores con estructuras de costes potencialmente más ventajosas para el

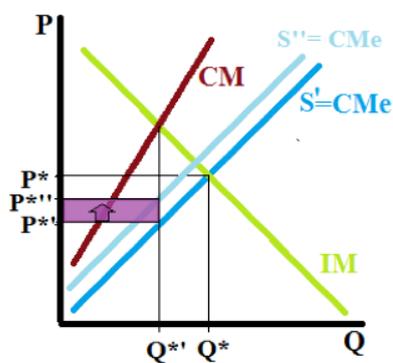


Figura I.3.3

ente adjudicador, así como por la menor presión competitiva del sector que irá aneja a tal reducción. Como resultado de lo anterior, un producto u obra que podría haber sido adquirido a un precio (P^*), lo será a uno mayor ($P^{*''}$), aprovechando para ello el general desconocimiento por parte de los órganos de control y de la ciudadanía de la estructura de costes del mercado de la contratación pública a la que se enfrenta cada ente adjudicador para cada

¹¹⁵ Al respecto son de interés los datos contenidos en EUROPEAN COMMISSION, *Eurobarometer n. 374: Businesses' attitudes towards corruption in the EU*, 2013, por los que se señala que el 52 % de las empresas italianas considera como muy o bastante extendida la práctica de establecer en los procedimientos de contratación pública especificaciones hechas a medida para empresas concretas, situándose la media europea en un 57 %. A ello se une la apreciación por el 55 % de las empresas italianas la apreciación de que la práctica consistente en el establecimiento de criterios de selección o evaluación poco claros está muy o bastante difusa —frente al 51 % de la media europea—, porcentaje situado en el 50 % en relación al abuso de los procedimientos negociados —frente al 47 % de la UE— y en el 53 % respecto de las prácticas consistentes en el abuso de las causas urgentes para justificar el uso de procedimientos no competitivos o de respuesta rápida —frente a 46 % de la UE—.

producto u obra que adquiere.

En este punto, hemos de señalar que, a pesar de la posible correlación entre el desplazamiento de la curva de oferta y la curva de costes marginales, ésta no se activará en el caso representado en la figura I.3.3 toda vez que, en el mismo, el ente adjudicador conecedor de la curva de oferta real S' , no deseará reducir la cantidad de bien, servicio u obra suministrado a la sociedad, sino tan solo aparentar que la estructura de costes de los suministradores no ha permitido, finalmente, de manera sobrevenida y en contra de lo que se podría haber esperado, la obtención de un precio inferior dentro del mercado de la contratación pública. Lo cual podrá llevarse a cabo, incluso, en sede de ejecución del contrato a través de la realización de ulteriores modificaciones sobrevenidas de aquel¹¹⁶. En definitiva, aunque se parte de una curva de oferta potencial S' , se tratará de evidenciar que, en el concreto desarrollo del procedimiento, en la fase de presentación de ofertas, la curva de oferta realmente enfrentada es S'' , lo que obligará al ente adjudicador a que en el pliego de contratación, aunque se prevea una cantidad Q^* , el precio mínimo contenido en el mismo deba ser $P^{*''}$. Este modo de proceder pasará aún más desapercibido en los productos y obras con una curva de ingresos marginales inelástica, esto es, en relación a los productos y obras de primera necesidad, donde un eventual desplazamiento de la curva de costes marginales derivada de una contracción de la curva de oferta apenas variará el nivel de aprovisionamiento inicial Q^* .

En dichos escenarios, un incremento del gasto en contratación pública, incluso por encima del nivel de eficiencia que marcan los beneficios y costes sociales, podrá traducirse en beneficios tangibles para el poder político decisor en forma de una mejor posición para mantener el poder y el respaldo en unas elecciones, o directamente en la obtención de ventajas patrimoniales personales, provocando una serie de motivaciones de los agentes intervinientes que hacen que esas situaciones, contempladas en las figuras I.3.1 y I.3.2 pierdan el carácter irracional que, sin duda, tendrían en el caso de un monopsonio ordinario. De este modo, a los criterios de utilidad y coste público se añaden, e incluso se anteponen, otros propios del responsable o responsables últimos de

¹¹⁶ Comportamiento que como señala SÁNCHEZ GRAELLS, A., «Reflexiones críticas en torno a la disciplina de comportamiento del mercado del comprador público», en *La contratación pública a debate: Presente y futuro*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 278 a 280, ha tenido en cuenta y tratado de evitar la Directiva 2004/18/CE primero y la Directiva 2014/24/UE posteriormente. Es interesante su posicionamiento por el que se propone la aplicación de la normativa de protección de la competencia contra los poderes adjudicadores que den lugar a estos comportamientos irregulares, criticando los posicionamientos jurisprudenciales contrarios a ello.

la toma de la decisión de llevar a cabo la contratación pública, en este caso, como hemos visto, la obtención de votos o una actividad lucrativa clandestina.

B) Intereses externos al interés público desde la perspectiva del funcionario o burócrata

En el desempeño de sus funciones públicas por parte de los funcionarios también se producirá la aparición de otras motivaciones ajenas al interés público, tales como las “prebendas del puesto, la reputación pública, el poder y la estabilidad del puesto”, las cuales vienen a sustituir la relación patrimonial directa que se da en el sector privado entre la ventura de la sociedad y el empresario. Objetivos sustitutivos para el funcionario que son relacionados de forma positiva por NISKANEN con el tamaño del presupuesto controlado por aquellos, toda vez que ello justificará, precisamente, la obtención de una mayor remuneración y prebendas¹¹⁷, a lo que se une el hecho de que un mayor nivel de presupuesto permitirá actividades de corrupción más lucrativas¹¹⁸, hecho por el cual y como se ha puesto de manifiesto por la OCDE, el fenómeno de la corrupción tiene una más importante presencia en la contratación del sector público que en otros sectores como los servicios públicos o la fiscalidad¹¹⁹.

Así las cosas, y siguiendo a ADAM SMITH, el funcionario o cargo público que se encuentre con la disyuntiva de elegir entre varias opciones para la consecución de un fin, por aplicación de la referida lógica del *homo economicus* o metodología individualista, también aplicable en esta dimensión socio-política, tenderá a la elección de aquella que le confiera una mayor reputación e importancia entre sus conciudadanos y ello a pesar de que tal elección le conduzca a desechar otras opciones que aportarían una mayor utilidad y eficiencia a la sociedad, hasta el punto de devenir, nuevamente, perfectamente lógicas las respuestas del ente adjudicador representadas en las figuras I.3.1 y I.3.2, si con ello, a pesar de menoscabar el interés público, genera un incremento

¹¹⁷ ROSEN, H. S., *Manual de Hacienda Pública*, cit., p. 207. Idea que entronca con la ley de Parkinson, por la que se señala que los burós, en este caso los entes adjudicadores y las unidades administrativas que lo componen, tienen tendencia a crecer: PARKINSON, C. N., *Parkinson's law and other studies in administration*, Ballantine Books, 1957.

¹¹⁸ COMISIÓN EUROPEA, *COM(2014) 38 de 3 de febrero: Informe sobre la lucha contra la corrupción*; MATTARELLA, B. G., “Disciplina dei contratti pubblici e prevenzione della corruzione”, cit., p. 337.

¹¹⁹ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., «“Transparencia” vs “Transparencia” en la contratación pública», *Diario la Ley*, vol. 8607, 2015, p. 2.

de eficiencia en el sector al que pertenecen determinados operadores económicos que influirán decisivamente en la imagen de su gestión¹²⁰.

De igual modo, como se ha dejado indicado, no solo el manejo de un mayor presupuesto permitirá actividades de corrupción más lucrativas, sino que la mayor eficiencia generada para los oferentes en el mercado de la contratación pública, al igual que ocurre desde la perspectiva política, facilitará este tipo de actuaciones nocivas, lo que viene nuevamente y por análogo razonamiento al analizado en sede de los responsables políticos a justificar racionalmente la aparición de situaciones como la representada en la figura I.3.3. Incentivos estos que podrán conllevar que el sujeto decisor quiera que la cantidad contratada y/o el gasto en contratación sean lo mayor posible, en el caso de que claudique ante tal sobreposición de intereses directos y particulares.

Es conveniente en este punto, establecer cierto paralelismo entre los incentivos y motivaciones de los responsables de los órganos de contratación y entes adjudicadores con el comportamiento del personal ejecutivo de las grandes empresas establecido por la teoría hacendista gerencial o del comportamiento de la empresa¹²¹, el cual, defiende esta teoría desde el punto de partida de la separación entre propiedad y gestión-gerencia, indicando que la segunda no tendrá como objetivo principal la maximización de los beneficios —utilidad pública— de su empresa —Estado, región, localidad—, sino la maximización de su utilidad personal en términos de salario y *status* de su puesto de trabajo.

C) Consideraciones comunes a los intereses externos al interés público de funcionarios y políticos

Al mismo tiempo, esta posible anteposición de intereses particulares por parte de los responsables de los órganos de contratación, que nos aleja del punto de eficiencia o punto óptimo natural del mercado de contratación pública y que podría llevar a un incremento *ad infinitum* del gasto público, presenta sus propios límites internos que vienen a matizar o constreñir el efecto de los intereses particulares de los responsables del órgano de contratación a la hora de dirigir la acción del ente adjudicador hacia la

¹²⁰ SMITH, A., *La riqueza de las naciones*, Titivillus - 2015, 1776, p. 326.

¹²¹ JACKSON, P. M., *The political economy of bureaucracy*, Philip Allan Publishers, Rossendale, 1982, pp. 14 a 85. Sobre este punto véase también la explicación sobre el modelo de agencia llevada a cabo por CLARICH, M., “Contratti Pubblici e concorrenza”, cit., p. 273.

adopción de un punto de aprovisionamiento distinto al punto de equilibrio indicado en las figuras I.1.3 y I.1.3 bis.

Este segundo punto de *equilibrio desviado* trataremos de exponerlo de la forma más clara posible mediante la adaptación del modelo de la burocracia de NISKANEN al funcionamiento y lógica de los órganos de contratación y/o entes adjudicadores que dará lugar a la representación gráfica definida en la figura I.3.4¹²². Adaptaciones que resultan del todo necesarias dado que el modelo de la burocracia de NISKANEN, así como las enmiendas que se le hacen desde el seno de la doctrina hacendista¹²³, parten de una situación de monopolio bilateral en la que encontramos, de un lado, a la unidad administrativa —en nuestro caso el órgano de contratación— actuando como un monopolista en su condición de oferente exclusivo de unos determinados bienes y servicios a los ciudadanos, los cuales le serán demandados, por otro lado, por un monopsonista constituido por la estructura política financiadora de la unidad administrativa, como podría ser el correspondiente parlamento, el cual exige al primero, en nombre de los ciudadanos, una determinada provisión de bienes y servicios.

Por el contrario, en nuestro caso, como se ha podido apreciar, partimos de una situación dentro del mercado de la contratación pública en la que la unidad administrativa constituye un único posible demandante-monopsonista de productos y obras frente a un número, en principio ilimitado, de oferentes —operadores económicos—. En consecuencia, existen marcadas diferencias en cuanto al rol jugado por la unidad administrativa, así como en cuanto a las relaciones que se ponen de manifiesto, las cuales se llevarán a cabo entre diferentes sujetos.

No obstante, se mantienen en común dos elementos clave que permiten el paralelismo: por un lado, la tendencia natural esperable del encargado del órgano de contratación a tratar de obtener el máximo presupuesto posible para proceder a su empleo en la compra pública y, por otro, el origen mayoritario del mismo de parte de terceros agentes públicos que actúan realmente y en este sentido de forma análoga a los *patrocinadores* del modelo de NISKANEN.

¹²² ROSEN, H. S., *Manual de Hacienda Pública*, cit., pp. 207 y 208.

¹²³ Que podemos encontrar sistematizadas en GAMAZO CHILLÓN, J. C., “Comportamiento burocrático y presupuestación pública: Una teoría sobre la oferta de la actividad financiera”, cit., pp. 160 a 165.

De este modo, y al igual que en el referido modelo de la burocracia, el primero de los indicados límites internos con los que cuenta el ente adjudicador a la hora de fijar su nivel de aprovisionamiento será el presupuesto para las operaciones de contratación pública de que disponga el órgano de contratación o ente adjudicador. Presupuesto que le será facilitado en mayor medida por parte de sus patrocinadores en función de la cantidad de productos u obras que se esperan adquirir por el primero, aunque a partir de un determinado nivel el presupuesto dejará de crecer en dicha proporción —o lo hará en todo caso en proporción decreciente— al ser necesario atender otras partidas por encima de determinados mínimos, lo que impedirá mantener una proporción de crecimiento igual o superior a la de la estructura de costes de los posibles oferentes.

Dicho primer límite lo vendremos a representar en la figura I.3.4 mediante la curva de Volumen Total del Presupuesto, que en cierto modo viene a expresar la *Valoración* Total del aprovisionamiento por parte de la entidad patrocinadora —VT—.

En segundo lugar, encontraremos el límite definido por la estructura de costes de los oferentes-licitadores, por la que se determina la capacidad de aprovisionamiento máxima de estos en función del presupuesto total que se destine a la compra pública; estructura que viene representada en la figura I.3.4¹²⁴ tanto por la curva de Costes

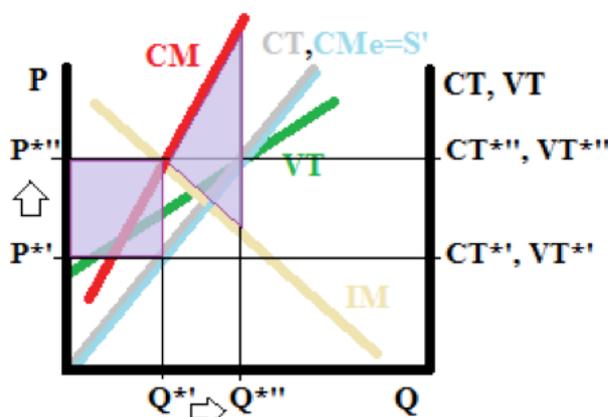


Figura I.3.4

Totales de los oferentes del mercado de la contratación pública —CT— como por la curva de Costes Medios o Curva de Oferta de estos mismos —CMe=S'—¹²⁵. Dicha curva marcará la cantidad máxima total de producto u obras que los operadores económicos pueden ofrecer para cada nivel presupuestario del que disponga el ente

¹²⁴ Figura elaborada sobre la base de la combinación de la representación teórica del monopsonio y la teoría de la burocracia de Niskanen.

¹²⁵ Recuérdese la relación entre ambas variables por la cual $\frac{CT}{Q} = CMe$. En los casos representados en la figura I.1.3 bis, dada la escasa flexibilidad del precio y el conocimiento extendido de sus precios aproximados de los productos u obras en los mercados privados en los que se negocian elementos análogos y su correspondiente curva de oferta individual horizontal, la actuación del ente adjudicador representada en la figura I.3.4 consistirá, fundamentalmente, en el incremento de la cantidad hasta un límite inicial igual a $\frac{VT}{P}$.

adjudicador.

Así las cosas, dada la función de utilidad individual de los responsables de la contratación pública, sean funcionarios o cargos políticos, olvidando el juego de las curvas de costes e ingresos marginales públicos, aquellos tratarán de convencer a sus patrocinadores para que les otorguen el nivel de presupuesto que les permita obtener la máxima cantidad posible de producto, esto es, el nivel presupuestario para compra pública del punto VT^{**} , el nivel máximo de presupuesto que podrán justificar como empleado en la compra de productos y obras, por integración de los referidos sendos límites. Generando de esta forma una serie de ineficiencias desde el punto de vista del interés público representadas en las áreas sombreadas de lila análogas a las ya analizadas en relación a las figuras I.3.1 y I.3.2.

Ahora bien, en este punto podemos encontrar nuevamente una diferencia sustancial respecto del modelo de NISKANEN, toda vez que, en el mismo, el punto de máxima eficiencia viene determinado por el punto de encuentro entre la curva de coste marginal de los *inputs* que ha de adquirir la unidad administrativa monopolista para la provisión de bienes y servicios y la curva de valor marginal dado por la entidad patrocinadora a cada nivel de provisión, lo que conlleva a que, a pesar de que la contraparte de la unidad administrativa conoce el valor o interés público de las unidades producidas, tendrá dificultades de acceso al conocimiento de la estructura interna real de costes de la unidad burocrática. Oportunidad aprovechada por esta para presionar hacia el punto de mayor gasto Q^{**} . Ello no sería extrapolable a nuestro modelo, toda vez que, aunque hay un claro paralelismo entre las curvas de IM públicos y Valoración marginal, la curva de CM empleada en nuestro modelo, en principio también será conocida o podrá serlo por la unidad patrocinadora ya que no se trata de una estructura de costes internos del ente adjudicador, sino de los costes marginales públicos en los que se incurre por cada unidad de producto u obra comprado —precio, coste de oportunidad, costes de mantenimiento, etc.—.

Sin embargo, aun así, hemos de reiterar que este modelo resulta totalmente operativo para nuestras pretensiones, toda vez que ahora, en el campo de la contratación pública, la propia entidad patrocinadora contará con una función de utilidad individual que le empuja, al igual que al ente adjudicador, hacia el punto (Q^{**}, P^{**}) , coincidiendo, incluso, en algunos casos, ambas figuras, de modo que traten de alejar al ciudadano de la apreciación de las curvas de ingresos y costes públicos reales, bien

mediante su distorsión, bien tratando de influir en sus propias curvas de utilidad individuales a corto plazo que les estimulen en su dimensión de votantes a costa, en un medio plazo, de su dimensión como contribuyentes.

Por todo lo anterior, es evidente que existe en el mercado de la contratación pública una presión estructural, tanto del órgano de contratación como de su correspondiente unidad patrocinadora, que trata de alejarnos del punto de equilibrio natural del monopsonio ($Q^{*'}, P^{*'}$) en el cual se maximiza la utilidad pública, a otro punto de equilibrio *desviado* ($Q^{*''}, P^{*''}$)¹²⁶ que maximiza la utilidad de los operadores económicos del mercado de la contratación pública, así como la utilidad individual de los responsables del ente adjudicador e incluso, en algunos casos, de su entidad patrocinadora, pero que provoca grandes deficiencias en el interés público —área sombreada de lila de la figura I.3.4— al trasladarnos a un escenario donde la cantidad de unidades adquiridas llega a presentar unos niveles de coste marginal superiores a sus correspondientes ingresos marginales, pudiendo suponer incluso un incremento de los precios unitarios respecto de aquel otro al que podría haber obtenido al nivel de producción ($Q^{*'}, P^{*'}$).

Obtienen, en consecuencia, plena lógica los puntos de equilibrio calificados anteriormente como irracionales, que veníamos a mostrar en las figuras I.3.1, I.3.2 y I.3.3, y que representan aquellos casos en los que el ente adjudicador adquiere más unidades de las necesarias, o lo que es peor, trata de hacernos creer que es necesaria la adquisición de un producto u obra superflua para el interés público; o bien, trata de orquestar un funcionamiento viciado del procedimiento de *evidenza pubblica* a fin de provocar una restricción sobrevenida de la oferta que provoque un incremento de los precios para un mismo nivel de aprovisionamiento.

Debemos señalar cómo, en principio, esta distorsión de las curvas de coste y utilidad pública promovida por el sujeto adjudicador y/o su entidad patrocinadora podrá realizarse mediante un cumplimiento formal de las normas sobre contratación pública de modo que, una vez fomentada la compra de productos no necesarios o en cantidad tal que exceda de la racional contraposición de coste-utilidad, se deje actuar con normalidad al procedimiento de licitación y a su posterior ejecución, o bien, en los

¹²⁶ Incremento del precio que según algunos estudios puede conllevar sobrecostes de hasta un 20-25 %. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., “«Transparencia» vs «Transparencia» en la contratación pública”, cit.

niveles más claros de corrupción, que junto a lo anterior se trate de forzar o eludir las normas sobre contratación pública procediendo a favorecer a un determinado licitador o licitadores con el que se haya acordado un reparto de la utilidad obtenida por los oferentes.

En ambos casos, dicho modelo hemos de matizarlo con la existencia de un tercer límite interno que influye en la obtención del punto de equilibrio *desviado*, consistente en el miedo a ser descubierto durante la adopción de medidas que prescindan de los conceptos de interés y coste público para orientarse, exclusivamente, por sus funciones de utilidad individuales. En dicho supuesto, el responsable o responsables del órgano de contratación, funcionario o político, sufrirá una serie de responsabilidades penales, civiles y/o socio-morales que contrarrestarán la utilidad monetaria o el *status* o votos que haya podido obtener al alejarse del punto de eficiencia natural del monopsonio de la contratación pública. Al mismo tiempo, dicho efecto será extensivo a los políticos-patrocinadores mediante la pérdida del favor político y/o la aparición de presiones para la remoción en sus responsabilidades de los responsables de la contratación, a pesar de haber compartido con los primeros la estrategia de actuación y la función de utilidad, lo que, evidentemente, tenderán a negar.

Por este motivo, los responsables de la contratación pública —gerentes— estarán obligados por su propio interés, e instados a ello por sus superiores jerárquicos o encargados de la dotación presupuestaria —patrocinadores¹²⁷—, a la obtención de un cierto nivel de utilidad pública en su gestión —real o virtual— apreciable en última instancia por los votantes —accionistas— encargados de elegir en buena medida a sus gestores y de aportar el capital que nutre, directa o indirectamente, al ente adjudicador y Administración Pública —empresa—¹²⁸.

Nótese cómo dicho miedo a ser descubierto no se referirá tan solo al incumplimiento de preceptos legales que rijan el procedimiento administrativo y/o determinados tipos penales, sino también, y en general, a la distorsión y ocultación de las verdaderas curvas de coste y utilidad pública en pos de la prosecución de intereses

¹²⁷ Símil éste que, a diferencia de los otros, no nos conduce a la teoría gerencial, sino a la teoría de la información o de la agencia: GAMAZO CHILLÓN, J. C., “Comportamiento burocrático y presupuestación pública: Una teoría sobre la oferta de la actividad financiera”, cit., p. 150; MACHO, I. Y PÉREZ, D., *Introducción a la economía de la Información*, Ariel, Barcelona, 1994.

¹²⁸ Al respecto, en desarrollo de la teoría gerencial véase MACHLUP, F., «Teorías de la empresa: Marginalista, Behaviorista, Gerencial», *Revista Española de Economía*, vol. IX, 1979; MONCHÓN, F., «Teorías alternativas de la empresa», *Revista Española de Economía*, vol. IX, 1979, pp. 163 a 183.

ajenos al público al que se debe el sujeto adjudicador lo que motivaría, en todo caso, la pérdida del favor de los votantes¹²⁹.

¹²⁹ En efecto, la desviación de la finalidad de interés general que caracteriza la actuación de los entes públicos —o, incluso, la de los entes privados patrocinados por entes públicos— en caso de ser detectada provocará consecuencias políticas perjudiciales que podrán neutralizar las ventajas individuales perseguidas, debiendo recordarse en este punto lo expresado por CERULLI IRELLI, V., *Corso di diritto amministrativo*, Giappichelli editore, Torino, 1994, p. 12: “*il rispetto della normativa (che in genere lascia ampi spazi aperti) non assicura affatto il perseguimento in concreto del fine di interesse pubblico*”, esto es, que “el respeto de la normativa (que por lo general deja amplios espacios abiertos) no garantiza en absoluto la búsqueda real de fines de interés público”.

No obstante, esta desviación del interés público, respetuosa con las disposiciones de derecho positivo en materia de contratación pública y no tipificada en ningún tipo penal, difícilmente podrá afectar a la validez de los contratos efectuados dada la dificultad, por no decir la imposibilidad, de demostrar la desviación consciente y/o culpable respecto del interés público y con ello del principio de legalidad-orientación y de *funzionalizzazione* de la actuación de los poderes públicos ante la ausencia de elemento probatorio en forma de irregularidad procedimental que permita la externalización de los verdaderos fines perseguidos por el ente adjudicador en el fuero interno de sus responsables y consiguiente desvío de poder —en este sentido se expresa DUGATO, M., “Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici e contrasto alla corruzione nel settore degli appalti pubblici”, cit., p. 673— y ello en un ámbito de marcada discrecionalidad y caracterizado por el carácter anfibológico e indeterminado de los conceptos de interés y coste público y la influencia definitiva en la conformación en la misma de directrices y valoraciones de carácter político a desarrollar y concretar por el ente público en función de la situación de facto que deba enfrentarse —STIPO, M., «L’interesse pubblico: un mito sfatato?», en *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini. Vol. III*, Giuffrè Editore, Milano, 1988, pp. 914 a 920—, conduciendo a la apariencia del ejercicio de la normal autonomía negocial del ente en cuestión dentro de los límites impuestos por el principio de legalidad —SCOCA, S. S., *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, cit., pp. 64 y 65—, así como la consecuente apariencia de legalidad generada respecto de los operadores económicos intervinientes en la licitación, sin que sea posible ligar la mayor o menor consecución real del interés público perseguido a la validez del contrato —*Ibid.* pp. 113 a 115—. Sin perjuicio, no obstante, de la nulidad de casos extremos en los que se proceda a la adquisición de bienes, servicios u obras manifiestamente innecesarios y desligados —sin necesidad de acudir a conceptos, tales como el de nivel de prosecución del interés general dentro de las competencias que le son atribuidas— directa e indirectamente del desarrollo de las competencias normativamente atribuidas al ente en cuestión y por ende puestos en conocimiento de la contraparte contratante *ex art.* 1418, c. 1 del Codice Civile —en mayor profundidad sobre esta cuestión, véase DUGATO, M., *Atipicità e funzionalizzazione nell’attività amministrativa per contratti*, cit. pp. 49 a 70— y *ex principio de buon andamento* del art. 97 de la Costituzione —MELE, E., *I contratti delle Pubbliche Amministrazioni*, cit., pp. 10 y 11—.

En términos más llanos, podemos concluir que un excesivo nivel de obra pública llevado a cabo por un municipio dentro de sus competencias mediante procedimientos respetuosos con la normativa sobre contratación pública y el código penal, que responda a las curvas de utilidad individuales de sus responsables y margine el interés público, difícilmente podrá ser anulado, pese a que en la práctica se esté prescindiendo del principio de legalidad que rige el funcionamiento de la Administración, pues la ductilidad o indicada amplitud del concepto de interés público inclusiva de consideraciones de carácter y dirección política propias del ente público impedirá que ello quede demostrado y/o fiscalizado a nivel judicial, sin perjuicio de que ello pueda provocar un rechazo político a medio plazo si queda de manifiesto o comienzan a sufrirse los efectos de la desconsideración respecto de las curvas de coste y utilidad pública a las que mayoritariamente da lugar la sociedad. Por otro lado, la compra de material militar por parte del municipio sería un caso extremo —de laboratorio— en el que podemos ver cómo la clara ruptura entre el contrato efectuado y el principio de legalidad, que rige la actuación de la administración, es fácilmente detectable, incluso por la contraparte contratante, sin necesidad de

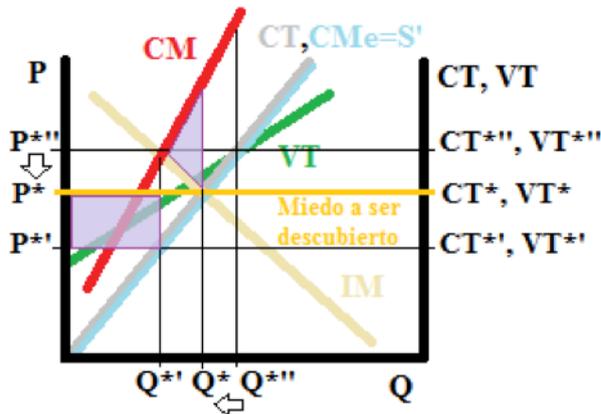


Figura I.3.5

desplazamiento o presión al alza desde el punto (Q^*, P^*) al punto (Q^{**}, P^{**}) a la que tiende la estructura del mercado de la contratación pública. Así, este límite marcará, en su caso, la cantidad de volumen total de presupuesto que, en base a los intereses antes indicados, los responsables de la contratación están dispuestos a emplear en la compra pública incluso encontrándose por encima del punto socialmente óptimo (Q^*, P^*) .

Al respecto, resultan de gran interés las estimaciones llevadas a cabo por ESCRIBUELA, por las que se señala que un 20 % de los sujetos cumple las normas por convicción y ética, un 20 % de forma libre, con total desapego a la norma y tratando de encubrir sus acciones mediante mecanismos financieros, y un 60 % que cumple, o no, la norma, en función del temor a ser descubiertos y de las sanciones establecidas para el caso de serlo¹³¹.

Precisamente, entre los factores que pueden permitir el establecimiento de un límite por miedo a ser descubiertos, acercándonos, así, al punto óptimo que de manera natural tomaría el mercado de la contratación pública, se encuentran los derivados del empleo de las TIC y su correlativo aumento de la transparencia, que cobran un papel

consideraciones relativas a los términos de coste y utilidad pública y sus implicaciones político-económicas sino netamente jurídicas, deberá llevar, ahora sí a concluir la nulidad del contrato.

¹³⁰ La figura I.3.5 es fruto de la unión de lo establecido en el modelo de la burocracia de NISKANEN señalado en ROSEN, H. S., *Manual de Hacienda Pública*, cit., p. 208 y el del monopsonio representado en PINDYCK, R. S. Y RUBINFELD, D. L., *Microeconomía*, cit., p. 430, al que se ha añadido un máximo intermedio en la línea “miedo a ser descubiertos”.

¹³¹ ESCRIBUELA MORALES, F. J., «La contratación del sector público y la corrupción», *Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, vol. 135, 2015, p. 2. En similar sentido véase lo afirmado por CHAVES, J. R., «La fórmula de la corrupción y su antídoto», *delajusticia.com*, 2011, fecha de consulta 15 mayo 2016, en <https://www.delajusticia.com>, donde se establecen como los principales factores de la corrupción la inmoralidad del sujeto y por otro lado la imperfección normativa, ambos corregidos por un coeficiente representativo del contexto político.

muy relevante y estructural que favorece el establecimiento de medidas preventivas para la eliminación o disminución de estas irregularidades, constituyéndose como las más adecuadas para la erradicación o reducción de tales irregularidades¹³².

En efecto, como se ha puesto de manifiesto, para lograr un punto de equilibrio del mercado de la contratación pública en los niveles ($Q^{*''}$, $P^{*''}$) o (Q^* , P^*), se tratará de ocultar la verdadera interacción de las curvas de coste e interés público marginal que constituyen el trasfondo de la contratación pública en cuestión, fomentando una sobrevaloración de los ingresos públicos marginales, tratando de infravalorar los costes públicos marginales o formulando procedimientos de licitación viciados que consigan presionar al alza el precio de abastecimiento en el desarrollo de la fase de *evidenza pubblica*, generándose serias dificultades a la hora de distinguir el error doloso del error culpable y del error justificable¹³³, pero que constituyen *factores de ineficiencia de la contratación intencionales o conductuales* que representan, en todo caso, causas de ineficiencia introducidas en el mercado por el lado de la demanda, provocando una alteración del normal o esperable comportamiento del ente adjudicador al alejarlo de la deseable mera contraposición de la utilidad y del coste público de sus decisiones en materia de contratación pública. Estos factores por el lado de la demanda vienen a constituir el foco de una serie de ineficiencias estructurales de la contratación pública que, además, como hemos visto —figura I.3.3—, podrían estar también en el origen de la falta de concurrencia de licitadores, es decir, detrás de la existencia de factores o deficiencias aparentemente producidas por el lado de la oferta¹³⁴.

La calificación como estructurales de estas irregularidades en el comportamiento del licitador y, en general, de cualquier encargado del gasto público, no es gratuita. Como pone de manifiesto MARTÍNEZ FERNÁNDEZ¹³⁵, ya en la Pragmática de los Reyes Católicos de España de 9 de junio del año 1.500, la Ley VI exigía a los Asistentes, Gobernadores y Corregidores, que:

¹³² MEDINA ARNAIZ, T., “Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: Perspectiva europea y su incidencia en la legislación española”, cit., p. 318.

¹³³ DUGATO, M., “Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici e contrasto alla corruzione nel settore degli appalti pubblici”, cit., p. 673.

¹³⁴ Como resalta MARTÍN BAUTISTA, M. T., «El principio de libre competencia en la contratación pública: influencias, restricciones y defensas (I)», *Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, vol. 142, 2016, p. 5, se trata de un problema que por su relevancia y extensión se halla expresamente contemplado en la Directiva 2014/24/UE, art. 18.1.

¹³⁵ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., “«Transparencia» vs «Transparencia» en la contratación pública”, cit., p. 2.

Lo que se gaste por menudo infórmese si se gastó realmente, y si fue bien gastado, y si hubo algún fraude.

Es más, como señalan FANTINI y SIMONETTI, estos factores conductuales constituían, precisamente, una de las variables que situaban a la Administración como parte “débil” de la negociación, constituyendo, por tanto, uno de los factores que motivaron la aparición y la concepción de las necesidades formales que han configurado el régimen —analógico— de contratación administrativa que hemos conocido y que ha llegado hasta nuestros días¹³⁶, produciendo, a través del procedimiento de *evidenza pubblica*, el expuesto sistema de monopsonio y de contrato de adhesión inverso.

Por su parte, entre los principales factores de disfunción de la contratación pública referidos por la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia del Reino de España —CNMC—, que podríamos encuadrar en esta categoría encontramos¹³⁷:

+ Ausencia de evaluación *ex post* y carencias de control.

+ Escasez de motivación del empleado público; por ejemplo, debido a un mal sistema de retribución en atención a su carga de trabajo.

+ Problemas de gobernanza.

+ Corrupción.

La importancia de estos factores por el lado de la demanda, en especial el de la corrupción, podríamos afirmar que han sido los que mayor repercusión mediática y económica han tenido en los últimos tiempos tal y como se deriva, entre otras, de las siguientes afirmaciones de la CNMC contenidas en el informe antes señalado¹³⁸:

[...] uno de los pretendidos motivos de la reforma es la lucha contra la corrupción y la prevención de distorsiones competitivas (art. 64 del APL).

[...] en el proceso de centralización de la contratación pública llevado a cabo desde el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, detectándose la disparidad de precios que se venían pagando por los diferentes órganos de contratación pertenecientes a una misma Administración Pública [fuerte

¹³⁶ FANTINI, S. Y SIMONETTI, H., *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, cit., pp. 4 y 7.

¹³⁷ COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, *Informe sobre el anteproyecto de ley de contratos del sector público*, cit., pp. 7 y 8.

¹³⁸ En el mismo sentido MEDINA ARNAIZ, T., “Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: Perspectiva europea y su incidencia en la legislación española”, cit., pp. 335 a 337; COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, *Informe sobre el anteproyecto de ley de contratos del sector público*, cit., pp. 16 y 19

indicio a favor de la realidad de las representaciones contenidas en la figura I.3.3].

A ello se unen los datos del Eurobarómetro de 2013 por los que se señala que el 69 % de las empresas italianas consideran que las prácticas de corrupción están muy extendidas en la contratación pública de las entidades regionales y locales, dato que ascendía al 70 % respecto de los entes adjudicadores nacionales. En ambos casos, una percepción por encima de la media europea situada en un 60 y en un 56 % respectivamente¹³⁹, según análisis pormenorizado de la Comisión Europea¹⁴⁰, la que quien ha estimado que los costes derivados de la corrupción se encuentran alrededor de los ciento veinte mil millones de euros. A la hora de cuantificar estas pérdidas de eficiencia en la contratación pública derivadas de decisiones irregulares ligadas a las diversas manifestaciones de la corrupción, el incremento de los costes representado en los modelos teóricos se sitúa en torno al 25 % del coste total del contrato en cuestión, pudiendo llegar cotas de sobrecostes del 50 %¹⁴¹.

3.2 EL PORQUÉ DE LA DISFUNCIÓN NO INTENCIONADA DEL COMPORTAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN CONTRATANTE Y DEL MERCADO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

A pesar de lo anteriormente expuesto, la desviación respecto del punto de equilibrio natural del monopsonio derivada de los comportamientos intencionados de los responsables de la compra pública no opera de manera automática. En efecto, no se pretende indicar que, en todo caso y de forma necesaria, debamos pasar del punto de equilibrio de la figura I.1.3 al punto de equilibrio de la figura I.3.1, I.3.2 o I.3.3, sino tan solo la existencia de ciertos incentivos estructurales del mercado de la contratación pública que nos pueden llevar a considerar alcanzables tanto el primero como los segundos, dependiendo la producción de uno u otros de las decisiones que adopten los entes adjudicadores, entre las que encontraremos, sin duda, una predisposición para dirigirse a la consecución del punto de equilibrio natural del monopsonio al regirse por

¹³⁹ El dato más alto se encuentra en España donde el 90 % de las empresas considera que la corrupción está muy extendida en la actuación de los entes adjudicadores regionales y locales, situándose dicho dato respecto de la contratación pública en el ámbito nacional en un 83 %. Datos facilitados por EUROPEAN COMMISSION, *Eurobarometer n. 374: Businesses' attitudes towards corruption in the EU*, cit..

¹⁴⁰ COMISIÓN EUROPEA, *COM(2014) 38 de 3 de febrero: Informe sobre la lucha contra la corrupción*, cit.

¹⁴¹ AYMERICH CANO, C., «Corrupción y contratación pública: Análisis de las nuevas directivas europeas de contratos y concesiones públicas», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, vol. 45-46, 2015, p. 210.

los principios de coste y valor público de forma preponderante a su curva de utilidad individual aunque, como señala ESCRIBUELA, sea tan solo en el 20 % de los casos — vid. nota 131—.

No obstante, incluso en estos casos, encontramos posibles óbices que nos alejan o perjudican la consecución del punto de equilibrio óptimo natural del mercado de la contratación pública. Tales obstáculos son, principalmente, dos: la falta de información del ente adjudicador acerca de la curva de oferta a la que se enfrenta, y la existencia de barreras de entrada al mercado de la contratación pública ajenas a la decisión del ente adjudicador.

En relación al primero de ellos debemos recordar, nuevamente, que la curva de coste marginal público a la que da lugar el ente adjudicador o, en general, la sociedad, tiene su fundamento o punto de partida en la curva de oferta o curva de costes medios a la que dan lugar los operadores económicos. Consecuentemente, su conformación partirá del conocimiento de la segunda, lo cual no siempre será posible o podrá estar al alcance del ente adjudicador, al menos de forma total exacta, lo que llevará a tener una idea equivocada en orden a sobrevalorar o infravalorar tales costes medios, o que directamente se ignore la existencia del producto u obra en cuestión y cuyo conocimiento sería útil para la satisfacción del interés público.

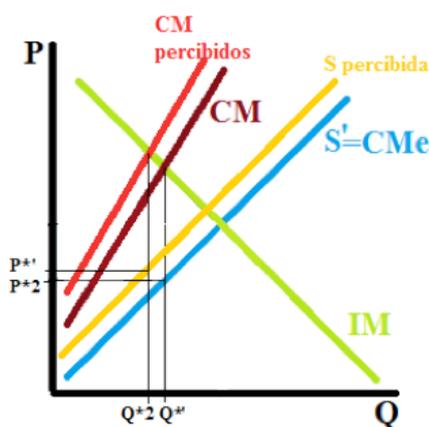


Figura I.3.6

Es cierto que tal error en la concepción de la configuración de la curva de oferta podrá ser posteriormente detectada por el poder adjudicador, pero en el caso de que se haya procedido a una sobrevaloración de la curva de oferta, se habrá redactado el pliego de condiciones sobre la base de una curva de oferta con unos precios superiores para todo nivel de producción respecto de la curva real (S'), descubriéndose a destiempo que se podría haber demandado un nivel mayor de producto y dándose lugar a un punto de equilibrio

en (Q^*2, P^*2) de la figura I.3.6 productor de ineficiencias respecto del equilibrio natural (Q^*, P^*) de la misma figura, el cual será dificultado por la redacción de los pliegos al constreñir la cantidad demandada por debajo del punto realmente óptimo para los intereses públicos Q^* y al establecer un precio de partida que nos aleje potencialmente

de la consecución del nivel de precio para dicha cantidad de producto ofrecido por la curva de oferta S' durante la licitación —si la hubiera—, e incluso llegando a poder establecer erróneamente a éste como una baja temeraria. Es más, esta falta de información sobre el mercado y la composición de la oferta podrá provocar que, finalmente, no se lleven a cabo procedimientos de compra que hubieran sido beneficiosos para el interés público.

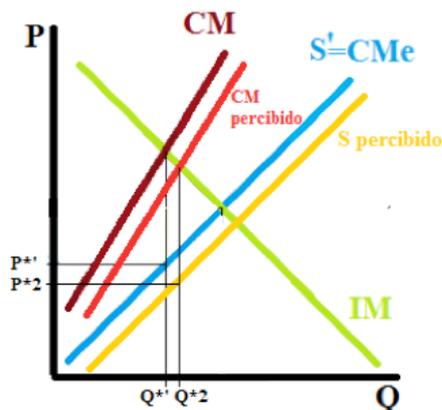


Figura I.3.7

En el caso contrario, en el que la curva de oferta S' haya sido infravalorada, se procederá a la redacción de los pliegos de contratación partiendo de un punto de equilibrio percibido en (Q^*2, P^*2) de la figura I.3.7, lo que podrá conducir a la redacción de unas bases de licitación inasumibles por la estructura real de costes de los operadores económicos, de modo que todas las ofertas serán inaceptables, debiendo procederse a la reformulación del procedimiento de licitación y sus consiguientes costes y retrasos.

Tales carencias de información sobre el mercado podrán derivar de una actuación poco diligente por parte del ente adjudicador¹⁴², o bien de la existencia de una asimetría informativa estructural acerca de las características de los productos y estructura del mercado a favor de los oferentes¹⁴³. En todo caso, queda patente cómo la comisión de errores no dolosos por parte de los responsables del ente adjudicador puede llegar a comportar ciertamente un notable factor de ineficiencia del procedimiento de licitación que debería ser abordado¹⁴⁴.

En segundo término, en el desarrollo de los procedimientos de contratación pública, podremos encontrar factores ajenos al poder licitador y propios de la estructura del concreto sector de contratación pública de que se trate. Tales factores dificultarán la

¹⁴² Como señala PIGA, G., «La nuova disciplina sui contratti pubblici: il punto di vista dell'economista», en *La nuova disciplina dei contratti pubblici. Tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Giuffrè Editore, Milano, 2016, p. 81, se estima que la actuación “incompetente” de los entes adjudicadores debida a la falta de profesionalización o motivación de sus responsables se encuentra, habitualmente, tras las causas generadoras de sobrecostes en la contratación pública italiana, estimados en su conjunto en unos cincuenta mil millones de euros

¹⁴³ CLARICH, M., “Contratti Pubblici e concorrenza”, cit., pp. 272 y 273.

¹⁴⁴ DUGATO, M., “Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici e contrasto alla corruzione nel settore degli appalti pubblici”, cit., p. 673.

normal concurrencia de operadores económicos como licitadores, debido a la existencia de barreras naturales del sector a la libre competencia¹⁴⁵. Barreras reductoras de la concurrencia potencial del mercado de contratación pública que tendrán aparejada una reducción de la eficiencia en el punto de equilibrio al que de forma óptima podría llegar el poder adjudicador en caso de que aquellas no surtieran su efecto, con el subsiguiente desaprovechamiento de recursos públicos, mediante la aparición de unos movimientos en el equilibrio del mercado de la contratación pública muy parecidos a los de las figuras anteriores I.3.6 y I.3.7, pero ahora producidos por elementos ajenos a la voluntad del ente adjudicador que provocan un desplazamiento real (y no figurado como en los supuestos anteriores) que el ente adjudicador no llega a detectar, producto de su mala percepción de la realidad. En concreto, estos factores por el lado de la oferta que originan una reducción de la oferta potencial que podría ser seleccionada, suponen el desplazamiento de la curva de oferta hacia la izquierda, desde (S') hasta (S'') —

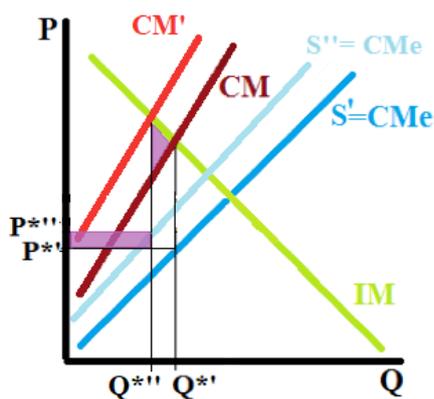


Figura I.3.8

hacia arriba en el caso de la situación representada en la figura I.1.3 bis—, incrementando el precio de equilibrio al que puede proveerse a la Administración tal y como se representa en la figura I.3.8¹⁴⁶ y que se deberá fundamentalmente a que un menor número de “candidatos”, hace disminuir la presión competitiva entre ellos de forma que se reduce la motivación de estos a minorar sus costes para poder ofrecer un precio más bajo¹⁴⁷.

Como ya hemos tenido ocasión de comentar, aparejado con lo anterior se producirá una modificación de la percepción de los costes públicos en el

¹⁴⁵ MARTÍN BAUTISTA, M. T., “El principio de libre competencia en la contratación pública: influencias, restricciones y defensas (I)”, cit., p. 3. Sobre la institución de la competencia —y su concreción en materia de contratación pública a través del principio de libre concurrencia— y la transparencia como pilares de la contratación pública, véase RAZQUÍN LIZARRAGA, M. M., «Las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014: Aspectos clave y propuestas para su transformación en España», *Revista de administración pública*, vol. 196, 2015, pp. 103 y ss.

¹⁴⁶ PINDYCK, R. S. Y RUBINFELD, D. L., *Microeconomía*, cit., pp. 24 y 25. En sentido contrario y por análogo razonamiento, el aumento de competidores en la licitación provocará el desplazamiento de la curva de oferta hacia la derecha, véase IESE BUSINESS SCHOOL, *La licitación electrónica en el sector público español. Presente y futuro*, 2011, p. 21.

¹⁴⁷ SAMUELSON, P. A. Y NORDHAUS, W. D., *Economía*, 16ª, McGraw-Hill/Interamericana de España, Madrid, 1999, p. 50.

aprovisionamiento del bien, servicio u obra de que se trate, pasando de una curva de CM a otra CM¹⁴⁸, lo que redundará en una pérdida de eficiencia respecto de la situación anterior y que se representa mediante las áreas sombreadas de lila en la figura I.3.8, producida por un lado por el aumento del precio de las unidades de bienes o servicios de las que el poder adjudicador sigue nutriéndose, así como por la reducción de la cantidad de bienes y servicios que, pudiendo haber sido adquiridos al precio anterior en un punto donde los ingresos marginales son superiores a los costes marginales, dejan de poder ser demandados tras la reducción de la presión competitiva de los operadores económicos.

Estas barreras de entrada al mercado de la contratación pública pueden, incluso, disminuir en tal medida la concurrencia de operadores económicos que hagan inviable mantener el supuesto sostenido hasta ahora basado en considerar la existencia de una situación competitiva por el lado de la oferta, de modo que el demandante público monopsonista quede enfrentado a un operador económico monopolista u operadores oligopolistas. Al respecto, podemos destacar los casos, entre otros, de las grandes obras de ingeniería pública o energía, donde los escasos operadores económicos no concurren —o pueden no hacerlo— a los procedimientos de licitación de manera competitiva¹⁴⁹.

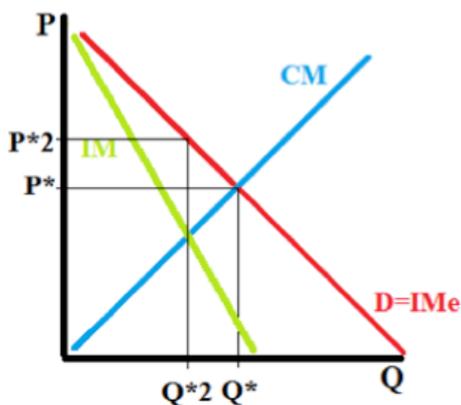


Figura I.3.9

En estos casos, los licitadores, dado su exiguo número, concurrirán y fijarán sus precios siguiendo el comportamiento propio de los mercados monopolistas que se puede ver representado en la figura I.3.9¹⁵⁰. En ellos, el agente monopolista, de forma similar a como hemos visto respecto del monopsonista decide el nivel de producción en base a sus curvas internas de costes marginales (CM) e ingresos marginales (IM), es decir, sus costes e ingresos por unidad de producto adicional. Una vez

¹⁴⁸ En mayor profundidad sobre la relación de la curva de costes marginales propia del monopsonista y la de costes medios de los operadores económicos que configuren la oferta, véase AHUJADO, M., *Microeconomía. Teoría*, cit., pp. 366 y 367.

¹⁴⁹ MARTÍN BAUTISTA, M. T., “El principio de libre competencia en la contratación pública: influencias, restricciones y defensas (I)”, cit., p. 3.

¹⁵⁰ HEY, J. D., *Microeconomía Intermedia*, McGraw-Hill/Interamericana de España, Madrid, 2003, pp. 347 y 348.

realizado lo anterior, establecerá el precio máximo que los demandantes pueden pagar, fijando el precio máximo permitido por la curva de demanda (D) o ingresos medios (IMe) de aquellos. De esta forma, el monopolista modificará la situación de equilibrio (Q^* , P^*) propia de la competencia perfecta para llevarnos al punto (Q^{*2} , P^{*2}) donde maximiza sus beneficios.

Si contraponemos esta situación, que para simplificación de la presente exposición asemejaremos a la existente en un oligopolio, con la presencia de un poder adjudicador que actúa como monopsonista, daremos lugar a lo que se conoce como *monopolio bilateral*¹⁵¹, que podemos representar tal y como se hace en la figura I.3.10, fruto de la superposición de las figuras I.1.4 y I.3.9.

En este caso, no existirá un equilibrio natural del mercado. Nos encontraremos dos posiciones opuestas con un gran poder negociador que tratarán de arrastrar al mercado hacia sus respectivos puntos de máxima eficiencia (Q^* monopolista, P^* monopolista) y (Q^* monopsonista, P^* monopsonista), situándose el nivel final en el que se produzca el intercambio entre ambos agentes en base a una función representada por la línea roja de la Figura I.3.10, que nos llevará a un punto más próximo al equilibrio del ente adjudicador o de los operadores económicos oligopolistas, en función del poder negociador de ambos, entre cuyos factores podemos destacar el conocimiento del

mercado. Como es fácil de apreciar, esta situación de monopolio bilateral viene a facilitar el camuflaje de decisiones del poder adjudicador que nos llevan a las situaciones representadas en la figura I.3.1., I.3.2 y I.3.3, so pretexto de la ausencia de ofertas entre las que poder escoger y de la consiguiente reducción de la presión competitiva de forma natural entre los operadores económicos¹⁵².

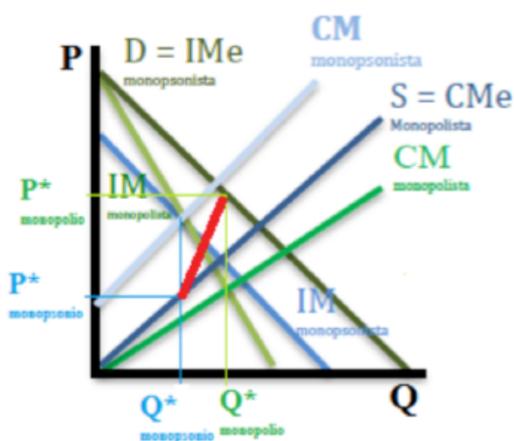


Figura I.3.10

¹⁵¹ AHUJADO, M., *Microeconomía. Teoría*, cit., pp. 368 y 369; PINDYCK, R. S. Y RUBINFELD, D. L., *Microeconomía*, cit., p. 431.

¹⁵² Respecto de la relación entre colusión y corrupción, véase PIGA, G., “La nuova disciplina sui contratti pubblici: il punto di vista dell’economista”, cit., p. 86.

En cualquiera de estas situaciones, que explican disfunciones no intencionadas del mercado de la contratación pública, nos encontraremos nuevamente ante causas estructurales de ineficiencia originadas: (i) por el lado de la demanda, si el desvío respecto del punto natural de desvío se produce por falta de información acerca de la estructura de costes de la oferta, y (ii) por el lado de la oferta, en el caso de que el referido desvío se deba a la configuración del mercado tendente a la existencia de barreras de entrada que impidan o dificulten la concurrencia de los operadores económicos en el sector.

Teniendo en cuenta los principales elementos perjudiciales en sede de contratación pública destacados por la CNMC¹⁵³, podemos encuadrar dentro de esta categoría los siguientes:

- Aumento del riesgo de colusión.
- Elevadas barreras de entrada (especialmente en el acceso a las concesiones).
- Heterogeneidad de procedimientos y complejas curvas de aprendizaje.
- Información asimétrica.
- Escasez de operadores en ciertos sectores.

3.3. CLASIFICACIÓN DE LOS FACTORES O DISFUNCIONES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: FACTORES POR EL LADO DE LA DEMANDA Y POR EL LADO DE LA OFERTA

Conocidas y expuestas las razones que provocan las ineficiencias que podemos observar en el mercado de la contratación pública y que las TIC, supuestamente, contribuirán a paliar, procede su sistematización. Tales factores, como hemos visto, pueden ser funcionales, esto es, derivados de los tradicionales instrumentos empleados en el ámbito de la contratación pública, o estructurales, que son los derivados del comportamiento de los agentes intervinientes o bien de las características propias del mercado de contratación pública¹⁵⁴.

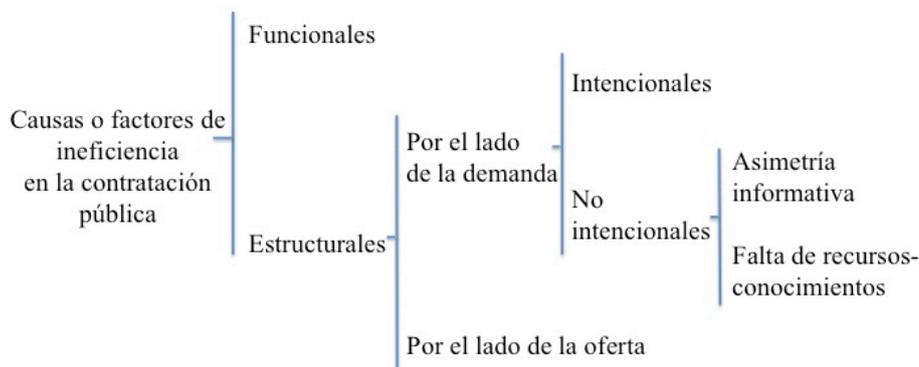
¹⁵³ COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, *Informe sobre el anteproyecto de ley de contratos del sector público*, cit., pp. 7 y 8; en igual sentido y vehemencia véase MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., ««Transparencia» vs «Transparencia» en la contratación pública», cit., p. 2.

¹⁵⁴ GALTIERI, C., «Controlli tradizionali e disciplina dei contratti pubblici», en *La nuova disciplina dei contratti pubblici. Tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Giuffrè Editore, Milano, 2016, 400.

Dentro de los factores estructurales, podemos identificar, a su vez, factores por el lado de la demanda, esto es, originados en el contexto de la actuación del monopsonista-ente adjudicador, y factores por el lado de la oferta o concurrenciales, consistentes en la existencia de barreras de entrada que condicionan la actuación de los operadores económicos y/o en la participación no competitiva entre estos.

Por último, dentro de los factores estructurales por el lado de la demanda, encontramos causas de ineficiencia intencionales, es decir, las que presentan su origen en el seno de un elemento volitivo del ente adjudicador, y causas de ineficiencia no intencionales, o sea, aquellas en las que su origen es ajeno a la voluntad de los entes adjudicadores. El fundamento de estas causas de ineficiencia no intencionales puede ser doble: (i) Con carácter general, se encuentra en la existencia de una asimetría informativa que provoca que el monopsonista sea incapaz de construir de forma veraz la curva de oferta a la que se enfrenta¹⁵⁵ o, (ii) también se puede encontrar tal fundamento, en la presencia de una serie de limitaciones profesionales o de recursos en la actuación de los responsables del ente adjudicador, tales como una escasa capacidad de programación. Además, los anteriores factores o disfunciones reducirán la posibilidad de contar con una visión jurídica y económica adecuadas de la contratación pública en orden a obtener o prever los puntos de eficiencia indicados en los apartados anteriores a la hora de formular los pliegos de contratación e inducirán a utilizar, de manera impropia, los sistemas de licitación previstos por el Ordenamiento¹⁵⁶.

Clasificación que podemos resumir en el siguiente cuadro:



¹⁵⁵ FANTINI, S. Y SIMONETTI, H., *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, cit., pp. 24y 26.

¹⁵⁶ GALTIERI, C., “Controlli tradizionali e disciplina dei contratti pubblici”, cit., pp. 401 y 402

4. EFECTOS ESPERADOS DE LAS TIC EN LA ESTRUCTURA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA¹⁵⁷

Identificado el rumbo al que nos han de dirigir las TIC, el que han de evitar que tomemos o mantengamos, y los principales factores que pueden provocar su desvío, procede sumergirnos completamente en el análisis de cómo el empleo de medios telemáticos en los procedimientos de licitación, es decir, la contratación pública electrónica, permitirá corregir los factores estructurales identificados por el lado de la oferta y de la demanda en una medida inalcanzada hasta la fecha por el procedimiento de *evidenza pubblica* en su funcionamiento tradicional o enteramente analógico, facilitando así la consecución de situaciones de equilibrio como las representadas en las figuras I.1.3 y I.1.3 bis.

En primer lugar, se ha de señalar que la introducción de una contratación pública electrónica en sentido amplio se espera que conduzca a una reducción de los costes de funcionamiento, tanto de poderes adjudicadores como de operadores económicos¹⁵⁸, así como a una mayor eficiencia y rapidez en la tramitación del expediente administrativo¹⁵⁹. Estaremos en este caso ante lo que podríamos denominar *efectos o ventajas de funcionamiento*, cuyos beneficios no son en absoluto menospreciables dado que la implementación del sistema de *evidenza pubblica*, como contrapartida a la instauración de una serie de garantías en aras a la prosecución y satisfacción efectiva del

¹⁵⁷ GAMERO CASADO, E. Y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., “El Derecho Administrativo ante la «Era de la Información»”, cit., p. 31.

¹⁵⁸ GÓMEZ MANRESA, M. F., «La contratación electrónica: Una apuesta del Derecho europeo por la sostenibilidad de la Administración Pública», *Revista Internacional de Derecho Ambiental*, vol. III-8, 2014, p. 268.

¹⁵⁹ COMISIÓN EUROPEA, *COM(2010) 571 final de 18 de octubre: Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE*, cit., pp. 4 a 6, comentado en MORENO MOLINA, J. A. Y DOMÍNGUEZ ALONSO, A. P., “El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública”, cit., pp. 156 y 157; COMISIÓN EUROPEA, *COM(1996) 583 final, de 27 de noviembre: Libro verde. La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro*, cit., epígrafes 4.13 y 4.17; COMISIÓN EUROPEA, *COM(1998) 143 de 11 de marzo: La contratación pública en la Unión Europea*, p. 3.; COMISIÓN EUROPEA, *COM(2004) 841 de 29 de diciembre: Plan de acción para la aplicación del marco jurídico de la contratación pública electrónica*, cit., p. 3; COMISIÓN EUROPEA, *COM(2006) 173, de 25 de abril: Plan de acción i2010 sobre e-government*, cit.; COMISIÓN EUROPEA, *COM(2003) 567, de 26 de septiembre: El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa*, cit., epígrafe 4.17; BANGEMANN, M., *Europa y la Sociedad Global de la Información. Recomendaciones al Consejo Europeo*, 1994, p. 26. Sobre la necesidad de una mayor agilidad y rapidez en los procedimientos de contratación del sector público son reseñables los datos aportados por GALLEGO CÓRCOLES, I., «Contratación pública e innovación tecnológica», en *Seminario Teoría y Método-STEM*, Universidad Castilla La Mancha, 2016, pp. 2, 13 y 14.

interés público, vino a establecer un riguroso procedimiento burocrático con sus correspondientes costes de funcionamiento tanto monetarios como en tiempo.

No obstante, la contratación pública electrónica abre la puerta, al menos en teoría, a otra serie de ventajas que van más allá de lo funcional y que constituyen el fundamento de la realización del presente trabajo de investigación¹⁶⁰. Tales ventajas se concretan, básicamente, en las tres siguientes:

1ª- Por un lado, hemos de destacar la obtención de unas esperadas *ventajas de concurrencia*, derivadas de la mayor difusión de los procesos de licitación y reducción de las barreras de entrada a estos, con el consiguiente aumento del número de operadores económicos en los procedimientos de licitación, incluidos los pertenecientes a grupos con tradicionales dificultades de entrada como las PyMEs y los licitadores de otros Estados miembros, sobre los que el legislador europeo centra su atención¹⁶¹. Estas ventajas vendrían a solucionar las ineficiencias por el lado de la oferta señaladas anteriormente, y que, como veremos, permitirán que nos planteemos, incluso, la posibilidad de acabar o paliar situaciones en las que la estructura actual del mercado ha originado situaciones de monopolio bilateral¹⁶².

¹⁶⁰ CANCELO, Á., «Diez años de Contratación Pública Electrónica. Reflexiones y perspectivas de la puesta en práctica de la contratación electrónica desde Euskadi», *Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, vol. 137, 2015, p. 11.

¹⁶¹ COMISIÓN EUROPEA, COM(2004) 841 de 29 de diciembre: *Plan de acción para la aplicación del marco jurídico de la contratación pública electrónica*, cit. p. 3 y epígrafe 4.2.4; COMISIÓN EUROPEA, COM(2003) 567, de 26 de septiembre: *El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa*, cit., epígrafe 4.17; COMISIÓN EUROPEA, COM(2004) 22 de 7 de mayo de 2003: *Primer informe sobre la aplicación de la Estrategia para el mercado interior (2003-2006)*, p. 3; COMISIÓN EUROPEA, COM(2003) 238 de 7 de mayo de 2003: *Estrategia para el mercado interior Prioridades del período de 2003 - 2006.*; Considerando 52 de la Directiva 2014/24/UE. Al respecto véanse los ejemplos constatados en BROGGI, D., *Consip: Il significato di un'esperienza. Teoria e pratica tra e-procurement ed e-government*, FrancoAngeli, Milano, 2008, pp. 40 y 41.

Entre los motivos de atención a las PyMEs tal y como señala CARINGELLA, F. Y PROTTO, M., *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo. Commento organico al codice e alle linee guida ANAC alla luce del decreto correttivo del 19 aprile 2017*, n. 56, cit., art. 51, p. 261, encontramos su elevado número a nivel europeo y correspondiente potencial a la hora de favorecer la búsqueda de la oferta económicamente más ventajosa entre todas las ofertas posibles, así como la posibilidad de emplear su inclusión en la contratación pública como un respaldo de estas —y su gran importancia en el tejido económico-empresarial de los Estados miembros— frente a la crisis económica sufrida y como estímulo de innovación tecnológica. A este respecto, podemos destacar siguiendo a PIGA, G., “La nuova disciplina sui contratti pubblici: il punto di vista dell’economista”, cit., p. 85, el llamado “índice de discriminación de la pequeña empresa en los contratos públicos” por el que se pone de manifiesto la marcada diferencia entre la participación de las PyMEs en el total de la economía y en el mercado de la contratación pública

¹⁶² Coincidimos con SÁNCHEZ GRAELLS, A., “Reflexiones críticas en torno a la disciplina de comportamiento del mercado del comprador público”, cit., p. 276, cuando afirma que lo que hemos venido a denominar factores de concurrencia, o, en sus palabras, “el impacto de la contratación pública en

2ª- Por otro lado, hemos de señalar las *ventajas conductuales* o de conformación de la voluntad del poder adjudicador que son atribuidas o coligadas a la implementación de las TIC, directamente derivadas de la mayor transparencia y confianza en la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación que, supuestamente, se desprenderá del empleo de aquellas y del nuevo sistema de funcionamiento y modo de operar de los agentes intervinientes en los procedimientos de licitación¹⁶³, adicionándose o separándose así de la tradicional línea de lucha contra la corrupción, basada, fundamentalmente, en una intensificación de la regulación que constriñe las facultades discrecionales de la Administración competente y consiguientemente produciendo un proceso decisional más lento y difícil¹⁶⁴. Estas ventajas se establecen como el medio de superar ineficiencias planteadas por la contratación pública por el lado de la demanda, generalmente, al permitir una mayor exposición pública de lo actuado que incrementará el riesgo del ente adjudicador a ser descubierto en el caso de que adopte decisiones que prescindan en su configuración del interés público. Así las cosas, los mayores niveles de transparencia generados por estas esperadas ventajas conductuales conformarían en sí mismas una importante herramienta que fomentará un comportamiento de la Administración tendente a la búsqueda de una actuación éticamente correcta, eficiente y eficaz que cuide la obtención de la mayor economicidad para la ciudadanía¹⁶⁵, toda vez que en el funcionamiento del mercado de la contratación pública tanto el ente adjudicador como su entidad patrocinadora quedarán expuestas de

la dinámica competitiva del mercado” ha sido poco atendido tanto por la doctrina económica como por la jurídica.

¹⁶³ COMISIÓN EUROPEA, *COM(2004) 841 de 29 de diciembre: Plan de acción para la aplicación del marco jurídico de la contratación pública electrónica*, cit., p. 9; COMISIÓN EUROPEA, *COM(1996) 583 final, de 27 de noviembre: Libro verde. La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro*, cit., p. 27; COMISIÓN EUROPEA, *COM(2003) 567, de 26 de septiembre: El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa*, cit., punto b); Considerando 52 de la Directiva 2014/24/UE; PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Circolare n. 1/2010: Uso della Posta elettronica certificata nelle amministrazioni pubbliche*; COSTANZO, P., “Internet (Diritto Pubblico) -voce-”, cit., p. 358; MATTARELLA, B. G., “Disciplina dei contratti pubblici e prevenzione della corruzione”, cit., p. 352. Destaca en este último la cita de BRANDEIS, L., «What publicity can do», *Harper’s Weekly*, 1913, por la que se señala que: “*sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman*”, esto es, “la luz del sol es conocida como el mejor de los desinfectantes; la luz eléctrica el policía más eficiente”; VAIANO, D., «Art. 29. Principi in materia di trasparenza», en GAROFOLI, R. y FERRARI, G. (coords.) *Codice dei contratti pubblici. Tomo I*, Neldiritto editore, Molfetta, 2017, pp. 585 y 586.

¹⁶⁴ PAJNO, A., “La nuova disciplina dei contratti pubblici. Tra esigenze di semplificazione rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione”, cit., p. 42.

¹⁶⁵ CORRADO, A., «La trasparenza negli appalti pubblici, tra obblighi di pubblicazione e pubblicità legale», *Federalismi.it: Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, vol. 1, 2018, p. 1.

forma directa frente a aquellos que, a su vez, constituyen sus propios patrocinadores finales: los ciudadanos¹⁶⁶.

3ª- Y, finalmente, encontramos las esperadas *ventajas informativas* en orden a corregir las ineficiencias ocasionadas por causas procedentes del lado de la demanda no intencionales¹⁶⁷ al favorecer el conocimiento por parte de los entes adjudicadores de las características y parámetros del mercado de la contratación pública al que se van a enfrentar.

Las fuertes expectativas de las anteriores ventajas con la implementación de las TIC devendrán, en buena medida, de características asociadas al funcionamiento de las mismas, tales como¹⁶⁸:

- La *desterritorialización*: consistente en la desconexión de las actividades desarrolladas en la red y en un espacio físico bien definido que es sustituido por el “espacio telemático”, que la doctrina ha venido a denominar como un “no lugar”¹⁶⁹.

- La *desestatalización*: en cuanto la actividad desarrollada en la red tiende a sobrepasar fácilmente y con naturalidad los confines de un solo Estado y, por ende, su marco normativo.

- La *desmaterialización*: en cuanto el empleo de las TIC produce una transformación del objeto regulatorio dejando de ser un elemento compuesto por átomos —elementos fundamentales de la materia— para convertirse en una secuencia de *bits*, constitutiva de bienes o de canales de interrelación o de transmisión de información entre dos o más sujetos. Elemento informatizado que viene a permitir una transmisión e intercambio que reduce exponencialmente las cargas, los costes y el tiempo de transmisión de elementos materiales ya fueran constitutivos de bienes o transmisores de información¹⁷⁰, así como una preconcebida mayor fiabilidad y exactitud operacional en cuanto a su comportamiento. Esta desmaterialización se hace plenamente patente en el

¹⁶⁶ Al respecto véase la relación entre transparencia y acercamiento de la ciudadanía a la Administración pública establecida en SPASIANO, M. R., «I principi di pubblicità. Trasparenza e imparzialità», en SANDULLI, M.A. (coord.) *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè Editore, Milano, 2017

¹⁶⁷ Todo este tipo de ventajas derivadas de la introducción de las TIC en los procedimientos de contratación pública ya fueron previstos en el *Piano d'azione per l'e-government, del 23 giugno 2000*, Roma.

¹⁶⁸ PASCUZZI, G., *Il diritto dell'era digitale*, cit., pp. 323 a 344.

¹⁶⁹ IRTI, N., *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2001.

¹⁷⁰ NEGROPONTE, N., *Essere digitali*, Sperling & Kupfer, Milano, 1995.

ámbito de la contratación pública, donde, como pasaremos a analizar en detalle en los siguientes capítulos se tiende hacia la desmaterialización de los documentos, firmas, canales de transmisión e incluso de los sujetos operantes, hasta el punto de que se trata de sustituir al órgano de contratación por un algoritmo informático a la hora de proceder a la evaluación de las ofertas, presuponiendo una actuación más precisa, exacta y libre de sesgos.

Características de las TIC a las que se unirá la posible implementación, a través de los canales abiertos por aquellas, de funcionalidades en buena medida inéditas en el seno de la administración analógica, tales como la *hipertextualidad*, consistente en la posibilidad de introducir vías de acceso directo y automáticas entre diversos documentos; la *hipermedialidad*, consistente en la posibilidad de mediar sistemas de hipertextualidad entre diversos medios o soportes de comunicación, por ejemplo entre un documento escrito y sistemas de reproducción de video y sonido; y la *interactividad*, consistente en la viabilidad del canal de comunicación que conecte a dos partes con el fin de permitir un diálogo bidireccional¹⁷¹. Funcionalidades que, como veremos, aportarán un amplio espectro de posibilidades a la hora de que estas nuevas tecnologías se descubran en el campo de la contratación pública como una verdadera innovación tecnológica.

Gracias a las referidas ventajas asociadas, apriorísticamente, a las TIC se han de conseguir importantes efectos, tales como:

- Incrementar el conocimiento del mercado en cuestión y en consecuencia del poder negociador del ente adjudicador.
- Disminuir la eficacia de los intentos de ocultar y/o justificar una situación de ineficiencia de la contratación pública en base a la estructura natural del mercado cuando sea provocada, en última instancia, con la anuencia del poder adjudicador.
- Favorecer la eliminación de sectores en los que se produzca una estructura de funcionamiento oligopolista o colusoria, incluso en aquellos en los que dicho funcionamiento se presente tradicionalmente como algo estructural e inevitable, gracias a los potentes efectos que las TIC pueden desplegar a la hora de favorecer la concurrencia competitiva de los operadores económicos, y que están permitiendo al

¹⁷¹ COSTANZO, P., “Internet (Diritto Pubblico) -voce-”, cit., pp. 349 y 350.

legislador europeo insistir en la conformación de un mercado de contratación pública único en toda la Unión¹⁷².

Todas estas ventajas, características y efectos, esperables de las TIC conducen a que uno de los principales objetivos perseguidos por el legislador en la implementación de aquellas sea, en última instancia, el de incrementar la eficacia del gasto público mediante la introducción de procedimientos más racionales, eficientes y transparentes¹⁷³, destacando en su prosecución el alcance de un hito que supone a la vez un factor habilitante y/o favorecedor del objetivo anterior, así como un logro con entidad propia: la posibilidad a partir de 2018 (evidentemente incumplida dadas las fechas en que nos encontramos y que esperamos se haga realidad a partir de 2020) de que las empresas de cualquier Estado miembro sean capaces de presentarse a licitaciones públicas por vía electrónica en cualquier lugar de la UE¹⁷⁴.

En nuestra opinión, serán las ventajas de concurrencia, en la medida que permitan paliar defectos estructurales de competencia por parte de los licitadores, así como las conductuales e informativas, las que otorguen en última instancia a la contratación electrónica su importancia esencial y constitutiva de un punto de inflexión en el desarrollo de la figura de la contratación pública, haciendo que trascienda más allá de la mera novedad funcional. Como señala PASCUZZI, el Derecho se servirá nuevamente de las soluciones ofrecidas por la ciencia a fin de encontrar instrumentos

¹⁷² Como viene a señalar el TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. SALA SEXTA, *Sentencia de 27 de noviembre de 2001, C-285/99 y C-286/99*: “La coordinación comunitaria de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos tiene principalmente por objeto proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer bienes o servicios a las entidades adjudicadoras establecidas en otro Estado miembro y, con dicho fin, excluir tanto el riesgo de que se dé preferencia a los licitadores nacionales en cualquier adjudicación de contratos como la posibilidad de que una entidad adjudicadora pública se guíe por consideraciones que no tengan carácter económico (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de octubre de 2000, University of Cambridge, C-380/98, Rec. p. I-8035, apartados 16 y 17, y de 1 de febrero de 2001, Comisión/Francia, C-237/99, Rec. p. I-939, apartados 41 y 42)”, resaltando como emana de la normativa europea y ha de respetarse el “principio de no discriminación por razón de la nacionalidad”.

¹⁷³ MARTÍN DELGADO, I., «La difusión e intercambio de información contractual a través de medios electrónicos. Publicidad, notificaciones y comunicaciones electrónicas», en GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (coords.) *Tratado de contratos del Sector Público. Tomo II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 1900.

¹⁷⁴ COMISIÓN EUROPEA, *COM (2016) 179 final, de 19 de abril: Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE 2016-2020. Acelerar la transformación digital de la Administración*.

que permitan la corrección de determinadas realidades jurídicas que no han podido ser solventadas sobre la base de los medios existentes previamente¹⁷⁵.

No obstante, las potencialidades de la administración electrónica en materia de contratación del sector público, requerirán para su plasmación real de la pericia y el buen hacer del legislador, lo que deberá coordinarse con las oportunidades que ofrecen las TIC, a fin de que la nueva era tecnológica nos permita superar deficiencias estructurales del comportamiento de los poderes adjudicadores y del mercado en el que pretenda realizar sus ofertas, no bastando para ello con un supuesto incremento de la publicidad en la red de las contrataciones o del derecho de acceso a la información pública¹⁷⁶, toda vez que, como indica DE NICTOLIS, en aras a la consecución de la transparencia, la accesibilidad *on line* es condición necesaria pero no suficiente ante la evidencia de que una ingente información, sin la necesaria organización, esquematización y sistematización, puede producir un “*rumore informatico*” con una capacidad informativa análoga a la del silencio¹⁷⁷ puesto que la estricta publicidad de la información no irá acompañada de una adecuada disponibilidad de la misma¹⁷⁸.

Así las cosas, pese a ser cierto que las TIC y la información facilitada por los poderes adjudicadores a través de ellas es una novedosa e importante fuente de información de la que puedan nutrirse los órganos de control¹⁷⁹, para poder hacer realidad sus potencialidades y conseguir los resultados que se esperan de estas nuevas publicaciones, no bastará con limitarnos a exigir la posibilidad de acceder información de procesos de contratación pública o configurar unas comunicaciones telemáticas que mantengan la misma regulación y estructura que las existentes en la Administración en

¹⁷⁵ PASCUZZI, G., *Il diritto dell'era digitale. Tecnologie informatiche e regole privatistiche*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 9.

¹⁷⁶ ESCRIBUELA MORALES, F. J., “La contratación del sector público y la corrupción”, cit., p. 2. Igualmente, véase la crítica del entendimiento de la transparencia como la mera apertura de datos en VALERO TORRIJOS, J., «Innovación tecnológica e innovación administrativa», en *Seminario Teoría y Método-STEM*, Universidad Castilla La Mancha, 2016, pp. 21 y 22. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *La contratación pública electrónica. Análisis y propuesta de transposición de las Directivas comunitarias de 2014*, cit., pp. 33 y 34.

¹⁷⁷ DE NICTOLIS, R., «Il codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà», en *L'Italia cha cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica amministrazione*, Giuffrè Editore, Milano, 2017, p. 84.

¹⁷⁸ TESSARO, T. Y PIOVESAN, S., *La riforma Madia del procedimento amministrativo. La legge 241/90 dopo la legge 124/2015*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2015, p. 127.

¹⁷⁹ CANCELO, Á., “Diez años de Contratación Pública Electrónica. Reflexiones y perspectivas de la puesta en práctica de la contratación electrónica desde Euskadi”, cit., pp. 8 y 9.

papel¹⁸⁰, sino que será necesario que la información —desmaterializada— fácilmente accesible por estos medios y los trámites habilitados electrónicamente estén adecuadamente diseñados en la normativa, se hagan por unos conductos pertinentes que garanticen un acceso asequible, seguro y fiable, cuenten con los medios de supervisión oportunos y, sobre todo, vayan acompañados de la *adaptación de sus figuras jurídicas tradicionales a la nueva realidad de las TIC*, debiendo procederse, en definitiva a una adaptación holística de la estructura organizativa de la Administración, así como de sus ámbitos materiales de actuación¹⁸¹.

En otro caso, la implementación de medios electrónicos no conllevará la introducción de innovación administrativa alguna al no suponer una mejora de funcionamiento respecto del sistema tradicional al que pretende sustituir¹⁸², extremo fundamental tenido en cuenta por la Comisión Europea al definir la Administración electrónica, no solo como la implementación del uso de nuevas tecnologías, sino también como el procedimiento combinado de dicho uso junto con la introducción de cambios organizativos y nuevas aptitudes en la Administración con el fin de adecuarla a aquellas¹⁸³.

Al mismo tiempo, deberán plantearse y superarse los propios y nuevos retos inherentes a la introducción de las TIC en los procedimientos de contratación pública, tales como la garantía de seguridad en las relaciones entre los operadores de este mercado, de forma análoga o superior a los niveles propios de la Administración en papel, y una configuración en la introducción de este tipo de herramientas que no suponga la introducción de barreras de entrada y obstáculos a la libre competencia derivados de las necesidades de nuevo equipamiento y aprendizaje tecnológico de sus

¹⁸⁰ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., “«Transparencia» vs «Transparencia» en la contratación pública”, cit., p. 3.

¹⁸¹ MARTÍN DELGADO, I., “La difusión e intercambio de información contractual a través de medios electrónicos. Publicidad, notificaciones y comunicaciones electrónicas”, cit., p. 1896. En el mismo sentido, CHOI, J. Y. Y KIM, H., «Electronic Government Procurement Reform», *Public Procurement Law Review*, vol. 3, 2013, p. 116.

¹⁸² En este sentido GALLEGO CÓRCOLES, I., “Contratación pública e innovación tecnológica”, cit., p. 2; GAMERO CASADO, E. Y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., “El Derecho Administrativo ante la «Era de la Información»”, cit., p. 35; VALERO TORRIJOS, J., “La transposición en España de la normativa europea sobre contratación pública electrónica: Una oportunidad para la innovación tecnológica”, cit., p. 38; o VALERO TORRIJOS, J., “Innovación tecnológica e innovación administrativa”, cit., p. 5.

¹⁸³ COMISIÓN EUROPEA, *COM (2003) 567 final. El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa*, p. 7. En igual sentido, véase el concepto de *transformación digital* contenido en COMISIÓN EUROPEA, *COM (2017) 572 final de 30 de octubre: Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa*, cit.

operadores, debiendo tenerse muy presente que, en caso contrario, esta nueva herramienta no solo perdería sus esperados efectos positivos, sino que además podría convertirse, ahora, en un factor negativo que llegara a imposibilitar el acceso a la contratación pública¹⁸⁴, que conduzca, consecuentemente, a una involución respecto de la contratación pública en papel.

Por último, cabe señalar que los referidos efectos positivos de concurrencia y conductuales e, incluso, las ventajas informativas producidas por la implantación de sistemas de contratación pública electrónica entroncan de forma directa con la figura del llamado *Open Government* o Gobierno Abierto, fundado sobre la idea de que el poder público debe ejercitarse de manera abierta y transparente, permitiendo la llamada democracia participativa sobre la base de tres grandes pilares¹⁸⁵:

+ La transparencia, de modo que se favorezca la fiscalización de la actuación de los poderes públicos por parte de los ciudadanos.

+ La participación, de modo que se permita la interacción de los poderes públicos con la ciudadanía y el sector privado en general a la hora de obtener ideas que permitan la mejora de su funcionamiento.

+ La colaboración de todos los niveles de gobierno entre ellos mismos y entre estos y los entes privados.

Dicha iniciativa ha sido puesta en valor a nivel internacional, trascendiendo sus orígenes estadounidenses, por medio de la iniciativa multilateral *Open Government Partnership* —OGP— en la que han participado hasta 65 países, entre ellos Italia desde 5 de septiembre de 2011, motivando, a nivel nacional, la aparición del plan de acción nacional de 2012 y, posteriormente, del plan de acción nacional de 2014, los cuales han contemplado el *e-government* como uno de los elementos protagonistas de su establecimiento¹⁸⁶.

Expuestos y analizados, bajo un punto de vista teórico-formal, los efectos esperados y los desafíos a los que se enfrenta la contratación electrónica, procede el análisis de los mismos en el proceso real de implantación de soluciones de e-

¹⁸⁴ En este sentido véase D'ELIA CIAMPI, I., «L'informatica e le banche dati», en CASSESE, S. (coord.) *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale. Vol. III*, Giuffrè Editore, Milano, 2003, p. 1627.

¹⁸⁵ COSTANTINO, F., «Open Government», en *Digesto discipline pubblicistiche. Aggiornamento 2015*, Utet giuridica, Milano.

¹⁸⁶ COMISIÓN EUROPEA, COM(2010) 245, de 19 de mayo: *Una agenda digital para Europa*, cit.

procurement en Italia desde sus albores hasta el momento actual, con la finalidad de contrastar la realidad o no de aquellos, así como el planteamiento de vías y reestructuraciones regulatorias que permitan la obtención de todas sus potencialidades.

CAPÍTULO II

LOS INSTRUMENTOS BÁSICOS DE E-GOVERNMENT PARA LA INSTAURACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA

En el capítulo anterior se ha completado una revisión del mercado de la contratación pública, con especial atención a los déficits estructurales y su posible corrección con la implementación de las TIC, etapa previa al inicio del estudio de los sistemas de *e-procurement* que resulta necesario para su comprensión y que, en particular, nos servirá para tener presente en todo momento la orientación que se desea dar a las TIC, generalmente tendente a la consecución de una serie de objetivos que permitan eliminar o, al menos, reducir, las deficiencias detectadas en los actuales sistemas de contratación, muchas de ellas consideradas insalvables hasta la fecha.

No obstante, no nos encontramos aún en situación de abordar directamente tales sistemas, siendo necesario que, igualmente, de forma previa, se proceda al análisis del marco, más amplio, en el que aquellos se insertan, cual es la implantación de sistemas generales de *e-government*. En efecto, la digitalización de los procedimientos de contratación pública se enmarca dentro de una serie de iniciativas tendentes a la digitalización de toda la Administración Pública¹⁸⁷, lo que necesariamente conducirá a que el análisis de la contratación pública electrónica entronque y parta necesariamente de la regulación de la Administración digital en su conjunto¹⁸⁸, fenómeno que ha experimentado una extensión fuertemente significativa tal y como se desprende del

¹⁸⁷ VILLA, D., «Digitalizzazione delle procedure e operatori economici», en CORRADINO, M. y DAMIANI, S.S. (coords.) *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, Giuffrè Editore, Varese, 2017, p. 169; TOCCI, M., «Tecniche e strumenti per gli appalti elettronici e aggregati (artt. 54-58)», en CORRADINO, M. Y DAMIANI, S.S. (coords.) *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, Giuffrè Editore, Varese, 2017, p. 210.

¹⁸⁸ MARTÍN DELGADO, I., “La difusión e intercambio de información contractual a través de medios electrónicos. Publicidad, notificaciones y comunicaciones electrónicas”, cit., pp. 1898 a 1900.

hecho de que su normativa general, el d.lgs. n. 82/2005, en su art. 5-bis, introducido por el art. 4, c. 2 del d.lgs. n. 235/2010, previó que desde el 25 de enero de 2011 las comunicaciones entre empresas y Administración Pública debieran llevarse a cabo preceptivamente mediante la utilización de medios telemáticos. Dinámica italiana que se inserta dentro del contexto europeo y global en los que se ha impulsado fuertemente la extensión de los sistemas de *e-government*¹⁸⁹, sobre la idea fundamental de la relación entre progreso tecnológico y productividad, que ha llevado a ligar de forma directamente proporcional el nivel de implementación de sistemas de gobierno electrónico y el desarrollo económico de los Estados por medio de dos vías: de un lado mediante el incremento de la eficiencia y la productividad en el desarrollo de los procedimientos internos de la Administración Pública, generando así ahorros que permitan reducir los costes de los procedimientos en cuestión; y de otro, mediante una optimización o mejora de los servicios administrativos prestados a los ciudadanos que permita incrementar la productividad del sector privado¹⁹⁰. Efectos esperados que en el caso de la Unión Europea han sido ligados a la adopción de medidas tendentes a combatir la situación de crisis económica¹⁹¹.

El fenómeno del *e-government* podríamos definirlo como la interacción digital entre administraciones y administrados, particularmente, en la dimensión de oferta de servicios *on line* a los ciudadanos y a las empresas¹⁹², orientado a la consecución de la reducción de los costes de funcionamiento, así como permitir el ahorro de tiempo a administraciones y administrados, esto es, a un funcionamiento más eficiente de los servicios administrativos puestos a disposición de los ciudadanos¹⁹³, uno de los cuales, de carácter esencial, sería precisamente la contratación pública¹⁹⁴.

¹⁸⁹ THE UNITED NATIONS, *E-government survey 2016: e-government in support of sustainable development*.

¹⁹⁰ CIOCCA, P. Y SATTÀ, F., «La dematerializzazione dei servizi della P.A.: un'introduzione economica e gli aspetti giuridici del problema», *Diritto Amministrativo*, vol. 2, 2008, p. 284. En el mismo sentido pero en relación a los conceptos de *back office* y *front office* véase COSTANTINO, F., «L'uso della telematica nella pubblica amministrazione», en ROMANO, A. (coord.) *L'azione amministrativa*, G. Giappichelli Editore, 2016, p. 246.

¹⁹¹ MADDALENA, M. L., «La digitalizzazione della vita dell'amministrazione e del processo», cit., p. 522.

¹⁹² ARPAIA, C. M.; FERRO, P.; GIUZIO, W.; IVALDI, G. Y MONACELLI, D., «L'e-government in Italia: situazione attuale, problemi e prospettive», *Questioni di Economia e Finanza. Banca d'Italia*, vol. 309, 2016, p. 5.

¹⁹³ COMISIÓN EUROPEA, *COM(2010) 245, de 19 de mayo: Una agenda digital para Europa*, cit.

¹⁹⁴ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «El uso de medios electrónicos en la contratación pública. La relación entre las Leyes 39 y 40 de 2015 y las Directivas 24 y 55 de 2014 de contratación pública y

Interacción que, a través de su evolución, prevé la consecución final de un estadio de *Digital Government* en el cual los usuarios-administrados, mediante el empleo de Internet, se constituirían en una parte activa del sector público, de modo que contribuyan a la conformación de los planes de acción públicos mediante la expresión de sus preferencias y de sus necesidades¹⁹⁵.

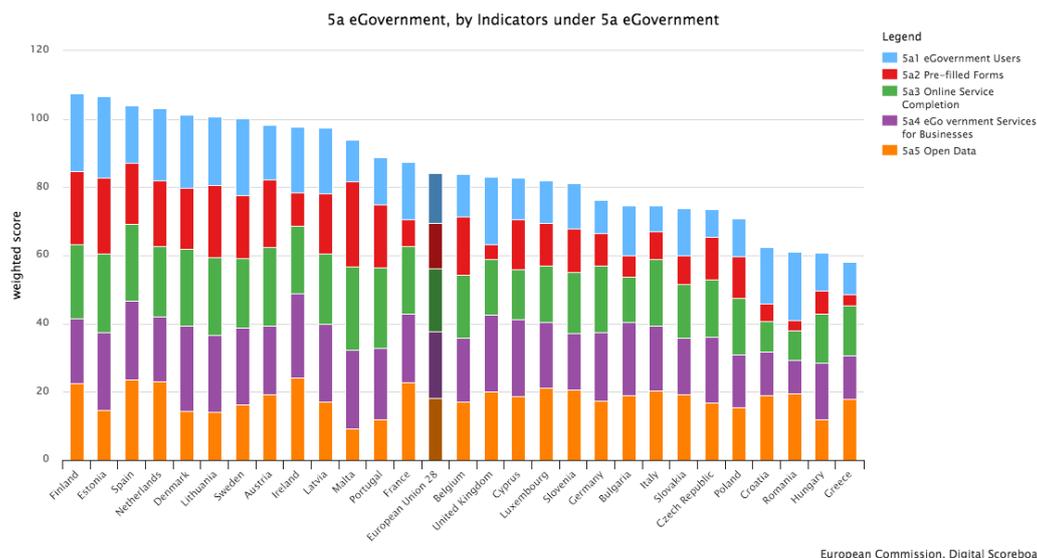
En el caso italiano, el proceso de implementación del *e-government* ha contado desde sus inicios con la esencial participación de la Consip, s.P.A., sociedad empresarial participada al 100% por el *Ministero dell'Economia e delle Finanze* y creada en el año 1997, en cuya acción encontramos tres líneas fundamentales de acción: i) la optimización de la organización y de los procesos de funcionamiento; ii) la mejora de la usabilidad de los sistemas y de la circulación interna y externa de la información; y iii) la racionalización y la coordinación del gasto en la compra de equipos informáticos y en la infraestructura tecnológica y de seguridad¹⁹⁶. Dicho proceso se ha regido por los fundamentos recogidos en el art. 12 del d.lgs. n. 82/2005 tanto para las relaciones *ad extra* como *ad intra* de las Administraciones Públicas, cuales son los principios de eficacia, eficiencia, economicidad, imparcialidad, transparencia, simplificación y participación, estableciendo que, en el respeto a la autonomía de cada administración, debe procurarse la uniformidad e interoperabilidad de las plataformas electrónicas de la Administración.

No obstante, como muestra el indicador de la Unión Europea, DESI, correspondiente al año 2018, aún queda un largo camino por recorrer en aras a su implementación real a pesar de los grandes pasos dados por la normativa del Ordenamiento Jurídico italiano que tendremos ocasión de analizar en detalle en los subsiguientes epígrafes. Así, el subindicador de este índice relativo al nivel de *e-government* en cada uno de los Estados miembros arrojaba los siguientes datos, en los que se puede ver una situación de Italia marcadamente por debajo de la media de la UE:

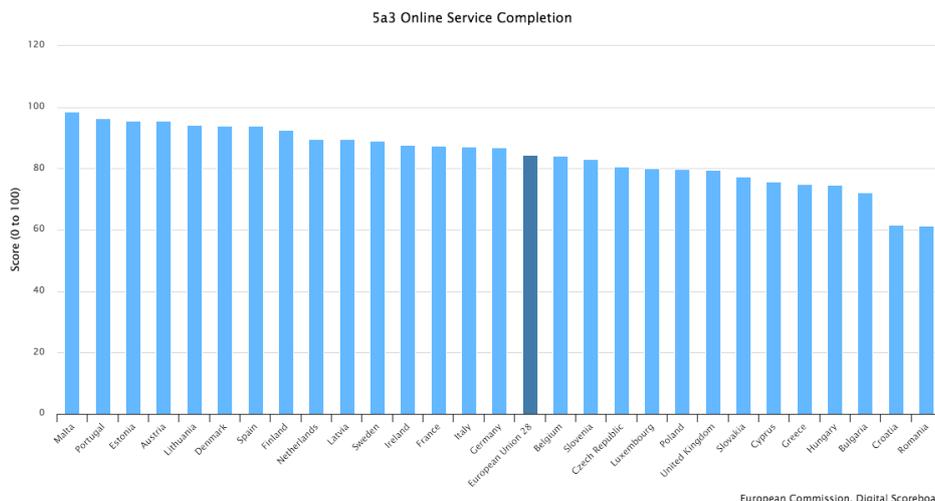
facturación electrónica. Propuestas para su transposición», en MARTÍN DELGADO, I. (coord.) *La reforma de la Administración electrónica: Una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, INAP, Madrid, 2017, p. 287.

¹⁹⁵ OCDE, *Digital government strategies for transforming public services in the welfare areas*, 2014.

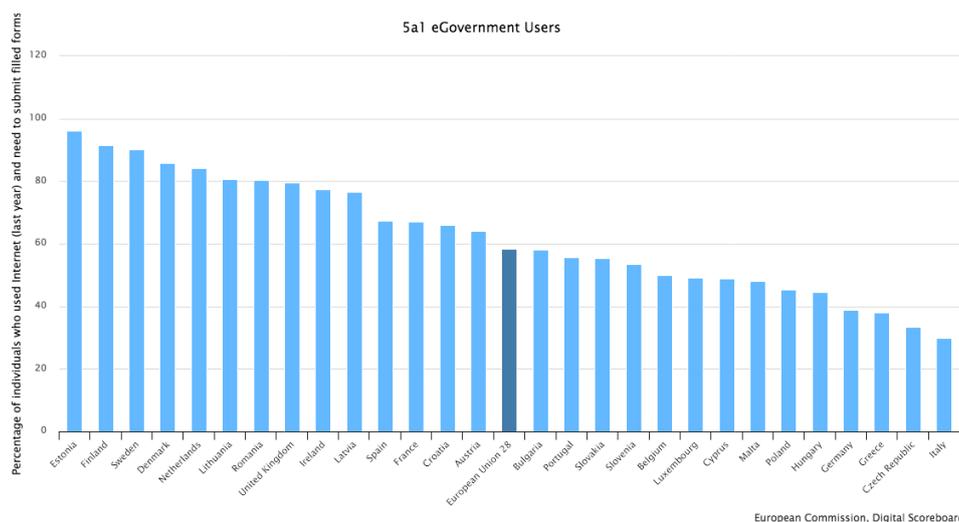
¹⁹⁶ BROGGI, D., *Consip: Il significato di un'esperienza. Teoria e pratica tra e-procurement ed e-government*, cit., p. 25; «CONSIP. CHI SIAMO», fecha de consulta 4 febrero 2018, en <http://www.consip.it/azienda/chi-siamo>.



Sin embargo, dentro de los referidos datos, merece la pena detenernos en el hecho de que estos ponen de manifiesto una buena o aceptable situación de Italia en relación al número de servicios administrativos a los que se puede tener acceso *on line*, donde Italia obtiene una puntuación de 87,3 sobre 100 —por encima de la media de la UE—:



Lo que contrasta con su impacto real entre los ciudadanos o usuarios de *e-government*, donde Italia ocupa el último puesto de la Unión Europea con un porcentaje de utilización de los servicios de e-government del 30 %:



Se corrobora a la vista de los datos expuestos la existencia de una significativa potenciación normativa de los canales de *e-government* en Italia, que, sin embargo, ha tenido hasta el momento una limitada repercusión fáctica.

A la vista de todo lo anterior, procede que nos detengamos en determinados aspectos de la normativa sobre Administración digital, tales como la interoperabilidad de los sistemas electrónicos de las distintas administraciones, nuevo reto que deberá afrontar el legislador derivado de la introducción de las TIC; la forma en que dichos sistemas han sido implementados en todo el territorio italiano que podríamos determinar, al menos, como al borde de las competencias constitucionalmente atribuidas al legislador nacional; y las principales herramientas tecnológicas generales que jugarán un papel esencial en el concreto funcionamiento de la contratación electrónica como son: el documento electrónico y sus canales de transmisión, la firma electrónica y la implementación de declaraciones responsables electrónicas. Todo ello con un doble objetivo: la presentación y conceptualización del contexto y de los instrumentos generales del *e-government*, indispensables para la comprensión del funcionamiento de la contratación pública electrónica, así como el análisis de la evolución de esta normativa sectorial a la hora de adoptar sucesivas medidas que permitan superar a los ciudadanos la brecha y barreras digitales a fin de avanzar hacia un panorama dirigido, no solo a la mayor *patencia fáctica* de las herramientas de administración electrónica, sino a la previsión de éstas como el cauce preceptivo de interrelación entre Administración y administrado.

1. LA INTEROPERABILIDAD

La implementación de sistemas de *e-government* en el seno de un Ordenamiento Jurídico descentralizado como el italiano, requieren, *a priori*, de la iniciativa y dirección de cada uno de los distintos niveles de Gobierno existentes dentro de sus correspondientes ámbitos competenciales, los cuales estarán presididos por los principios de autonomía funcional y organizativa.

Ello viene a constituir un primer gran reto del gobierno electrónico en Italia: *la interoperabilidad de los distintos sistemas de gobierno electrónico*, en defecto de la cual se produciría un fuerte riesgo de descoordinación en el funcionamiento de los sistemas electrónicos generando excesivas cargas a los administrados consistentes en que tuvieran que acceder a un equipo tecnológico y el conocimiento de un empleo distintos en función del nivel de la Administración con el que se relacionaran, poniendo en riesgo su viabilidad y éxito, de forma que pudiera devenir más onerosa la utilización de los sistemas de la administración digital que los de la analógica hasta el punto de establecer potencialmente barreras de acceso insalvables en la relación con las Administraciones Públicas. Ello implica que la interoperabilidad, más allá de un requisito tecnológico o una regla técnica, se ha de establecer como un presupuesto jurídicamente relevante ligado a la cooperación administrativa en sede del procedimiento¹⁹⁷.

A este respecto, el art. 3.f) de la Decisión 2004/387/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a la prestación interoperable de servicios paneuropeos de administración electrónica al sector público, las empresas y los ciudadanos, ya definía la interoperabilidad como:

La capacidad de los sistemas de tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), y de los procesos empresariales a los que apoyan, de intercambiar datos y posibilitar la puesta en común de información y conocimientos.

Concepto actualizado por el propio legislador europeo en el artículo 2.1) de la Decisión 2015/2240 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 en el que la define como:

¹⁹⁷ CARDARELLI, F., “Art. 3 bis. Uso della telematica”, cit., pp. 515 y 516.

La capacidad de que organizaciones diversas y dispares interactúen con vistas a alcanzar objetivos comunes que sean mutuamente beneficiosos y hayan sido acordados conjuntamente, recurriendo a la puesta en común de información y conocimientos entre las organizaciones, a través de los procesos empresariales a los que apoyan, mediante el intercambio de datos entre sus respectivos sistemas TIC.

Por su parte, la doctrina ha venido a definirla como¹⁹⁸:

La capacidad de dos o más sistemas de conectarse entre ellos y de dialogar de manera automática, intercambiando información y compartiendo los recursos.

A lo que se une la definición legal contenida en el art. 1, lett. d) del d.lgs. n. 82/2005 expresada en los siguientes términos:

<i>Caratteristica di un sistema informativo, le cui interfacce sono pubbliche e aperte, di interagire in maniera automatica con altri sistema informativi per lo scambio di informazioni e l'erogazione di servizi.</i>	<i>Característica de un sistema de información, cuya interfaz es pública y abierta, capaz de interactuar automáticamente con otros sistemas de información para el intercambio de información y la prestación de servicios.</i>
---	---

Si bien, a la hora de describir esta realidad es importante que se tenga en cuenta el carácter complejo o “poliédrico” de la interoperabilidad¹⁹⁹, debiendo distinguir dentro de este concepto central las figuras de:

- *Interoperabilidad técnica*: por la que se refiere a la instalación y configuración de protocolos, mecanismos y sistemas informáticos de transferencia en las diferentes Administraciones Públicas que permitan el envío de información mediante el uso de las TIC entre todas ellas —efectos *ad intra*—, así como que los

¹⁹⁸ ARPAIA, C. M. Y OTROS, “L’e-government in Italia: situazione attuale, problemi e prospettive”, cit., p. 27.

¹⁹⁹ A la hora de exponer los diferentes tipo de interoperabilidad, seguimos lo expuesto por BERNADÍ GIL, X., «La cooperación interadministrativa y la interoperabilidad», en *Informe sobre la administración local*, Fundación Carles Pi i Sunyer, Barcelona, 2009 pp. 312 y 313; y CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «Cooperación entre Administraciones Públicas para el impulso de la Administración Electrónica», en *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, 3ª, Thompson Reuters, Cizur Menor, 2010 p. 499.

ciudadanos puedan conectar con éstas en base a unas mismas herramientas tecnológicas e incluso a través de unos mismos puntos de acceso —efectos *ad extra*—. En definitiva, se trata de la posibilidad material de acceder a las comunicaciones y canales de interrelación establecidos por una Administración, ya sea por los licitadores o por otras Administraciones Públicas.

- *Interoperabilidad semántica y lingüística*: consistente en la utilización de un *lenguaje informático* que sea reconocido por todas las aplicaciones interconectadas, es decir, el establecimiento de consensos dirigidos a que, una vez habilitada la interconexión de los sistemas básicos empleados por diferentes administraciones, las comunicaciones puedan ser descifradas fácilmente por el sistema receptor. En palabras más llanas, aun a riesgo de una excesiva simplificación, podríamos resumirlo en el abandono de formatos cerrados a la hora de mostrar la información —p. ej. la extensión .pdf— en pos de formatos abiertos —p. ej. la extensión .xml—.

Esta definición principal de interoperabilidad semántica nos conduce a su concepción *ad intra*, esto es, como un requisito técnico necesario para el buen funcionamiento de las aplicaciones interconectadas, al permitir la lectura de los correspondientes datos y archivos intercambiados. Si bien, en el presente trabajo y con la vista puesta en el ámbito de la contratación pública, no podemos sino destacar la relevancia *ad extra* de este tipo de interoperabilidad, también conocida como interoperabilidad lingüística²⁰⁰.

En tal sentido, debemos destacar la interoperabilidad semántica *ad extra* o lingüística como el establecimiento de una terminología o código estándar de utilización y comprensión común entre todos los administrados, con independencia de la Administración o poder adjudicador al que se dirijan. Variante ésta que cobrará especial relevancia en la contratación del sector público por cuanto las políticas europeas aúnan los objetivos consistentes, por un lado, en posibilitar la concurrencia competitiva de operadores económicos de todos los Estados miembros de la Unión Europea y, por otro, incrementar la participación e integración en estos procedimientos de las Pymes, pequeñas organizaciones donde la necesidad de acceder a la utilización del idioma —distinto al suyo— del poder adjudicador o incluso a los idiomas más extendidos de la Unión, como el inglés o el francés, puede suponer una barrera y un desincentivo

²⁰⁰ BERNADÍ GIL, X., “La cooperación interadministrativa y la interoperabilidad”, cit. p. 313.

notable²⁰¹, constituyendo una amenaza para la creación de un mercado europeo único de contratación del sector público que permita el acceso a todo tipo de potencial licitador interesado.

La importancia de avanzar en el aseguramiento de la interoperabilidad lingüística se pone de manifiesto al contemplar datos estadísticos como los obrantes en las tablas II.1.1 y II.1.2, en los que se evidencia que, mientras los directores de las empresas de países nórdicos y los de reducida dimensión manejan, en su práctica totalidad, otros idiomas, en casos como los de Francia, España, Hungría o Irlanda, el conocimiento de una lengua extranjera es inferior al 30 % (Tabla II.1.1). Diferencias que se acentúan si tenemos en cuenta el conocimiento de lenguas extranjeras en los diferentes Estados miembros por parte del personal administrativo auxiliar y trabajadores del sector servicios y personal de ventas, segmento de población dentro del cual puede estar integrado personal de alta dirección de las Pymes (Tabla II.1.2).

Tabla II.1.1

Managers, professionals, technicians and associate professionals without foreign languages (%)	
Country / Year	2016
Lithuania	1,7
Latvia	1,9
Cyprus	2,6
Luxembourg	2,7
Finland	2,9
Denmark	3,2*
Malta	3,6
Estonia	3,8**
Slovakia	4,1
Austria	4,2
Czech Republic	5,1
Netherlands	5,9
Croatia	6,4
Slovenia	6,4
Sweden	6,6**
Greece	7,6
Portugal	8,1
Belgium	8,9
Poland	9,7
Euro area (19 countries)	10,1
European Union (28 countries)	10,2
Germany	10,5
Italy	17,2
Bulgaria	18,2
Romania	19,2
France	23,7**
Spain	26,4
Hungary	32,2
Ireland	49,4**
United Kingdom	58,7

* Últimos datos correspondientes a 2007
 ** Últimos datos correspondientes a 2011
 Source: Eurostat

Tabla II.1.2

Clerical support workers, service and sales workers without foreign languages (%)	
Country/Year	2016
Latvia	3,1
Luxembourg	3,6
Cyprus	4,8
Denmark	5*
Finland	6,9
Sweden	6,9*
Slovakia	9,2
Estonia	9,7*
Austria	10,5
Netherlands	14,5
Slovenia	15,0
Croatia	16,1
Czech Republic	16,7
Belgium	18,4
Euro area **	20,1
Greece	21,5
Portugal	22,9
Italy	23,3
Germany	24,0
European Union **	24,6
Poland	26,5
France	39,2*
Spain	42,0
Bulgaria	48,1
Hungary	54,1
Romania	56,1
United Kingdom	68,0
Ireland	73,9*
Lithuania	n/d
Malta	n/d

* Últimos datos correspondientes a 2011
 ** Medias relativas al conjunto de países de los que se tienen datos
 Source: Eurostat

- *Interoperabilidad organizativa*: se trata de la faceta de la interoperabilidad referida a la consecución de una “coordinación y alineación” del funcionamiento de las Administraciones Públicas electrónicas interconectadas, por la que se pretende que las

²⁰¹ Como establece la COMISIÓN EUROPEA, COM(2010) 744 final de 16 de diciembre: *Hacia la interoperabilidad de los servicios públicos europeos* p. 4, el multilingüismo existente dentro de la Unión Europea puede dar lugar al establecimiento de barreras que han de ser superadas.

configuraciones internas independientes que puedan tener las administraciones, así como sus diferentes modos de proceder, no supongan óbice al intercambio de información existente entre ellas o provoquen que este devenga inútil. Esta vertiente de la interoperabilidad se centra en que, una vez accesible la comunicación y siendo posible su lectura técnica y lingüística, sea útil, surta efectos, y la información a comunicar por operadores económicos y poderes adjudicadores sea comprensible para sus interlocutores —seres humanos— en términos de documentación y requisitos burocráticos. Ello presenta una gran relevancia en materias como la contratación pública, donde lo que en última instancia se busca es que el administrado perciba una imagen de homogeneidad y de cierta unidad funcional de todos los operadores económicos, de forma que el empresario interesado en intervenir en un procedimiento de licitación electrónico, con las herramientas informáticas, documentación necesaria y el modo de proceder que emplee —y en los que invierta— para poder contratar con un poder adjudicador, lo pueda aplicar posteriormente con todos los demás.

- *Interoperabilidad jurídica*²⁰²: consiste en la armonización de la previsión normativa que rija el funcionamiento de las Administraciones interconectadas de forma que se le otorgue plena validez jurídica a la información compartida y procedente de otros Estados miembros. Este tipo de interoperabilidad presenta una intrínseca relación con la interoperabilidad organizativa, si bien, ahora se centra la atención de la eficacia de la interoperabilidad en la necesidad de que los requisitos legales o reglamentarios establecidos para el desarrollo del procedimiento administrativo interconectado sean homogéneos y compatibles en todas las Administraciones Públicas afectadas, garantizando la “validez legal” de la información interconectada, además de su comprensión y asimilación burocrática.

Ante este fenómeno de la interoperabilidad, que viene a desvelarse como un reto propio de la Administración electrónica a la hora de hacer posible su funcionalidad y operatividad, desconocida en el seno de la administración plenamente analógica, el art. 14 del d.Lgs. n. 82/2005 estableció, sobre la base del art. 117, c. 2, lett. r) de la *Costituzione*²⁰³ que sería el Estado el encargado de coordinar²⁰⁴ los sistemas de e-

²⁰² Aunque los autores de referencia no hacen mención a este tipo de interoperabilidad, este concepto ha sido introducido por la Comisión Europea. Véase *Ibid.* p. 4.

²⁰³ El referido art. de la *Costituzione* reserva al Estado la competencia exclusiva sobre “*pesi, misure e determinazione del tempo; coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale; opere dell'ingegno*”, esto es, “pesos, medidas y

government de todas las administraciones públicas, dictando las normas técnicas necesarias en aras a garantizar los niveles mínimos de seguridad e interoperabilidad de los mismos, así como de los flujos de información, señalando como elemento esencial para la adopción de acuerdos y dirección de la coordinación a la *Conferenza unificata Stato Regioni*. Al respecto, se ha de destacar la inclusión por el d.lgs. n. 159/2006 del c. 3-bis del art. 14 del d.lgs. n. 82/2005 en el que se preveía que en el seno de la *Conferenza unificata* se estableciera una comisión permanente para la innovación tecnológica en las regiones y en los entes locales con funciones consultivas. Iniciativa que, finalmente, dio paso a la introducción de un nuevo instrumento coordinador a través de la modificación del art. 14, c. 2 del d.lgs. n. 82/2005 llevada a cabo por el d.lgs. n. 179/2016 donde se establece como organismo encargado de dicha tarea a la “Agencia por la Italia Digital” —AgID—, pasando a ser este organismo autónomo de ámbito nacional²⁰⁵ el encargado de indicar las características mínimas de seguridad, interconexión y funcionalidades de todo instrumento de gobierno electrónico implantado en Italia, siéndole confiada la potestad de proceder a la coordinación informática de la administración estatal, regional y local, así como la de favorecer la adopción de infraestructuras y tecnologías comunes que permitan la interoperabilidad técnica.

Se comienza a apreciar, pues, cómo la consecución de la interoperabilidad en cada una de sus facetas podrá basarse principalmente en dos procedimientos alternativos: la *coordinación* y la *cooperación*²⁰⁶, sin perjuicio de posibles soluciones eclécticas.

determinación del tiempo; coordinación de la información estadística e informática de los datos de la administración estatal, regional y local; propiedad intelectual”.

²⁰⁴ Tal concepto de coordinación ha sido precisado por la CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza n. 17/2004, 16 gennaio*, como un elemento tendente a la garantía de “una comunicanza di linguaggi, procedure e standard omogenei, in modo da permettere la comunicabilità tra i sistema informatici della pubblica amministrazione”, esto es, “una interconexión de lenguajes, procedimientos y estándares homogéneos, para permitir la comunicación entre los sistemas de información de la administración pública”.

²⁰⁵ Organismo instituido en virtud del d.L. n. 83/2012 convertido en la Legge n. 134/2012 con la finalidad de contribuir a la consecución de los objetivos de la agenda digital italiana mediante el impulso de la difusión de la utilización de las TIC favoreciendo así la innovación y el crecimiento económico.

²⁰⁶ Con más detalle y a efectos de diferenciar los de interoperabilidad, coordinación y cooperación véase MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «Cooperación y coordinación entre administraciones públicas para el impulso de la administración electrónica. La interoperabilidad», en *Administración electrónica y ciudadanos*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2011 p. 672 y ss. En mayor profundidad sobre la utilización de la cooperación como método de introducción de soluciones de

Por un lado, la coordinación se establece como una relación interadministrativa en la que una de las Administraciones Públicas implicadas ejerce “un poder de dirección” y, por ende, de decisión, sobre la actuación de las demás, a fin de reconducir a la unidad y, en cierta medida, a la homogenización, la actuación de todas ellas²⁰⁷. Así, el coordinador será el responsable de seleccionar los medios y sistemas de interoperabilidad que deberán adoptar todos los demás agentes implicados, pudiendo exigir incluso el uso de las mismas plataformas por todos ellos para el envío y recepción de comunicaciones electrónicas, siendo para ello necesaria la preexistencia de un precepto normativo por el que se habilite la competencia de una de las Administraciones Públicas para actuar como coordinador. Dicho de otro modo, la figura del coordinador viene a determinar las concretas soluciones tecnológicas a través de las cuales se producirá la implementación de las TIC para la consecución de una Administración digital —interoperable—.

Por su parte, la cooperación viene a establecerse como una actuación conjunta y voluntaria, acordada en posición de igualdad entre diferentes Administraciones Públicas a fin de conseguir la antedicha unidad de actuación. De esta manera, la interoperabilidad establecida *ex* cooperación consistirá en el establecimiento de soluciones de interoperabilidad escogidas de mutuo acuerdo por los agentes implicados²⁰⁸. Existe controversia a la hora de determinar si en la esencia del concepto de cooperación se encuentra la voluntariedad, es decir, si para el éxito de un procedimiento de cooperación es imprescindible la obtención de un consenso que articule el convenio o instrumento de colaboración que proceda sin que ninguna de las Administraciones Públicas intervinientes pueda imponer a sus interlocutores sus soluciones. De un lado, ha sido tradicional la afirmación de dicho rasgo²⁰⁹, aunque no podemos obviar la existencia de tesis que mantienen una postura contraria, sosteniendo la posibilidad de que el

interoperabilidad véase CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “Cooperación entre Administraciones Públicas para el impulso de la Administración Electrónica”, cit. p. 495 y ss.

Tal dicotomía de términos según nomenclatura del Ordenamiento Jurídico es hasta cierto punto análoga a la contraposición de los términos de *coordinamento*, el cual correspondería a la idea española de cooperación en cuanto a su nivel de incidencia, y de *indirizzo* que correspondería con la idea española de coordinación. Sobre estos términos, véase MARONGIU, D., «La funzione di coordinamento informatico. Autonomia delle Regioni e poteri del Ministro per l’innovazione e le tecnologie», *Il Diritto dell’informazione e dell’informatica*, vol. 1, 2005, pp. 111 y 112.

²⁰⁷ A este respecto véase TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Sentencia n. 32/1983, de 28 de abril*.

²⁰⁸ Véase al respecto TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Sentencia n. 214/1989, de 21 de diciembre*.

²⁰⁹ CABALLERÍA RIVERA, M. T., «La cooperación interadministrativa en la LBRL», *Revista de estudios de la Administración local y autonómica*, vol. 257, 1993 pp. 45 a 49. Véase igualmente STC 214/1989 de 21 de diciembre donde la cooperación se designa como “coordinación voluntaria”.

legislador elimine la nota de voluntariedad de un procedimiento de coordinación²¹⁰ al forzar a los agentes implicados a que lleguen a un acuerdo. Tesis estas últimas que no podemos compartir puesto que las observaciones hechas por las mismas parecen hacer referencia, más bien, al principio general de lealtad y solidaridad entre Administraciones Públicas y no a la posibilidad real de que, en base a las previsiones legislativas, sea posible la imposición forzosa de concretas técnicas de cooperación, dados los siguientes extremos:

- En caso de que se establezca legalmente la obligación de cooperar sin mayor indicación, para que dicha obligación se materialice deberá ser posible que, en caso de incumplimiento, éste fuera dirimible en sede judicial siendo los Tribunales quienes impusieran los términos del consenso legislativo-político al que deberían haber llegado las Administraciones Públicas implicadas, lo que excedería manifiestamente de sus competencias²¹¹. Además, optar por una solución judicial consistente en medidas de apremio dirigidas contra las Administraciones Públicas implicadas tendría la dificultad de determinar cuál de ellas es la incumplidora, lo que se antoja a todas luces imposible, a excepción de casos extremos, conllevando la necesidad de que fueran dirigidas contra todas ellas; a lo que se unirían en última instancia las dificultades de ejecutar estas medidas dada la inembargabilidad de los bienes de las Administraciones Públicas.

- Si la previsión legislativa del deber de cooperación va seguida de “sanciones” en caso de que no se cumpla, tales como la nulidad del acto administrativo que no atienda al contenido sobre el que ha de versar la obligación de cooperación o la imposición subsidiaria de soluciones de interoperabilidad predispuestas por el mismo legislador o sujeto que él designe, no estaremos propiamente ante una medida de colaboración, sino ante medidas de coordinación en las que se habilita como coordinador el propio legislador o bien a un sujeto designado por éste en defecto de efectiva colaboración.

Sea como fuere, contraponiendo la regulación italiana de *e-government*, el concepto de interoperabilidad y los dos grandes canales para su establecimiento, hemos de concluir que en Italia, tras una primera fase en la que se estableció la cooperación

²¹⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M., «La coordinación administrativa como concepto jurídico», *Revista de documentación administrativa*, vol. 230-231, 1992 pp. 24 y 25.

²¹¹ Estaríamos ante una figura similar a la completitud de la voluntad del particular por el juez previsto en determinados casos de Derecho privado que en un caso de Derecho público como el tratado supondría trastocar el principio de división de poderes.

como eje central de la extensión interoperable del uso de las TIC en la Administración Pública, siendo articulada a través de la *Conferenza unificata*, finalmente se ha optado por un sistema claramente de coordinación fundamentado sobre un organismo independiente central como la AgID, eminentemente orientado a la consecución de la interoperabilidad técnica a nivel nacional y que estaría sancionado expresamente por el reparto competencial existente en la *Costituzione*, en concreto en su art. 117, c.1, lett. r). De este modo, se podría llegar a concluir, en primer término, que, dentro de la autonomía de cada Administración territorial, ésta decidirá el establecimiento o no de sistemas de gobierno electrónico, debiendo adaptarse a los parámetros establecidos por la AgID en el caso de que así lo haga. Conclusión de partida derivada del presente epígrafe que pasamos a contrastar en el siguiente.

2. DE LA INTEROPERABILIDAD COORDINADA A LA IMPLEMENTACIÓN COORDINADA DE LAS TIC EN TODOS LOS NIVELES DE LA ADMINISTRACIÓN Y SUS DUDAS CONSTITUCIONALES

La versión original del art. 7 del d.lgs. n. 82/2005 encargaba, con carácter general, el desarrollo del empleo de las TIC a cargo de las *amministrazioni centrali*, debiendo ponerlas a disposición de los administrados a fin de instituir las como cauce de comunicación con aquellos, así como analizar la calidad de los servicios prestados a través de las mismas. Sin embargo, tal limitación del código de la Administración digital a favor de la Administración central, a la hora de establecer una necesaria apertura de una alternativa digital en la relación administrado-administración, fue expandiéndose progresivamente a otros ámbitos. Así, el referido art. 7 del d.lgs. n. 82/2005 fue modificado en virtud del d.lgs. n. 235/2010, siendo eliminada aquella limitación expresa del alcance del mencionado precepto a favor de las Administraciones Públicas centrales, iniciándose así una reorientación legislativa que daría lugar, finalmente, a una nueva modificación del precepto por parte del d.lgs. n. 179/2016, a través de la cual sus previsiones se han hecho expresamente extensibles a todas las Administraciones Públicas confirmándose, a su vez, la necesaria observancia de los estándares y niveles mínimos de calidad en términos de usabilidad, accesibilidad y oportunidad establecidos por la AgID en la implementación de las TIC. Es más, esta última modificación del art. 7 del d.lgs. n. 82/2005, introdujo, por primera vez, una consecuencia directa para el caso

de su incumplimiento, consistente en la posibilidad de incoar un procedimiento judicial contra la Administración en cuestión por tal causa. Mayor rigurosidad de esta reforma del año 2016 del d.lgs. n. 82/2005 con la que se pretendía eliminar la ineficiencia y lentitud del procedimiento de la actuación de la Administración Pública y de los administrados derivada de la escasa preceptividad de la normativa sectorial²¹².

De este modo, a la progresiva coordinación central del proceso de implantación de soluciones de interoperabilidad de las herramientas de *e-government* se une, también, un progresivo aumento de las Administraciones Públicas incluidas dentro del ámbito subjetivo de la normativa estatal sobre Administración electrónica, lo que vendrá a quebrar la conclusión inicial, a la que llegábamos en el epígrafe anterior, consistente en la posibilidad de que las administraciones no estatales pudieran decidir o no, en el ámbito de su autonomía, la implementación o no de sistemas electrónicos, quedando vinculados por las disposiciones centrales de coordinación en materia de interoperabilidad, solo en el caso de que optaran por dicha introducción.

Proceso de expansión de las previsiones del d.lgs. n. 82/2005 a otras administraciones territoriales al que se unirá, al mismo tiempo, una mayor intensidad de las mismas en relación a determinados grupos de administrados, respecto de los que los medios electrónicos han dejado de constituir una vía adicional de relación con los poderes públicos para constituirse en la única vía de comunicación admitida legalmente, confirmando y aumentando, aún más si cabe, el deber de todas las administraciones territoriales de garantizar el acceso a sus servicios a través de medios electrónicos. Así las cosas, el d.lgs. n. 217/2017 ha procedido a la modificación del art. 7 del d.lgs. n. 82/2005 para la introducción de la obligación expresa de que los medios electrónicos establecidos para relacionarse con las Administraciones Públicas puedan ser empleados a través de dispositivos móviles y *software* de acceso facilitados por parte de aquellas, así como a través del punto de acceso del art. 64-bis, a lo que se une la previsión del art. 8-bis del d.lgs. n. 82/2005 introducido por el d.lgs. n. 179/2016 por el que se prevé la necesidad de las Administraciones Públicas de favorecer la disponibilidad en sus sedes de puntos físicos de red al servicio de los ciudadanos. Paralelamente, el art. 8, c.1 del d.lgs. n. 82/2005, introducido por el d.lgs. n. 179/2016, sobre *alfabetización informática de los ciudadanos* venía a establecer que:

²¹² COSTANTINO, F., “L’uso della telematica nella pubblica amministrazione”, cit., p. 245; MADDALENA, M. L., “La digitalizzazione della vita dell’amministrazione e del processo”, cit., p. 549.

Lo Stato e i soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, promuovono iniziative volte a favorire la diffusione della cultura digitale tra i cittadini con particolare riguardo ai minori e alle categorie a rischio di esclusione, anche al fine di favorire lo sviluppo di competenze di informatica giuridica e l'utilizzo dei servizi digitali delle pubbliche amministrazioni con azioni specifiche e concrete, avvalendosi di un insieme di mezzi diversi fra i quali il servizio radiotelevisivo.

El Estado y los sujetos a los que se refiere el artículo 2, epígrafe 2, han de promover iniciativas encaminadas a fomentar la difusión de la cultura digital entre los ciudadanos, con especial atención a los menores y las categorías en riesgo de exclusión. También para favorecer el desarrollo de habilidades en informática jurídica y el uso de servicios digitales de las administraciones públicas con acciones específicas y concretas, haciendo uso de un conjunto de diferentes medios, entre los que se encuentran el servicio de radio y televisión.

En relación a tal incremento en la preceptividad de empleo de medios electrónicos por parte de los ciudadanos en su relación con la Administración, puede apreciarse cómo el art. 3 del d.lgs. n. 82/2015, en su redacción inicial, se limitaba a añadir el derecho de los ciudadanos y de las empresas a solicitar y obtener el uso de medios telemáticos en sus comunicaciones con la Administración Pública central así como con los gestores de servicios públicos estatales. Derecho modificado, por primera vez, en virtud del d.lgs. n. 159/2006, haciéndose extensivo a todas las administraciones públicas, incluidas las periféricas, regionales y locales dentro de los límites que les permitieran sus recursos tecnológicos y organizativos en el respeto a su autonomía. Extensión del ámbito de aplicación de dicho derecho que fue incrementado nuevamente *ex* modificación de tal precepto por el d.lgs. n. 235/2010 por el que se preveía su aplicación a las administraciones y entes contemplados en su art. 2, que remitía a su vez al art. 1, c. 2, del d.lgs. n. 165/2001, es decir, procediendo, en definitiva, a su extensión a todas las Administraciones Públicas, al tiempo que se eliminaba el inciso final anterior por la que se limitaba el ejercicio de tal derecho en función de los recursos disponibles. A su vez, el d.lgs. n. 179/2016 añadió a la anterior extensión subjetiva del derecho una extensión objetiva del mismo en la que se establecía expresamente que, en la gestión de los procedimientos administrativos, los sujetos anteriores debían permitir mediante la utilización de instrumentos informáticos la posibilidad de los interesados de acceder a la

información del procedimiento, al conocimiento del estado de progreso del mismo, así como el organismo y funcionario responsables de aquel, para lo cual tendrían el derecho, a su vez, a la atribución de una identidad digital que permitiera el anterior acceso, así como el derecho a emplear la misma para identificarse ante las Administraciones Públicas en las relaciones telemáticas con aquellas, y a recibir las comunicaciones en su “domicilio digital”. Extensión objetiva posteriormente derogada por el d.lgs. n. 217/2017.

Por todo lo anterior, el gobierno electrónico se constituye como una realidad innegable y en expansión, la cual, tras diez años de vigor de su norma básica se ha establecido como la única forma posible de interrelación con la Administración para algunos administrados, impulsada fuertemente desde la legislación nacional en todos los niveles de gobierno, de modo que no solo se ha “impuesto” una forma o modalidad de acceso al gobierno electrónico, sino la necesidad de su implementación con tales parámetros, en lo que podría considerarse como un desarrollo de las previsiones programáticas del art. 3-bis de la Legge n. 241/1990²¹³.

Impulso en lo referente a su extensión y exigencia en los ámbitos local y regional que se sitúa en el borde que delimita las competencias estatales y las competencias de autoorganización de los niveles subcentrales, toda vez que en este aspecto, al contrario que en lo relativo a la instauración de un sistema de interoperabilidad coordinado desde instancias centrales, podría llegar a detectarse, en primera instancia, una ausencia del suficiente respaldo constitucional en materia de competencia, dado el tenor del art. 117, c. 2, lett. g) por el que se limita la competencia del Estado en materia de organización a los entes estatales y nacionales, desprendiéndose consiguientemente una competencia plena de las regiones en materia de organización regional y local por aplicación de la cláusula residual del art. 117, c. 4 de la *Costituzione*²¹⁴.

En efecto, queda de manifiesto cómo se ha pasado de un sistema de previsión estatal de instauración y nacional de interoperabilidad a otro nacional en ambos

²¹³ Como indica CARDARELLI, F., “Art. 3 bis. Uso della telematica”, cit., p. 511, dicho precepto no viene a constituir en modo alguno una obligación a cargo de las Administraciones y ni siquiera un criterio interpretativo de otras disposiciones, sino tan solo una norma de carácter programático que invita a las Administraciones Públicas a la persecución de una mayor eficiencia a través del empleo de las TIC.

²¹⁴ PONTI, B., «Organizzazione delle pubbliche amministrazioni. Rapporti fra Stato, regioni e autonomie locali», en CARLONI, E. (coord.) *Codice dell'amministrazione digitale. Commento al D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2005, p. 130.

aspectos, lo que conlleva, en última instancia, a la imposición a todas las administraciones territoriales de la obligación de instauración de sistemas de gobierno electrónico y, en segunda instancia, de proceder a esa instauración según los dictados de un organismo central, lo que cierra un círculo que evidencia la transición de una coordinación tecnológica a una coordinación funcional, lo que conduce a las dudas constitucionales expuestas, reforzadas o radicadas en la modificación constitucional, obrada a primeros de este siglo XXI, en virtud de la cual la cláusula residual de atribución de competencias fue transmitida del Estado a las regiones.

Tales dudas darían lugar a que las necesidades funcionales relativas a la implementación de soluciones de *e-government* derivadas de un establecimiento dirigido desde instancias centrales que garantice su funcionalidad y viabilidad, frente a las potenciales dificultades o imposibilidades derivadas de su establecimiento individual por cada una de las Administraciones, dados los altos costes económico-financieros de su proyección y construcción, mantenimiento y actualización de las necesarias infraestructuras tecnológicas²¹⁵, entraran en fricción con el reparto competencial existente en el Ordenamiento italiano, cuestión ya surgida en los años 70 tras la introducción de los primeros ordenadores en la actividad de la Administración Pública²¹⁶. Ante lo cual, el legislador italiano ha tratado de intervenir mediante la modificación del art. 117, c. 2, lett. r) a través de la *legge costituzionale* publicada en la *Gazzeta Ufficiale* de 15 de abril de 2016, n. 88, por medio de la cual se amplía la competencia exclusiva del Estado a los procesos, sus infraestructuras relacionadas, y plataformas informáticas o “*processi e delle relative infrastrutture e piattaforme informatiche*”²¹⁷.

Las referidas disposiciones constitucionales han sido interpretadas por la *Corte Costituzionale*, quien ha venido a determinar la existencia de una coordinación “*forte*” estatal, que podríamos asemejar a la figura del *indirizzo* en términos del Ordenamiento italiano o a la de la *coordinación* en términos del Ordenamiento Jurídico español, limitada a un aspecto técnico, que debe diferenciarse del ámbito de *coordinamento e*

²¹⁵ MADDALENA, M. L., “La digitalizzazione della vita dell’amministrazione e del processo”, cit., pp. 558 y 567.

²¹⁶ FROSINI, V., «L’organizzazione informatica dello Stato e la libertà del cittadino», *Il Diritto dell’informazione e dell’informatica*, vol. 3, 1993, p. 602.

²¹⁷ Como señala MARONGIU, D., “La funzione di coordinamento informatico. Autonomia delle Regioni e poteri del Ministro per l’innovazione e le tecnologie”, cit., p. 110, el actual tenor del artículo, mantenido tras el fracaso de la pretendida reforma, deja en evidencia que no se atribuye al legislador estatal toda la materia informática de la Administración Pública, sino tan solo la coordinación del sector.

indirizzo político administrativo, en el que se mantendría una competencia exclusiva de las regiones con algunas garantías de autoorganización local²¹⁸. Establecida, así, la primera línea roja en el alcance del art. 117, c. 2, lett. r) de la *Costituzione*, debemos detenernos en la determinación de la *Corte Costituzionale* por la que se señala que esa coordinación “*forte*”, aún limitada en el aspecto técnico, permite una *coordinación* estatal en ámbitos mixtos o relacionados tanto con el coordinamento técnico como el político-administrativo, tales como la coordinación y racionalización del gasto y la cualidad de los servicios relativos a la Administración digital²¹⁹. De esta forma, la coordinación informática se instituye, en última instancia, como una competencia transversal, de posible conexión con otras materias, que deberá valorarse caso por caso²²⁰, dada la fuerte interrelación de los dos ámbitos de coordinación enunciados, que ha llevado incluso a reconocer la inevitable influencia de las potestades sobre coordinación informática-técnica en aspectos de organización político-administrativos²²¹, siempre y cuando se trate de efectos estrictamente ligados a acciones de coordinación técnica, de gasto, o de cualidad del servicio al ciudadano relativos a la Administración digital, previendo, de otro lado, que cuando dicha influencia trascienda de los aspectos estrictamente necesarios será necesaria la adopción de un acuerdo en sede de la *Conferenza Unificata*²²² en clara expresión de la aplicación del principio de leal colaboración²²³.

En este contexto, a pesar de la referida transversalidad de la *coordinación* estatal en relación al ámbito técnico, se mantendrían las dudas de que la actuación del Estado se encaminara no solo a imponer unos determinados tipos de medios y soluciones electrónicas a regiones y entes locales, sino la propia imposición del necesario uso de los mismos. En este sentido, destaca el enfoque aportado por la modificación del art. 12,

²¹⁸ CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza n. 271/2005, 7 luglio; Sentenza n. 17/2004, 16 gennaio*, cit.

²¹⁹ COSTANTINO, F., *Autonomia dell'amministrazione e innovazione digitale*, Jovene Editore, Napoli, 2012, p. 50; CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza n. 17/2004, 16 gennaio*, cit.

²²⁰ D'ORLANDO, E., «Profili costituzionali dell'amministrazione digitale», *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, vol. 27-2, 2011, p. 213. Sobre el desarrollo jurisprudencial del art. 117, c. 2, lett. r) de la *Costituzione*, véase CARDARELLI, F., “Art. 3 bis. Uso della telematica”, cit., pp. 516 y 517.

²²¹ MARONGIU, D., *Il governo dell'informatica pubblica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, p. 111; SALMONI, F., «Gli atti statali di coordinamento tecnico e la ripartizione di competente Stato-Regioni (Corte costituzionale 1º aprile 2003 n. 103)», *Giurisprudenza Costituzionale*, vol. 3, 2003, p. 1743.

²²² CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza n. 31/2005, 26 gennaio*.

²²³ Sobre el principio de leal colaboración, véase OROFINO, M., *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello*, Giuffrè Editore, Milano, 2008, pp. 256 a 258.

c. 1 del d.lgs. n. 82/2005 llevada a cabo por el d.lgs. n. 179/2016 en virtud de la cual se trata de enfatizar la ligazón existente entre la utilización de los medios electrónicos en los ámbitos regional y local y la obtención de una serie de resultados, tales como la eficiencia —art. 97 de la *Costituzione*—, la eficacia, la economicidad, la imparcialidad, la transparencia y la simplificación, lo que no podemos ignorar que trata de conducirnos a la apertura de otra puerta de legitimación a la actuación del Estado en este terreno más allá del art. 117, c. 2, lett. r) de la *Costituzione*, toda vez que la *unión instrumento-efecto* podría permitir una legitimación o competencia estatal exclusiva en base al art. 117, c. 2, lett. m) de la *Costituzione*, a la hora de establecer la posibilidad de relacionarse electrónicamente con la administración, como un derecho de los ciudadanos, con las características antes indicadas —art. 3 del d.lgs. n. 82/2005—²²⁴. De hecho, puede observarse cómo ya el art. 11 del d.lgs. n. 150/2009 establecía que la transparencia, entendida como accesibilidad total al procedimiento, viene a constituir uno de los niveles esenciales de la actuación de los poderes público señalados en el antedicho art. 117, c. 2, lett. m) de la *Costituzione*²²⁵. Ecuación a la que se añade un tercer factor, toda vez que ha de tenerse en cuenta que, como ha señalado la *Corte Costituzionale*, más allá de las competencias exclusivas y compartidas expresamente reconocidas por la *Costituzione*, el Estado dispondrá de “poderes implícitos” relativos a materias esenciales para la conservación de la unidad del Ordenamiento Jurídico, como puede ser la determinación del valor probatorio del documento electrónico informático o la forma del documento electrónico²²⁶.

Por todo lo anterior, queda de manifiesto la existencia de una dicotomía entre la necesidad de actuación detectada por el legislador nacional a la hora de proceder a la implementación de las TIC en el funcionamiento de las Administraciones Públicas y el reparto competencial existente entre las diferentes Administraciones Públicas, la cual no es claramente solventada por el texto constitucional, pese a lo cual, el d.lgs. n. 82/2005 ha decidido establecerse, progresivamente, como una palanca que garantiza y extiende

²²⁴ Vinculación de empleo de medios electrónicos con la consecución de objetivos de simplificación, rapidez, transparencia e imparcialidad que en determinadas ocasiones lleva a cabo, de forma expresa, el propio legislador tal y como se desprende de la conexión de los arts. 1, c. 1 lett. g), lett. ooo) y lett. nnn) de la Legge n. 11/2016.

²²⁵ DE MAIO, G., «Digitalizzazione dell’azione amministrativa e riforma madia», en TUCCILLO, S. (coord.) *Semplificare e liberalizzare. Amministrazione e cittadini dopo la legge 124 del 2015*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 140.

²²⁶ DUNI, G., «Principi fondamentali del diritto amministrativo», *Diritto e processo amministrativo*, vol. 2, 2012, p. 398, en relación a CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza n. 303/2003, 1 ottobre*; *Sentenza n. 6/2004, 13 gennaio*.

el avance del *e-government* a todos los niveles de administración de Italia, con la confianza de que, finalmente, tal actuación homogeneizadora desde instancias estatales, en caso de ser necesario, sea avalada *ad casum* por el desarrollo interpretativo y sistemático del art. 117 de la *Costituzione*, confiando buena parte de esta baza a la antedicha relación *instrumento-efecto*, el cual llegará a alcanzar una importancia esencial a la hora de clarificar esta misma cuestión en relación a la implementación generalizada desde el Estado de soluciones de contratación pública electrónica tal y como tendremos ocasión de analizar en el capítulo V del presente trabajo.

3. EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO: CONCEPTO, VALOR PROBATORIO, REGISTRO Y TRANSMISIÓN

3.1 CONCEPTO

Esta figura hunde sus raíces en el concepto de documento, que podemos definir, siguiendo a GIUBBINI, como:

*[...] ogni mezzo che permette di attestare e tramandare la memoria di un fatto provandone l'esattezza e le modalità*²²⁷. *[...] cualquier medio que permite probar y transmitir la memoria de un hecho, probando su precisa realidad y sus condiciones.*

Debiendo limitarnos dentro de la base del concepto de documento, a la concreta tipología de documento administrativo, definido originariamente por la Legge n. 241/1990 en su art. 22, c. 2 como:

ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni, formati dalle pubbliche amministrazioni o, comunque, utilizzati ai fini dell'attività amministrativa. *cualquier representación gráfica, cinematográfica, electromagnética o cualquier otro tipo, del contenido de actos, incluidos los internos, realizados por las administraciones públicas o, en cualquier caso, utilizados a efectos de la actividad administrativa.*

²²⁷ GIUBBINI, G., «Formazione, gestione e conservazione dei documenti informatici», en CARLONI, E. (coord.) *Codice dell'amministrazione digitale. Commento al D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2005, p. 223.

Definición posteriormente modificada por el art. 22, c. 1, lett. d) de la Legge n. 241/1990 tras su modificación por la Legge n. 15/2005 estableciendo a éste como:

Ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale.

Cualquier representación gráfica, cinematográfica, electromagnética o de cualquier otro tipo, del contenido de actos, incluidos los internos o no relacionados con un procedimiento específico, realizados por una administración pública y relativos a actividades de interés público, con independencia de la naturaleza pública o privada de su regulación sustantiva.

Como se puede observar, el concepto de documento y documento administrativo combina las nociones de contenido y de “soporte”, de forma que ambos conforman un todo indisoluble que tradicionalmente ha venido a configurar el documento como una cosa susceptible de propiedad y posesión²²⁸.

Igualmente, del concepto de documento administrativo se desprende cómo la normativa de aplicación presentaba, ya en 1990, una superación del tradicional binomio de documento en forma escrita – firma manuscrita, propio del legislador de 1942²²⁹, fruto de una evolución del Ordenamiento gestada en los años precedentes. En efecto, el referido binomio sufrió su primera ruptura en la segunda mitad de los años 60 cuando en virtud del art. 25 de la Legge n. 15/1968 se previó la facultad para todas las Administraciones y particulares de sustituir los documentos conservados en papel por reproducciones fotográficas, aun constituidas en *fotograma negativo*. Temprano sistema de sustitución del documento en papel que sería posteriormente detallado en virtud del d.P.C.M. 11 de septiembre de 1974 y ampliado a los soportes ópticos —disquete— por parte de la Legge n. 537/1993. Finalmente, como hemos visto, la Legge n. 241/1990 previó que dentro de los soportes permitidos al documento administrativo se encontraran aquellos de naturaleza “electromagnética”.

²²⁸ PASCUZZI, G., *Il diritto dell'era digitale*, cit., pp. 79 y 80.

²²⁹ TROJANI, F., *Il nuovo codice dell'amministrazione digitale dopo il d.lgs. 179/2016 e il Regolamento eIDAS*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 70.

Antecedentes que han allanado el terreno decisivamente para que, en virtud de la *Legge Bassanini*, n. 59/1997, definitivamente y de forma expresa, se reconociera plena relevancia jurídica en nuestro Ordenamiento Jurídico al documento electrónico, esto es, reconociendo por primera vez relevancia jurídica a un soporte no material del documento. En concreto, el art. 15.2 de la citada ley venía a establecer que:

Gli atti, dati e documenti formati della pubblica amministrazione e dai privati con strumenti informatici o telematici, i contratti stipulati nelle medesime forme, nonché la loro archiviazione e trasmissione con strumenti informatici sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge. I criteri e le modalità di applicazione del presente coma sono stabiliti, per la pubblica amministrazione e per i privati, con specifici regolamenti da emanare entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge ai sensi dell'art. 17 comma 2 della legge 23 agosto 1988 n. 400.

Los actos, datos y documentos producidos por la administración pública y por los particulares con dispositivos informáticos o telemáticos, los contratos estipulados en dicha forma, así como su archivo y transmisión con instrumentos informáticos son válidos y relevantes a todos los efectos legales. Los criterios y modalidades de aplicación de este epígrafe para la administración pública y para los particulares, serán establecidos a través de los reglamentos específicos que se promulgarán dentro de los ciento ochenta días contados a partir de la fecha de entrada en vigor de esta ley de conformidad con el art. 17, epígrafe 2 de la ley de 23 de agosto de 1988 n. 400.

A este respecto, la *Legge Bassanini* ratificaba el pistoletazo de salida dado por la *Legge* n. 241/1990 en relación a la digitalización de la administración, al prever que el indicado “soporte” de la noción de documento trascendiera de la forma física, de modo que tengamos que pasar a hablar de un *soporte de representación por escritura u otro medio de reproducción*²³⁰, no necesariamente material, sino también virtual o digital.

²³⁰ No se comparte en este caso la opinión de GIUBBINI, G., “Formazione, gestione e conservazione dei documenti informatici”, cit., p. 240, por la cual se sostiene que la informatización del documento ha permitido la disociación entre contenido y soporte de modo que exista una autonomía funcional entre ambos conceptos. Desde nuestro punto de vista, dicha relación de necesidad se mantiene, aunque en lo que respecta al soporte éste sufre un proceso de desmaterialización, de modo que se llega a permitir que el documento posea un respaldo intangible.

Tal regulación fue desarrollada posteriormente por el d.P.R. n. 513/1997, con algunas modificaciones obradas por el d.P.R. n. 445/2000, así como por el d.lgs. n. 10/2002, con el fin de introducir en Italia las indicaciones efectuadas por la Directiva 1999/93/CE. Por otro lado, el d.P.R. 513/1997 fue desarrollado en sus aspectos técnicos por el d.P.C.M. 8 febbraio 1999, n. 352700, por la *Deliberazione* n. 51/2000 dell' AIPA y por la *circolare* AIPA del 16 febbraio 2001.

Tales desarrollos pasaron a contemplar expresamente la definición de documento informático formulándola como —art. 1, c. 1, lett. a) del d.P.R. n. 513/1997 y el art. 1, c. 1, lett. b) del d.P.R. n. 445/2000—:

la rappresentazione informatica di atti, la rappresentación informática de actos, fatti o dati giuridicamente rilevanti hechos o datos jurídicamente relevantes

Definición amplia de documento informático, que, como indica GRAZIANO, podría englobar a aquellos cuya transmisión de información se llevara a cabo mediante un CD ROM, mediante su reproducción de audiovisual o por cualquier otro medio informático o electrónico²³¹ y que, actualmente, ha sido recogida en el d.lgs. n. 82/2005 reformulándola como:

il documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti, o dati giuridicamente rilevanti. el documento electrónico que contiene la representación informática de actos, hechos o datos jurídicamente relevantes.

Definición que parte, pues, del concepto de documento electrónico contenido en el Reglamento n. 910/2014, donde éste se viene a definir como:

qualsiasi contenuto conservato in forma elettronica, in particolare testo o registrazione sonora, visiva o audiovisiva. cualquier contenido almacenado en forma electrónica, en particular mediante texto o grabación de audio, visual o audiovisual.

Así, sobre la base de las definiciones anteriores podemos definir el documento electrónico —administrativo—, que se sitúa en la base del sistema de *e-government*²³², como un conjunto de datos electrónicos que dan lugar a una representación de forma

²³¹ GRAZIANO, N., «Il disconoscimento del documento informatico sottoscritto con firma digitale», *Dirittoitalia*, vol. I, 6, 2001.

²³² Así, como señala GIUBBINI, G., “Formazione, gestione e conservazione dei documenti informatici”, cit., p. 226: “el elemento base del sistema de gestión se constituye por el objeto a gestionar: el documento”

virtual de los actos, comunicaciones y demás elementos que componen un expediente administrativo que permiten de forma continuada su reproducción ulterior.

Este novedoso tipo de soporte documental permitiría, a su vez, la introducción de la regulación contenida en el art. 11, c. 1 del d.P.R. n. 513/1997 por la que se establecía que los contratos estipulados mediante la utilización de instrumentos informáticos o por vía telemática, con empleo de la firma digital, serían válidos a todos los efectos de la ley. Disposición posteriormente modificada *ex* modificación del d.P.R. n. 137/2003, respecto del art. 11 del d.P.R. 445/2000, en el sentido de exigir, bien firma digital, bien cualquier otro tipo de firma electrónica cualificada para la validez de los contratos en formato electrónico.

Así las cosas, queda reflejado cómo la extensión de los sistemas de gobierno electrónico conllevará en paralelo la introducción del documento electrónico y su progresivo desplazamiento del documento en soporte papel u otros soportes físicos, o lo que es lo mismo, el fenómeno de la desmaterialización²³³, encontrándose actualmente su principal regulación en el d.lgs. n. 82/2005, cuyo art. 71 contiene las reglas técnicas del documento electrónico, precepto desarrollado posteriormente por el d.P.C.M. n. 78954/2014, el d.P.C.M. n. 68380/2013, el d.P.C.M. n. 73824/2013 y el d.P.C.M. n. 73821/2013.

Finalmente, junto a la característica de la desmaterialización propia del documento digital, encontramos otra novedad, introducida en el ambiente electrónico respecto del concepto tradicional de documento analógico, consistente en la posibilidad de que dicho documento adquiriera un *carácter dinámico*, esto es, de establecimiento de un único soporte-documento que permitirá reproducir un contenido diverso, correspondiente a diferentes momentos y que ha ido sufriendo sucesivos procesos de actualización²³⁴, el cual podremos observarlo claramente en los dos últimos tipos técnicos de documento que identifica el art. 3 del d.P.C.M. n. 78954/2014, esto es: el registro informático de la información resultante de transacciones o procesos

²³³ DE MAIO, G., *Semplificazione e digitalizzazione: un nuovo modello burocratico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 53.

²³⁴ TROJANI, F., *Il nuovo codice dell'amministrazione digitale dopo il d.lgs. 179/2016 e il Regolamento eIDAS*, cit., p. 70.

informáticos y la generación o reagrupamiento de un conjunto de datos o registros procedentes de una o varias bases de datos²³⁵.

3.2 NIVELES DE VALIDEZ DEL DOCUMENTO INFORMÁTICO

A pesar del amplio reconocimiento de la eficacia jurídica del documento electrónico, no todo tipo del mismo presenta la misma validez dentro del Ordenamiento Jurídico dependiendo, generalmente, de la presencia, o no, de algún sistema de firma electrónica, así como del tipo de la misma. En este punto, el art. 5 del d.P.R n. 513/1997 establecía que, en el caso en el que el documento informático estuviera firmado con *firma digital*, tenía la eficacia de *scrittura privata* establecida en el art. 2702 C.c., esto es, produciendo plenos efectos probatorios respecto de la declaración de voluntad contenida en la misma por parte del firmante en los casos en los que el sujeto emitente de tal declaración reconozca la validez de la firma, o bien, la misma se reconozca legalmente como válida.

Por su parte, el documento informático carente de firma digital pero que presentara el resto de requisitos técnicos como para considerar que nos encontramos ante un documento informático propiamente dicho, tendría la eficacia probatoria del art. 2712 C.c., esto es, la propia de reproducciones de ordenador o, en general, de cualquier representación mecánica de hechos y elementos que constituyan prueba completa de aquellos representados, el cual sería válido frente a aquel contra el que se tratan de hacer valer, siempre que el mismo no ignore la veracidad de las mismas, entendiéndose por satisfechos los requisitos de los arts. 2214 y ss. del C.c. De hecho, este art. 2712 del C.c., debido a su interacción en este punto con la novedosa figura del documento electrónico, fue modificado en virtud del art. 23-quater del d.lgs. n. 82/2005, artículo introducido a su vez por el d.lgs. n. 235/2010, por el que se prevé expresamente su aplicación a las “reproducciones informáticas”.

Según parece desprenderse de dicha regulación, así como de la interpretación llevada a cabo por *la sezione lavoro della Cassazione*²³⁶ (Sección Laboral de Casación),

²³⁵ La clasificación técnica completa establecida por el referido art. es la siguiente: - El documento redactado mediante la utilización de instrumentos de software; - los documentos obtenidos de manera telemática o soporte informático; - la obtención de copia de imagen digitalizada de un documento en soporte papel u otro soporte analógico; - el registro informático de la información resultante de transacciones o procesos informáticos; - la generación o reagrupamiento de un conjunto de datos o registros procedentes de una o varias bases de datos.

²³⁶ CASSAZIONE. SEZIONE LAVORO, *Sentenza n. 11445/2001*.

el documento informático con firma digital “*a doppia chiave asimmetrica*” (doble llave asimétrica) tendría el valor probatorio del 2702 del C.c., mientras que el resto de documentos informáticos sin firma o con firma simple, tendría el valor probatorio del 2712 C.c., conclusiones, en principio, más o menos directas o evidentes, que, pese a ello, fueron puestas en duda por parte de la doctrina.

En este sentido se ha de señalar que dicha doctrina jurisprudencial no era compartida por CAMMARATA, toda vez que éste consideraba que el “documento informático provisto de los requisitos del reglamento” incluía, necesariamente entre los mismos, la presencia de firma digital *ex art. 10 del d.P.R. n. 513/1997*²³⁷, de modo que, en cualquier caso, un documento informático válido adquiriría la validez del art. 2702 del C.c. Postura que, a nuestro entender, quebraba a la luz del tenor literal c. 1 del citado artículo en el que, realmente, se preveía la firma digital como un elemento del mismo de carácter potestativo, entendiéndose, a *sensu contrario*, la posibilidad de existencia de documentos informáticos sin firma digital, salvo en el caso de los documentos electrónicos efectuados por las Administraciones Públicas, los cuales tal y como venía a indicar el art. 19 d.P.R. n. 513/1997, debían de incorporar en todo caso la firma digital. Exigencia que, de hecho, sería mantenida posteriormente en el art. 25 del d.P.R. n. 445/2000, así como en el art. 21, c. 2-ter del d.lgs. n. 82/2005, introducido por el d.lgs. n. 179/2016, exigiéndose en este último que todos los actos públicos, sin perjuicio de lo establecido en el d.lgs. n. 110/2010, estuvieran firmados mediante firma cualificada o firma digital por el responsable público, so pena de nulidad, lo que a su vez supuso una restricción de la anterior normativa contenida en el art. 23-ter del d.lgs. n. 82/2005, introducido por el d.lgs. n. 235/2010, por la que se establecía que los documentos que incorporaran actos administrativos con relevancia interna en el procedimiento en cuestión adquirirían la eficacia del art. 2702 en el caso de estar firmados con firma electrónica avanzada. En consecuencia, las tesis sostenidas por CAMMARATA deben ser limitadas a los documentos electrónicos elaborados por las Administraciones Públicas.

De otro lado, la doctrina, de forma compatible con la exégesis realizada por la referida jurisprudencia y completando ésta a la luz de la Directiva 1999/93/CE, entendió el tenor del precepto en cuestión en el sentido de que no solo la firma digital, sino también la firma electrónica avanzada o cualificada sería la que provocara una eficacia

²³⁷ CAMMARATA, M. Y MACCARONE, E., «Il valore probatorio del documento informatico», *Interlex*, 2001.

del documento digital similar a la de la *scrittura privata* del art. 2702, mientras que aquellos que presentaran una firma electrónica no certificada por un certificador acreditado, o no, generada mediante un dispositivo seguro de firma, tendría los efectos del 2712²³⁸, lo que, como hemos tenido ocasión de analizar, venía a adelantar la regulación que finalmente se materializaría en el art. 21, c. 2-ter del d.lgs. n. 82/2005.

En tercer lugar, SARZANA DI SANT'IPPOLITO, procediendo a la interpretación del art. 5 del d.P.R. n. 513/1997, establecía la existencia de dos tipos de documentos informáticos, aquel provisto de firma digital con el valor probatorio del art. 2702, y el desprovisto de la misma, que quedaría al albur del principio de libre valoración de la prueba por parte del juez, sin gozar de los efectos probatorios del indicado artículo 2712²³⁹.

Tal controversia doctrinal fue solventada de forma paulatina; primero, con la aprobación del art. 10 del d.P.R. n. 445/2000, el cual, dadas sus remisiones a los arts. 8 y 9 del mismo cuerpo legal permitió corroborar la superación de la tesis sostenida por CAMMARATA; y, en segundo lugar, con la modificación del mencionado art. 10, llevada a cabo por el art. 6, c. 1 del d.lgs n. 10/2002, por la que se resolvía finalmente, y de forma expresa, a luz de la normativa europea, las dudas acerca de qué tipo de firma electrónica era la que hacía al documento obtener la eficacia del art. 2702 del C.c. Así, se vino a establecer el siguiente esquema de validez del documento informático que, en cierto modo, había sido adelantado por la doctrina:

→ Cualquier tipo de documento informático tiene la eficacia probatoria del art. 2712 del C.c.

→ Un documento electrónico con firma electrónica supone la satisfacción de los requisitos del documento en forma escrita²⁴⁰, pasando a ser libremente valorable por el juez en función de las características objetivas de calidad y seguridad, sin que, en ningún caso, pueda ser negada su relevancia jurídica ni su admisibilidad como medio de prueba.

²³⁸ ZAGAMI, R., *Firma digitale e sicurezza giuridica*, CEDAM, Padova, 2000.

²³⁹ SARZANA DI SANT'IPPOLITO, F., «Il documento informatico alla prova della Suprema Corte», *Il corriere giuridico*, vol. 3, 2002, p. 338.

²⁴⁰ Lo que supone la satisfacción de la forma escrita en lo referente a su validez sustancial tal y como sistematiza TROJANI, F., *Il nuovo codice dell'amministrazione digitale dopo il d.lgs. 179/2016 e il Regolamento eIDAS*, cit., p. 76.

→ Un documento electrónico con firma digital —tipo concreto de firma electrónica— o firma electrónica cualificada, que adquiere un valor probatorio reforzado respecto del art. 2702 del C.c., toda vez que, en contra del contenido y autoría del mismo, tan solo podía oponerse la denuncia de la autenticidad, sin que sea necesario el reconocimiento de la firma por parte del autor o, en su defecto, la adveración legal de la firma.

Este nuevo esquema de validez del documento electrónico situaba en su cúspide un nuevo tipo de *scrittura privata* desconocida hasta ese momento en la administración analógica, que podríamos calificar como *scrittura privata reconocida*²⁴¹. Se alcanzaba de esta forma la concepción de un tipo de documento electrónico cuya validez probatoria superaba con creces la de cualquier documento en papel, dando lugar a una nueva figura que, ciertamente, supuso rebasar los mínimos exigidos por la Directiva 1999/93/CE, toda vez que su art. 5.2 se limitaba a exigir que la firma electrónica avanzada, basada en un certificado cualificado y creada mediante un dispositivo de firma segura, adquiriera *el mismo* valor legal que la firma manuscrita.

Quizá por tal motivo, los anteriores criterios fueron modificados en las dos fases que se indican seguidamente.

En primer lugar, la validez de la *scrittura privata reconocida* fue matizada por la regulación contenida en los arts. 20 y 21 del d.lgs. n. 82/2005 que quedaría finalmente fijada en el art. 20, c. 1-ter del mismo cuerpo legal tras la reforma introducida por el d.lgs. n. 179/2016, por la que, tras equiparar el documento informático basado en el empleo de una firma digital o firma electrónica cualificada con la *scrittura privata*, se añade a la misma una presunción *iuris tantum* en cuanto a su autoría por el titular del dispositivo de firma, presunción inexistente en el art. 2702 del C.c. De este modo se disminuye la eficacia que inicialmente llegó a ostentar la figura de la *scrittura privata reconocida*, pero se mantenía aún su especialidad y mayor intensidad probatoria respecto de la *scrittura privata* ordinaria o tradicional, la cual ha llegado hasta nuestros días.

Con posterioridad, el esquema de validez del documento electrónico establecido inicialmente por el art. 10 del d.P.R. n. 445/2000 fue modificado en dos grandes puntos:

²⁴¹ GATTI, M., *E-Procurement. Il D.P.R. 101/2002 e gli acquisti in rete della P.A.*, cit., p. 59.

- Por un lado, con la introducción en el ámbito del documento electrónico de una nueva categoría inmediatamente anterior a la *scrittura privata riconosciuta*, exigida por el articulado del Reglamento 910/2014. Tal categoría vendrá precisamente constituida por el documento electrónico-*scrittura privata*, esto es, un documento electrónico con el mismo y exacto valor probatorio que el señalado en el art. 2702 del C.c. Nueva categoría introducida en virtud de la modificación efectuada por el art. 14 del d.lgs. n. 235/2010 del c. 2 del art. 21 del d.lgs. n. 82/2005 en la que quedarían incluidos los documentos electrónicos que contaran con firma electrónica avanzada, de forma que permitiera garantizar la identificación y correspondencia unívoca de su autor, así como la integridad e inmodificabilidad del documento. Categoría posteriormente incrementada en virtud del d.lgs. n. 217/2017 y la modificación efectuada en sede del art. 20, c. 1-bis del d.lgs. n. 82/2005, al incluir en ella el documento electrónico de cualquier formato que, previa identificación del autor, mediante procedimiento que cumpla los requisitos establecidos por la AgID, pueda garantizar la integridad e inmodificabilidad del documento. Inciso en el que el legislador tenía en mente la instauración del Sistema Público de Identidad Digital —SPID— a favor de ciudadanos y empresas sobre el que tendremos ocasión de detenernos en el siguiente epígrafe.

- En segundo lugar, se procedió a la unificación expresa de la eficacia probatoria de los documentos que contaran con sistemas de firma electrónica simple y aquellos desprovistos de cualquier sistema de firma, adoptándose en ambos casos el criterio de la libre valoración del juez, de acuerdo con sus características de seguridad, integridad e inmodificabilidad. La única diferencia entre ambas categorías, establecida a favor de los documentos con sistemas de firma electrónica simple, radica en la validez sustancial del documento, que se considera satisface el requisito de la forma escrita caso de contar con firma electrónica cualquiera que sea su sistema, mientras que en el caso de los documentos sin firma, su idoneidad a la hora de satisfacer el requisito de la forma escrita queda a la libre valoración del juez también en relación a este aspecto, la cual se llevaría a cabo sobre la base de las características objetivas de calidad, seguridad, integridad e inmodificabilidad.

Así las cosas, podemos proceder a una sistematización del documento informático, según su valor probatorio, como se refleja en el siguiente cuadro resumen:

Eficacia probatoria del documento electrónico

Nivel 1.- Documentos electrónico sin firma electrónica o con firma electrónica simple: Eficacia probatoria de un documento escrito libremente valorable por el juez

Nivel 2.- Documento electrónico con firma electrónica avanzada o firma electrónica basada en un certificado cualificado o respaldado por el SPID: eficacia probatoria del art. 2702 C.c. Equivalente a la de un documento escrito firmado manualmente —*scrittura privata*—

Nivel 3.- Documento electrónico con firma digital o firma electrónica cualificada: Eficacia probatoria consistente en la del art. 2702 del C.c. y presunción *iuris tantum* de autoría del titular del dispositivo —*scrittura privata qualificata*—

De todo lo expuesto hasta aquí, y dando por incuestionable que el documento infomático objeto de análisis es la base sobre la que se edifica y da cuerpo a la digitalización del procedimiento administrativo, se desprende cómo respecto de las ventajas que implica la desmaterialización del documento informático —más ágil gestión, ahorros de espacio en el almacenamiento, posibilidad de acceso en remoto a los archivos, posibilidad de transmisión electrónica, entre otros—²⁴², surge un primer y trascendental reto: la seguridad, esto es, la necesidad de asegurar en el seno del referido proceso la autoría del documento, así como su integridad y trazabilidad²⁴³. Reto, con el que surge una herramienta esencial que deberá conjugarse con la utilización del documento electrónico: la firma electrónica.

3.3 ARCHIVO Y REGISTRO DEL DOCUMENTO ADMINISTRATIVO INFORMÁTICO

La concepción del documento en formato electrónico hace necesaria la modelación de un sistema de registro o archivo²⁴⁴ también electrónico, que permita la gestión y búsqueda de documentos de una forma más ágil, así como establecer un acceso para los ciudadanos con el fin de superar la necesidad del acceso físico a la sede

²⁴² Como señala DE MAIO, G., *Semplificazione e digitalizzazione: un nuovo modello burocratico*, cit., p. 52, la desmaterialización del documento ligada a la Administración digital, por la cual este abandona su vinculación al soporte en papel, no constituye un “objetivo primario”, sino como se puede observar, un objetivo instrumental para la consecución de otros extremos que permitan una mayor eficiencia y productividad en la actuación de la Administración Pública.

²⁴³ OROFINO, A. G., *Forme elettroniche e procedimenti amministrativi*, Cacucci Editore, Bari, 2008, p. 73; GUERCIO, M., *Archivistica informatica. I documenti in ambiente digitale*, Carocci Editore, Roma, 2002.

²⁴⁴ Entendido como el conjunto de documentos administrativos que conforman o derivan de la completa actividad de la Administración en cuestión tal y como se desprende de GIUBBINI, G., “Formazione, gestione e conservazione dei documenti informatici”, cit., p. 227.

de la Administración correspondiente²⁴⁵. Así las cosas, el art. 15 de la Legge n. 59/1997 disponía expresamente la posibilidad de que las obligaciones de archivo y guarda de documentos se entendieran completamente cumplidas si se llevaba a cabo a través de un soporte informático. También establecía la posibilidad de proceder a la documentación de la formación de actos administrativos a través de medios telemáticos, para cuyas disposiciones técnicas se remitía una posterior actuación de la AIPA, previéndose en su art. 21 que antes del 31 de diciembre de 1998 se llevara a cabo un protocolo administrativo para la gestión documental en los procedimientos electrónicos que permitiera, por el mismo medio, la disposición inmediata de los documentos entre Administraciones e interesados en el procedimiento.

Posteriormente, el art. 50 del d.P.R. n. 445/2000 dispuso que las Administraciones Públicas debían proceder al establecimiento de planes de actuación orientados a la sustitución de sus registros en papel por otros en soporte informático en los que se pudiera llevar a cabo una gestión automatizada. Previsiones normativas que fueron desarrolladas, dentro del plazo previsto, por el *Comunicato della Presidenza Consiglio dei Ministri* de 29 de octubre de 2003, n. 12076, por el cual se decidió que la implantación de tales sistemas, en vez de llevarla a cabo mediante la instalación de sistemas de *hardware* y *software* en la propia Administración, se procediera al empleo telemático de los servicios e infraestructura del proveedor del servicio, es decir, a través de un sistema ASP —*Application Services Provider*—, de coste por uso. Adopción de estos sistemas que la circular establecía de forma potestativa, a pesar del tenor del art. 50 del d.P.R. n. 445/2000, con la previsión de que, con carácter general, se llevara a cabo de manera paulatina, implementándose de forma progresiva en cada unidad organizativa; disponiéndose, además, el establecimiento de un procedimiento de contratación de suministro por el centro técnico central abierto a la posibilidad de que se adhirieran otras Administraciones Públicas.

En el desarrollo de tales actuaciones, debían de ser respetadas, en todo caso, las normas técnicas definidas por la AIPA, con la finalidad de garantizar la seguridad y la integridad del sistema, así como el correcto registro de entrada y salida de los documentos de los protocolos de cada Administración; permitir la interconexión entre los documentos recibidos por la Administración y los correlativos documentos que

²⁴⁵ MADDALENA, M. L., “La digitalizzazione della vita dell’amministrazione e del processo”, cit., p. 522.

resuelvan sobre el expediente en cuestión; permitir la navegación y búsqueda de los documentos registrados, exigiéndose que la búsqueda de información en el sistema se pudiera llevar a cabo según todos y cada uno de los parámetros registrados y exigidos en el art. 53 del d.P.R. 445/2000, al tiempo que se exigía la *utilización de formatos electrónicos interoperables* que permitieran la búsqueda por medio de palabras, debiendo permitirse, igualmente, la recolección de los datos para la elaboración de estadísticas referentes a la información registrada en los diversos tipos de expedientes administrativos —art. 58 d.P.R. n. 445/2000—. Por último, también debería permitir, en condiciones de seguridad, el acceso a la información por parte de los interesados a cada uno de los expedientes administrativos en los que ostentaran dicha condición, salvaguardando, en todo caso, el respeto al tratamiento de los datos personales.

Sobre estos extremos ahondaría la Legge n. 124/2015, denominada reforma “Madia”, por la que se venía a establecer a favor de los ciudadanos la garantía de acceso electrónico a todos los datos, documentos y servicios en los que pudieran estar interesados. Con tal objetivo es ideada la figura del *fascicolo informatico*²⁴⁶ como una recopilación de todos y cada uno de los documentos electrónicos que componen el procedimiento administrativo, puestos a disposición de los interesados “*direttamente consultato ed alimentato da tutte le amministrazioni coinvolte nel procedimento*” (consultado y completado directamente por todas las administraciones involucradas en el procedimiento). Esta figura ya estaba prevista, de manera potestativa, en el art. 64, c. 3 del d.P.R. 445/2000, al igual que lo sería posteriormente en el art. 41 del d.lgs. n. 82/2005²⁴⁷ hasta la modificación realizada por el d.lgs. n. 235/2010, por la que se constituiría la utilización de los *fascicoli informatici* en una obligación, a la par que se eliminaba la limitación de que la generalidad de los documentos informáticos originales estuviera en formato electrónico para aquellas administraciones que no dispusieran de los recursos adecuados, haciéndola extensiva a todas —art. 40 del d.lgs. n. 82/2005—. De esta forma, se establece una forma de gestión electrónica de los expedientes

²⁴⁶ Figura que podemos definir siguiendo a GIUBBINI, G., “Formazione, gestione e conservazione dei documenti informatici”, cit., p. 236, como la unidad jurídica por la cual son agrupados los documentos administrativos en virtud de su interrelación y pertenencia a un mismo procedimiento o procedimientos vinculados.

²⁴⁷ Cuya regulación técnica relativa al archivo de documentos electrónicos fue desarrollada por el *parere dell’Autorità per la protezione dei dati personali* de 24 de abril de 2013, n. 2471217.

administrativos que incorpora la ya referida dinamicidad del documento electrónico y que como señala DUNI, nos trasladaba de un procedimiento secuencial a otro *a stella*²⁴⁸.

Proceso de digitalización del sistema de generación de archivos de las Administraciones Públicas respecto del que el Ordenamiento Jurídico previó un sistema de copias digitales de los documentos en papel, otorgando plena eficacia a la copia digital de un documento original en soporte papel siempre y cuando su exactitud respecto del original fuera garantizada por el responsable administrativo y consignada en el documento a través del empleo de firma digital o firma electrónica cualificada. Procedimiento de copia digital por el que se vertebra el proceso de sustitución de los archivos en papel por los archivos electrónicos denominado por el legislador como “*dematerializzazione dei documenti delle pubbliche amministrazioni*” —art. 42 del d.lgs. n. 82/2005—.

3.4 LA TRANSMISIÓN DE DOCUMENTOS INFORMÁTICOS: EL EMPLEO DEL CORREO ELECTRÓNICO, EL CORREO ELECTRÓNICO CERTIFICADO Y EL DOMICILIO DIGITAL

Finalmente, la aparición del documento informático ha conllevado la necesidad de regular su transmisión²⁴⁹, dada la necesidad intrínseca de que la misma fuera llevada cabo mediante sistemas electrónicos, lo que se llevó a cabo con la Legge n. 59/1997, la que en su art. 15, c. 2 establece la relevancia y validez de la transmisión electrónica de documentos llevada a cabo por parte de las Administraciones Públicas y los administrados. A este respecto, se preveía el empleo del correo electrónico como canal de transmisión natural del documento electrónico, presumiéndose como enviado y recibido cuando el envío se dirigiera a la dirección de correo electrónico comunicado por el destinatario. En relación a las previsiones en materia de registro de la fecha y hora de envíos o presentación de documentos por vía telemática ante una Administración Pública se requería, desde el inicio, de la presencia de firma digital, así como de la validación temporal de la misma mediante certificación de tales extremos por el gestor del sistema de transmisión.

Disciplina que sería matizada *ex art.* 14 del d.P.R. n. 445/2000, tras la reforma del mismo por el d.P.R. n. 68/2005, en el sentido de establecer que el envío del

²⁴⁸ DUNI, G., *L'Amministrazione digitale*, Giuffrè Editore, Milano, 2008, p. 53.

²⁴⁹ Concepto de transmisión definido por DI BENEDETTO, G. Y BELLANO, M., *I linguaggi del processo*, Giuffrè Editore, Milano, 2002, p. 75, como la creación de otro documento idéntico dentro del contexto físico o lógico del destinatario.

documento informático se entenderá efectuado en el momento en el que el remitente lo expida al gestor del canal de comunicación, presumiéndose recibido por el destinatario en la dirección de correo electrónico previamente señalada por éste, o bien, cuando se remita al buzón de correo electrónico habilitado para el destinatario por el gestor del sistema de comunicación.

A la vista de las necesidades de certificación del envío y recepción del mensaje, así como de la autoría e integridad del contenido del mismo, pronto se procedió al establecimiento paralelo al correo electrónico ordinario de un sistema de *correo electrónico certificado*, que guarda su primer antecedente o previsión normativa, aunque sin dicha denominación, en el art. 15, c. 2 de la Legge n. 59/1997 y el art. 14, c. 3 del d.P.R. n. 445/2000, desarrollado posteriormente en 2003 en virtud de las *Linee guida del servizio di trasmissione di documenti informatici mediante posta elettronica certificata* (Directrices para la transmisión de documentos electrónicos por correo electrónico certificado) emanadas del centro técnico de la *Rete Unitaria delle Pubbliche Amministrazioni* —RUPA—, sustituida posteriormente por el *Sistema Pubblico di Connettività* —SPC—. Actualmente, el correo electrónico certificado se halla regulado en el art. 48 del d.lgs. n. 82/2005²⁵⁰ en relación con lo establecido en el d.P.R. n. 68/2005.

El correo electrónico certificado viene a constituir un tipo de correo electrónico facilitado por las empresas gestoras acreditadas ante la AgID que permite la transmisión informática de aquellas comunicaciones que “*necessitano di una ricevuta di invio e di una ricevuta di consegna*” (requieren un resguardo de envío y un justificante de entrega), así como la oponibilidad frente a terceros de la fecha y la hora de la transmisión, siendo definido en el art. 1, c. 1, lett. g) del d.lgs. n. 82/2005 como:

<i>ogni sistema di posta elettronica nel quale è fornita al mittente documentazione elettronica attestante l'invio e la consegna di documenti informatici.</i>	<i>cualquier sistema de correo electrónico en el que se proporciona al remitente documentación electrónica que justifica el envío y la entrega de los documentos informáticos.</i>
--	--

²⁵⁰ Como señala MISTICHELLI, S., «Trasmissione informatica dei documenti», en CARLONI, E. (coord.) *Codice dell'amministrazione digitale. Commento al D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2005, p. 263, la verdadera novedad introducida por el d.P.R. n. 68/2005 consiste en la previsión del correo electrónico certificado en la relación y transmisión de documentos entre particulares.

De otra parte, se viene a definir el concepto de mensaje de correo electrónico certificado como —art. 1, c. 1, lett. f) del d.lgs. n. 82/2005—:

un documento informatico composto dal testo del messaggio, dai dati di certificazione e dagli eventuali documenti informatici allegati. *un documento informático compuesto por el texto del mensaje, por los datos de su certificación y por cualquier otro documento informático adjunto.*

Documento que es enviado en el sistema por medio de un sobre de transporte, definido como —art. 1, c. 1, lett. a) del d.lgs. n. 82/2005 —:

il documento informatico che contiene il messaggio di posta elettronica certificata. *el documento informático que contiene el mensaje transmitido por correo electrónico certificado.*

Definiciones relativas al correo electrónico certificado que fueron ampliadas en virtud de la modificación del d.lgs. n. 82/2005 operada por el d.lgs. n. 179/2016 —art. 1, lett. c)—, dada la necesidad de adaptarse a las disposiciones del Reglamento 910/2014/UE, de modo que junto a la definición anterior se incluyó dentro de este sistema todo:

altro servizio elettronico di recapito certificato qualificato di cui al Regolamento eIDAS, che consenta la prova del momento di ricezione di una comunicazione tra i soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, e i soggetti giuridici, che sia basato su standard o norme riconosciute nell'ambito dell'Unione Europea. *otro servicio electrónico de entrega certificado y cualificado según el Reglamento eIDAS, que permita demostrar el momento en que se recibe una comunicación entre los sujetos mencionados en el artículo 2, epígrafe 2, y los sujetos jurídicos, que se basa en estándares o normas reconocidas dentro de la Unión Europea.*

Ampliación que, como veremos, adquirirá especial importancia en materia de contratación pública, toda vez que viene a permitir que allí donde la legislación permita la utilización de servicios nacionales de correo electrónico certificado, se permitirá, igualmente, la utilización de cualquier otro servicio que mantenga las indicadas garantías y cuyo uso esté extendido entre los operadores económicos de otros Estados miembros de la UE.

La utilización del correo electrónico certificado permitirá que, al momento del envío del mensaje, el gestor de este sistema haga llegar a la dirección del remitente una certificación con valor legal de la efectividad y momento de la transmisión. Por su parte, el gestor del servicio de correo electrónico certificado del destinatario proveerá, a su vez, al remitente una certificación de recepción del mensaje con indicación del momento de la misma. Al mismo tiempo, se garantizará la correspondencia entre la dirección de correo electrónico y la identidad de su titular²⁵¹. El mecanismo del sobre de transporte digital, en conjunción con la utilización de sistemas de firma electrónica, vendrá a garantizar el secreto de las comunicaciones hasta su apertura²⁵², así como el origen, integridad y autenticidad del mensaje.

A pesar de la mayor agilidad y simplicidad del correo ordinario, se ha procedido al establecimiento de sistemas de comunicación telemática que van más allá de las referidas presunciones permitiendo garantizar su transmisión y recepción y, en consecuencia, un mayor nivel de seguridad jurídica, lo que ha permitido su asimilación a la validez y eficacia derivada de la transmisión por correo postal²⁵³. De este modo, se abriría una duplicidad de posibilidades en cuanto a la garantía de la transmisión de documentos electrónicos: de un lado, el establecimiento de una presunción *iuris tantum* de recepción bajo determinadas circunstancias previas como la comunicación por el destinatario de la dirección en cuestión; y de otro, la instauración de sistemas de transmisión telemática capaces de dar fe de la recepción, siendo posible el recurso a una u otra modalidad según la existencia de necesidad normativa de obtener certificado de transmisión y recepción²⁵⁴.

Panorama en el que el correo electrónico certificado se constituyó, de forma temprana, en el sistema de comunicación principal para aquellos casos en los que la

²⁵¹ BARLETTA, A., «Posta elettronica certificata (PEC) -voce-», en *Digesto discipline pubblicistiche. Aggiornamento*, Utet giuridica, Torino, 2012, pp. 573y 574..

²⁵² Funcionalidad de gran importancia en sede de contratación pública electrónica.

²⁵³ En este punto se ha podido superar la problemática surgida en relación a la redacción original del art. 48, c. 2 del d.lgs. n. 82/2005 que limitaba tal equivalencia “*nei casi consentiti dalla legge*”, esto es, “en los casos recogidos por la ley”, es decir, mediante una vinculación de carácter positivo, sustituida en virtud del d.lgs. n. 235/2010, por el que tal vinculación o correspondencia pasa a reformularse de modo que exista con carácter general “*salvo che la legge disponga diversamente*”, esto es, “salvo que la ley disponga lo contrario”.

Como señala PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Circolare n. 1/2010: Uso della Posta elettronica certificata nelle amministrazioni pubbliche*, cit., el correo electrónico certificado se constituye en la herramienta que, en el contexto de informatización y digitalización de los procedimientos administrativos, otorga las garantías necesarias de calidad, trazabilidad y seguridad.

²⁵⁴ MISTICHELLI, S., “Trasmissione informatica dei documenti”, cit., p. 262.

posesión de una dirección de aquel fuera declarado por los administrados ante las Administraciones Públicas —arts. 12 d.P.R. n. 513/1997, 14, c. 1 del d.P.R. n. 445/2000 y art. 48, c. 2 del d.lgs. n. 82/2005—. Protagonismo de la citada herramienta que estaba abocado a incrementarse posteriormente dada la determinación del legislador italiano en relación a la comunicación de los documentos electrónicos de optar progresivamente por la utilización de un sistema de correo electrónico cualificado. De ahí, que esta herramienta se instituiría como medio primordial de interrelación entre administración y administrado. Sin embargo, la mayor seguridad de las comunicaciones, mediante el establecimiento de un sistema de aseveración de la transmisión y recepción de los envíos, provocó que se abandonara la comúnmente extendida figura del correo electrónico en pos de otra de mayor complejidad técnica, lo cual, unido a la necesidad de su previa comunicación a las Administraciones Públicas, redujo su utilización y utilidad por parte de los administrados.

Dicha circunstancia no quebró la determinación del legislador italiano en su apuesta por el medio de correo electrónico más complejo pero, al mismo tiempo, más garantista tal y como confirmó la Legge n. 2/2009, la que llevó a cabo la conversión, con modificaciones, del d.L. n. 185/2008 introduciendo en su art. 16, c. 6 la obligación de las empresas de indicar en la solicitud de inscripción en el *registro delle imprese* su dirección de correo electrónico certificado, otorgando, a su vez, a las empresas ya constituidas un plazo de tres años para comunicar dicha información. Medida análoga a la tomada por el c. 7 del mismo artículo respecto de los profesionales inscritos en los correspondientes registros legalmente establecidos, al disponer que los correspondientes colegios procedieran a la publicación de un listado de los correos electrónicos certificados cuya consulta quedara reservada a las Administraciones Públicas. A su vez, el art. 16, c. 8 del d.L. n. 185/2008, pasó a prever esta misma obligación respecto de las Administraciones Públicas con la obligación de su comunicación al *Centro Nazionale per l'Informatica della Pubblica Amministrazione* —CNIPA—, el que pasaría a constituir un listado público de los correos electrónicos certificados de aquellas. Previsión esta última, en relación a la cual ha de señalarse que el d.L. n. 78/2009, con la introducción del art. 57-bis del d.lgs. n. 82/2005, instituyó el *Indice degli indirizzi delle pubbliche amministrazioni*, dentro del cual se haría pública la estructura organizativa de cada Administración, el listado de servicios ofrecidos por la misma y las direcciones de

correo electrónico certificado, con obligación semestral de actualización de su contenido.

De este modo, los referidos sujetos pasarían a estar obligados a la recepción de comunicaciones por medio de dicho canal sin necesidad de que el destinatario declarara su disponibilidad o aceptara su utilización. Paralelamente, el art. 16-bis, c. 5 del d.L. n. 185/2008, desarrollado posteriormente por el d.P.C.M. n. 38524/2009, abriría la posibilidad de que todo ciudadano pudiera obtener una dirección de correo electrónico certificado.

Si bien la introducción de estos canales telemáticos de transmisión de los documentos digitales presentó, en la línea de lo ya analizado en los epígrafes anteriores, una primera regulación limitada, con carácter preceptivo, a las administraciones centrales, y que era extensiva también a las entidades regionales y locales solo en los casos en los que su normativa propia no estableciera lo contrario —versión original del art. 6 del d.lgs. n. 82/2005—, posteriormente, el art. 34, c. 1, lett. a) de la Legge n. 69/2009 estableció la posibilidad de que las administraciones regionales y locales pudieran asignar a los residentes en su territorio buzones de correo electrónico certificado para la transmisión de documentos oficiales. Se instauraba así un sistema de comunicaciones telemáticas cuya regulación y funcionamiento diferiría en función de la administración territorial interlocutora, provocando el correspondiente déficit de interoperabilidad organizativa que, finalmente, fue superado con la modificación introducida del artículo en cuestión por el d.lgs. n. 235/2010, por el que se suprimirían las anteriores salvaguardas de la actuación autónoma a nivel regional y local, al llevar a cabo la extensión subjetiva del d.lgs. n. 82/2005 indicada anteriormente. De esta forma se hizo patente, en el ámbito de los sistemas de transmisión de documentos electrónicos, la potenciación de la acción de coordinación estatal en la implantación de los sistemas de *e-government* en los términos que han quedado expresados.

A pesar del nivel de regulación alcanzado, el legislador italiano continuó perfeccionando la expansión de la utilización de la tecnología del correo electrónico certificado al tiempo que trataba de compatibilizar esta con las barreras digitales que podrían derivar de su mayor complejidad técnica. De este modo, la evidencia empírica reflejaba la necesidad de una evolución y reconsideración de este medio de transmisión de documentos electrónicos, recibándose como respuesta el desarrollo de la figura del *domicilio digital*, introducido por el art. 4, c. 1 del d.L. n. 179/2012, consistente en una

dirección de correo electrónico certificado registrada en el Registro Nacional de la Población Residente —ANPR— a través del cual quedaba a disposición de todas las Administraciones Públicas y gestores de servicios públicos, al tiempo que instituyó una única base de datos con el fin de aunar la información contenida previamente en los aproximadamente 8.000 *anagrafi* de los municipios italianos.

Dicha norma introductora del concepto de domicilio digital preveía que, a partir del uno de enero de 2013, salvo en los casos en los que una norma especial estableciera una forma diversa de comunicación telemática, las Administraciones Públicas y los gestores de servicios públicos se comunicarían con los ciudadanos exclusivamente a través del domicilio digital para el caso de que éste hubiera sido declarado, sin que ninguna otra forma de comunicación pudiera provocarles efectos desfavorables. De este modo se superaba la limitación anterior por la cual el empleo del correo certificado conllevaba la carga previa de su comunicación a cada una de las Administraciones interlocutoras.

No obstante, la nueva normativa para los casos en los que los ciudadanos no hubieran comunicado y registrado un domicilio digital, preveía que las comunicaciones entre administrado y administración se pudieran desenvolver mediante la utilización de documentos informáticos firmados con firma digital o con firma electrónica avanzada y archivados de manera electrónica, que serían transmitidos mediante copia analógica del mismo con firma manuscrita por medio de correo postal ordinario o certificado con acuse de recibo, en el que se indicara la existencia y ubicación del documento informático del que tal documento analógico era copia, accesible mediante los sistemas de registro electrónico²⁵⁵. Es decir, reconociendo la complejidad técnica del medio seleccionado para la transmisión de documentos electrónicos, no se renuncia al empleo principal del documento electrónico y sistema de registro igualmente electrónico en el seno del funcionamiento de la Administración Pública, pese a lo cual, en aras a reforzar la seguridad jurídica de los ciudadanos, se orquesta un sistema analógico alternativo para la recepción de comunicaciones procedentes de los poderes públicos.

²⁵⁵ La nueva regulación y extensión del domicilio digital pone fin a la aparente antinomia normativa que se podía predicar respecto de los arts. 3-bis, c. 4-bis y 47, c. 2 del d.lgs. n. 82/2005 en los que respecto a las comunicaciones en las que se empleara el correo electrónico ordinario de forma conexas al envío por correo ordinario de copia analógica, se imponían niveles de firma electrónica diversos a la hora de asegurar la procedencia, debiendo ostentar como mínimo un nivel avanzado en el primero de ellos y el de firma digital o cualificada en el segundo.

Solución analógica alternativa para la transmisión de documentos electrónicos que desde el principio presentaba un carácter temporal tal y como puso de manifiesto la legislación sucesiva. Así, para los casos de ausente comunicación al ANPR de un domicilio digital por parte de los ciudadanos, el d.lgs. n. 179/2016 introdujo el art. 3-bis, por el que se disponía, con carácter general, que, incluso en dichos casos, se facilitaría a los ciudadanos un domicilio digital con la modalidad establecida mediante decreto del Ministerio del Interior en concierto con el Ministerio para la simplificación y la Administración Pública, tras ser oído el *Garante per la protezione dei dati personali*, al mismo tiempo que se establecieron los primeros supuestos de empleo preceptivo del domicilio digital, los cuales no eran sino sucesión de las anteriores previsiones de uso preceptivo de correo electrónico certificado ya expuestas, instándose obligatoriamente a la obtención y comunicación de un domicilio digital para las empresas y los profesionales²⁵⁶ obligados a su inscripción en listas o registros públicos, tales como el *registro delle imprese* o en registros de colegios profesionales²⁵⁷.

Continuando con dicha línea, el d.lgs. n. 217/2017 ha dispuesto la necesidad de que el referido decreto prevea otras modalidades de obtención de un domicilio digital a fin de superar la brecha digital —*divario digitale*— para aquellos con dificultades de acceso al mismo, con expresa indicación de que, cuando dicha normativa de desarrollo sea llevada a cabo, también pasarán a ser exclusivamente electrónicas, con carácter preceptivo, las comunicaciones entre tales personas físicas que no hayan procedido a la comunicación de un domicilio digital y las Administraciones Públicas, manteniéndose el sistema de comunicaciones basado en el envío de copia en papel del documento informático tan solo de forma temporal hasta el momento de entrada en vigor de dicha normativa de desarrollo. Previsión transitoria necesaria, toda vez que, como señala MADDALENA, la generación de situaciones normativas en las que se exija una relación electrónica con la Administración cuando el ciudadano no se encuentre fácticamente en situación de poder tener acceso a las TIC pertinentes tiñe de ilegitimidad la acción administrativa²⁵⁸, pero que viene a marcar ya el decidido esfuerzo del poder público en

²⁵⁶ Obligación que entronca con la previa preceptividad de la adopción del correo electrónico certificado por parte de empresas, profesionales y Administraciones Públicas que todavía no hubieran procedido a ello establecida ex arts. 16 y 16-bis del d.L. n. 185/2008, convertido con modificaciones en la Legge n. 2/2009.

²⁵⁷ Preceptividad eficaz a partir del 14 de septiembre de 2016 con la modificación del art. 6-bis, c. 2 introducida por el d.lgs. n. 179/2016.

²⁵⁸ MADDALENA, M. L., “La digitalizzazione della vita dell’amministrazione e del processo”, cit., p. 583; CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE CONSULTIVA PER ATTI NORMATIVI, *Parere*, n. 11995/2004, cit.

poner fin a la extendida afirmación de que Internet no constituye un medio de comunicación cultural y socialmente a disposición de todos²⁵⁹.

Esta progresiva preceptividad de la posesión y realización de las comunicaciones a través del domicilio digital y, con ello, mediante la tecnología del correo electrónico certificado ha llevado, finalmente, continuando con la línea de actuación iniciada antes de la conformación de la noción de domicilio digital en torno al correo electrónico certificado, a la creación o establecimiento sucesivo de tres Registros al efecto en los que poder consultar en función del tipo de sujeto: el *Indice nazionale dei domicili digitali delle imprese e dei professionisti*, el *Indice degli indirizzi della Pubblica Amministrazione e dei gestori di pubblici servizi*, y el *Indice degli indirizzi delle persone fisiche e degli altri enti di diritto privato* —art. 1-ter del d.lgs. n. 82/2005, introducido por el d.lgs. n. 217/2017 en el seno de la *Strategia per la crescita digitale 2014-2020*²⁶⁰—, en los que, tras hacer públicos los domicilios digitales de los diferentes sujetos a los que van dirigidos, se permite el acceso público a los mismos para todos los ciudadanos sin necesidad de autenticación, —art. 6-quinquies del d.lgs. n. 82/2005, introducido por el d.lgs. n. 217/2017—. No obstante, se prevé expresamente que, salvo autorización del titular del domicilio digital, la información de los Registros solo pueda ser empleada para el envío de comunicaciones conexas al desarrollo de las funciones institucionales de las Administraciones Públicas.

La creación del primero de los indicados Registros, relativo a los domicilios digitales correspondientes a empresas y profesionales fue creado por el art. 6-bis del d.lgs. 82/2005, estando prevista su puesta en funcionamiento en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del art. 5, c. 3 del d.L. 179/2012, esto es, el 19 de diciembre de 2012, basándose para dicha puesta en funcionamiento en los datos existentes en el Registro Mercantil y en los registros de los colegios profesionales.

El segundo Registro, relativo a las Administraciones Públicas, fue creado, para su entrada en funcionamiento a partir de 14 de septiembre de 2016, por el art. 6-ter que introduce el art. 7 c. 2, del d.Lgs n. 179/2016, siendo concebido inicialmente como un registro de las direcciones de correo electrónico certificado de cada una de las Administraciones Públicas. Su instauración y gestión ha sido confiada a la AgID, si

²⁵⁹ MIANI, M., *Comunicazione pubblica e nuove tecnologie: la pubblica amministrazione dall'e-democracy all'e-government*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 32.

²⁶⁰ PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Strategia per la crescita digitale 2014-2020*, Roma, 2015, pp. 70 a 72.

bien, la referencia al correo electrónico certificado ha sido sustituida por la referencia a domicilio digital mediante la modificación que realiza el art. 9, c. 1 lett. b) del d.lgs. n. 217/2017, que prevé la obligación de las Administraciones Públicas de mantener actualizada la información del índice so pena de incurrir en responsabilidad.

Finalmente, el tercero de estos índices o Registro, referido a la generalidad de los ciudadanos, es introducido por el art. 9, c. 2 del d.lgs. n. 217/2017. Es de destacar, que en el caso de los profesionales, con carácter general y sin perjuicio de su derecho para la elección de uno distinto, se considera como domicilio digital el mismo que figure en el *indice nazionale dei domicili digitali delle imprese e dei professionisti*.

El artículo 6 del d.lgs. n. 82/2005 prevé expresamente y con carácter general los mismos efectos a las comunicaciones llevadas a cabo en los domicilios digitales, en cuanto estos se basan en la utilización de la tecnología del correo electrónico certificado, que a la notificación por medio de correo certificado con acuse de recibo, entendiéndose como enviadas en el momento en el que son remitidas al gestor del sistema y como recibidas en el momento en el que se encuentren disponibles en el domicilio digital del destinatario, salvo prueba a cargo de éste, en el caso de que no haya podido acceder a la comunicación por causas no imputables al mismo.

Línea regulatoria de la transmisión de documentos electrónicos a la que se une la contenida en el art. 24, c. 3-bis del d.L. n. 90/2014 al implantar la obligación de informatización de los procedimientos de presentación de instancias, declaraciones e informes a los que los ciudadanos y empresas deberán tener acceso mediante la utilización del sistema de identidad digital.

Se confirma de este modo una clara tendencia de desmaterialización del documento informático en cuanto a su generación, transmisión, archivo y consulta, lo que determina la pérdida de las garantías tradicionales de autoría e integridad documental propias de la Administración en papel, conllevando la necesidad de la generación de una serie de sistemas y/o plataformas como los analizados, sobre los que profundizaremos en el capítulo siguiente en materia de contratación pública, así como la extensión en el uso de la figura de la firma electrónica.

La regulación analizada pone de manifiesto igualmente un sistema italiano de comunicaciones electrónicas *sui generis* al basarse en un instrumento de correo electrónico certificado no extendido en el resto de países de la Unión Europea. Esta

peculiaridad supone un importante óbice a la interoperabilidad²⁶¹ y para cuya superación, en materia de contratación pública, se realiza un análisis profundo en el capítulo siguiente. A este respecto, el d.lgs. n. 82/2005 ya prevé la posibilidad de la aceptación adicional de sistemas análogos que empleen tecnologías que certifiquen el momento de envío y de recepción de las comunicaciones, así como su integridad, tal y como encontramos en sede del art. 16, c. 6 del d.L. n. 185/2008.

4. LA FIRMA ELECTRÓNICA

Entre las características y principales ventajas de los medios tecnológicos nos encontramos la ausencia de todo elemento presencial o físico. Así, el documento electrónico se concibe como un elemento enteramente virtual orientado, naturalmente, a su conservación y transmisión igualmente virtuales, lo cual, como reverso de sus múltiples beneficios, sobre los que tendremos ocasión de detenernos, imposibilita los métodos de identificación y fiabilidad tradicionales²⁶², deviniendo del todo necesaria la introducción de elementos de seguridad aplicables a las comunicaciones y documentos electrónicos que le doten de un mínimo de fiabilidad, hasta el punto de que, en última instancia, dependa de ello su viabilidad jurídica²⁶³.

En consonancia con lo anterior, observamos cómo las tradicionales comprobaciones de seguridad de los documentos en papel, no susceptibles de prolongación en el ámbito virtual, han sido sustituidas en este nuevo escenario por la figura de la firma electrónica²⁶⁴, a través de la cual se pretende dar solución a los problemas derivados de la necesidad de integridad, inalterabilidad, autenticidad y fechado, todos ellos imprescindibles para su funcionamiento²⁶⁵. De esta forma, la regulación del documento electrónico, figura básica del proceso de introducción de las TIC en la Administración Pública, conecta inevitablemente con la figura de la firma electrónica, hasta el punto de ser el elemento del que ha de depender la intensidad de su

²⁶¹ BARLETTA, A., “Posta elettronica certificata (PEC) -voce-”, cit., pp. 574 y 575.

²⁶² VALERO TORRIJOS, J., “Innovación tecnológica e innovación administrativa”, cit. p. 11.

²⁶³ MARTÍN DELGADO, I., «Identificación y autenticación de los ciudadanos», en *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008 p. 319.

²⁶⁴ Véase Art. 59.6 de la Directiva 2014/24/UE.

²⁶⁵ GAMERO CASADO, E. Y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., “El Derecho Administrativo ante la «Era de la Información»”, cit. pp. 33 y 34.

eficacia jurídica o, incluso, la validez jurídica de su transmisión²⁶⁶. Relación mantenida tanto en nuestro Ordenamiento Jurídico como dentro del Ordenamiento europeo, y ello, con independencia de que la relación electrónica tenga su origen a iniciativa de la administración o del administrado-operador económico²⁶⁷. Así, la Directiva 1999/93/CE ya establecía en su preámbulo —considerando 19— la necesidad del empleo de la firma electrónica en las comunicaciones telemáticas entre Administraciones²⁶⁸ y entre éstas y los ciudadanos y demás agentes económicos. Situación mantenida por el Reglamento 910/2014²⁶⁹, así como por la Directiva 2014/24/UE en materia de contratación electrónica que prevé indirecta, pero expresamente, la posibilidad de exigir el uso de la firma electrónica en las “diferentes fases de cada procedimiento de contratación”²⁷⁰.

La primera previsión de utilización de la firma electrónica en el Ordenamiento Jurídico italiano la encontramos en el art. 15, c. 2 de la Legge n. 59/1997, contemporánea a la de la aparición del documento electrónico, la cual supuso una temprana introducción de este nuevo sistema de seguridad virtual respecto del resto de países de la UE y a las sucesivas directivas de la Comunidad Europea sobre la materia, donde se optó por la adopción de un determinado tipo de firma electrónica, en concreto, por una específica solución tecnológica para el empleo de la firma electrónica en sus mayores niveles de seguridad: la *firma digital*, la cual era definida por el art. 1, c. 1, lett. b) de la Legge n. 59/1997 como²⁷¹:

²⁶⁶ COSTANZO, P., “Internet (Diritto Pubblico) -voce-”, cit., pp. 361 y 362.

²⁶⁷ Véase Art. 22 de la Directiva 2014/24/UE y Disposición Adicional Decimosexta del TRLCSP.

²⁶⁸ Sobre la utilización de la firma electrónica por parte de las Administraciones Públicas véanse arts. 18 y 19 Ley de Acceso Electrónico de los Ciudadanos al Sector Público y su detallado análisis en MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «Identificación y autenticación electrónica: DNI electrónico.», en *Administración electrónica y ciudadanos*, Thompson Reuters, Cizur Menor, 2011 pp. 428 y ss. Preceptos ahora sustituidos por los arts. 40 y ss. Ley 40/2015.

²⁶⁹ Extremo que se da por supuesto como medio de seguridad de las comunicaciones efectuadas por las Administraciones públicas y poderes adjudicadores, junto con otros medios *ad hoc* como el sello electrónico. Véase Considerando 50 Reglamento 910/2014. Como señala DE JUAN CASERO, L. J., «Perfil del contratante y Plataforma de contratación del sector público», *Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, vol. 137, 2015 p. 6, el uso de un sistema de firma electrónica “es consustancial al documento electrónico administrativo”.

²⁷⁰ Art. 22.6.b de la Directiva 2014/24/UE al que remite el punto c) del referido precepto.

²⁷¹ Definición sustancialmente igual a la actualmente contenida en el art. 1, c. 1, lett. s) del d.lgs. n. 82/2005.

il risultato della procedura informatica (validazione) basata su un sistema di chiavi asimmetriche a coppia, una pubblica e una privata, che consente al sottoscrittore tramite la chiave privata e al destinatario tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici.

el resultado del procedimiento informático (validación) basado en un sistema de claves asimétricas establecidas por parejas, una pública y otra privada, que permite al firmante a través de la clave privada y al destinatario a través de la clave pública, respectivamente, de dejar constancia y verificar el origen y la integridad de un documento informático o de un conjunto de documentos informáticos.

Tipo de firma que, como se desprende en términos generales del art. 10, c. 2 del d.P.R. n. 513/1997, no solo es equivalente, sino supera el valor probatorio de la firma escrita sobre soporte papel, al tiempo que se constituye como un instrumento que garantiza la autoría y la integridad del documento, al tener que estar referida de manera unívoca a un sujeto y a un determinado documento respecto del que garantiza la ausencia de toda modificación ulterior. De hecho, sigue constituyendo, aún a día de hoy, el sistema de firma electrónico que goza, con diferencia, de una mayor regulación y atención en el Ordenamiento Jurídico italiano tal y como se desprende del d.lgs. n. 82/2005 en relación con el d.P.C.M. n. 68380/2013²⁷² y la deliberazione CNIPA n. 45 del 21 de mayo de 2009.

Junto a la firma digital, se introdujo un grado de firma digital de seguridad y confianza todavía mayor, denominada *firma digital autenticada*, consistente en la firma digital efectuada en presencia de oficial público —notario o empleado público autorizado— previa comprobación de la identidad del firmante, de la validez de la clave empleada, que la voluntad de éste es acorde con el tenor del texto y que el mismo no es contrario al Ordenamiento Jurídico. Tipo de firma mantenida hasta nuestros días a través del art. 25 del d.lgs. n. 82/2005.

²⁷² OROFINO, A. G., «L'esternazione informatica degli atti amministrativi», en MATTEUCCI, S.C. y TORCHIA, L. (coords.) *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Vol. IV. La tecnificazione*, Firenze University Press, Firenze, 2016, p. 185.

El referido decreto del President del Consiglio dei Ministri viene a suceder a sus antecesores el d.P.C.M. n. 38840/2009, el d.P.C.M. n. 14146/2004; y el d.P.C.M. n. 352700/1999.

Estructura bicéfala del sistema de firma electrónica en Italia que fue incorporada inicialmente por el d.P.R. n. 445/2000 y, rápidamente, modificada por el d.P.R. n. 137/2003 en desarrollo del d.lgs. n. 10/2002 en aras a la trasposición de la Directiva 1999/93/CE, esto es, de la adecuación del pionero sistema nacional de firma electrónica a la sobrevenida regulación comunitaria del sector, que hacía necesaria la reestructuración de la regulación del sistema de firma electrónica dada la falta de neutralidad tecnológica de las primeras regulaciones nacionales (ya expuestas) que recogían y regulaban un exclusivo tipo y formato de firma electrónica, en concreto, aquella basada en un sistema criptográfico asimétrico de doble clave²⁷³.

En efecto, de forma paralela al de firma digital, la regulación comunitaria exigió la introducción del concepto más amplio de firma electrónica, entendida entonces como el conjunto de datos electrónicos incorporados de manera lógica a otros datos electrónicos como método de autenticación informática. Definición extraída de la Directiva 1999/93/CE, posteriormente derogada y sustituida por el actual Reglamento 910/2014/UE, en el que se mantiene a grandes rasgos la misma en su artículo 3, en el que se define, ahora, la firma electrónica como el conjunto de datos electrónicos unidos a otros datos “de forma lógica”, respecto de los que actúan como un medio de autenticación —para garantizar la autenticidad e integridad del documento firmado— y de identificación —para permitir el conocimiento del sujeto que suscribe el documento—²⁷⁴.

Si bien, como ya ocurría en sede de interoperabilidad, nos encontramos ante un concepto no unívoco, dentro del cual podemos encontrar diversas tipologías regladas y niveles de seguridad que podemos clasificar del siguiente modo²⁷⁵:

- Firma electrónica simple: aquella que incluye cualquier signo telemático de identificación con independencia de la intensidad de asociación lógica

²⁷³ BUONOMO, G., *Processo telematico e firma digitale*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, p. 158; ZAGAMI, R., *Firma digitale e sicurezza giuridica*, cit., p. 33; CAMMAROTA, G., «Firme elettroniche e certificatori», en CARLONI, E. (coord.) *Codice dell'amministrazione digitale. Commento al D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2005, p. 200.

²⁷⁴ En mayor profundidad sobre la distinción de ambas funcionalidades, véase MARTÍN DELGADO, I., “Identificación y autenticación de los ciudadanos”, cit. pp. 319 y ss.

²⁷⁵ DOMÍNGUEZ MACAYA-LAURNAGA, J., *Claves para una contratación pública electrónica eficaz.*, El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 2011 pp. 6 y ss.; TESSARO, T. Y PIOVESAN, S., *La riforma Madia del procedimento amministrativo. La legge 241/90 dopo la legge 124/2015*, cit., p. 123. Tipos que se mantienen en el Reglamento 910/2014 tal y como puede observarse en sus arts. 3.10, 3.11, 3.12, 26 y concordantes.

entre la firma y lo firmado como, por ejemplo, una firma manuscrita escaneada o el uso de un usuario y contraseña.

- Firma electrónica avanzada: aquella que aúna los siguientes requisitos —art. 26 del Reglamento 910/2014—:

a) Estar vinculada al firmante de manera única;

b) Permitir la identificación del firmante;

c) Haber sido creada utilizando datos de creación de la firma electrónica que el firmante puede utilizar, con un alto nivel de confianza bajo su control exclusivo; y

d) Estar vinculada unívocamente con los datos firmados por la misma de modo tal que cualquier modificación ulterior de los mismos sea detectable —integridad—.

- Firma electrónica cualificada o reconocida: aquella tipología que, además de los requisitos necesarios para una firma electrónica avanzada, reúne otros dos adicionales —artículos 28 y 29 del d.lgs. n. 82/2005 y arts. 3.12 y 28 del Reglamento 910/2014—, equiparándose tradicionalmente, en cuanto a su eficacia, a la que tendría una firma manuscrita²⁷⁶ —art. 26 del Reglamento 910/2014—. Tales requisitos son:

+ Estar basada en un certificado cualificado o reconocido para la creación de firmas electrónicas, que son, fundamentalmente, aquellos que cumplen los requisitos señalados en los artículos 28 y 29 del d.lgs. n. 82/2005; y

+ Haber sido generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma.

Dentro de este tipo de firma electrónica debemos encuadrar la firma digital²⁷⁷ introducida originariamente en el Ordenamiento Jurídico italiano como un concreto tipo de solución de firma electrónica cualificada.

- Firma electrónica basada en un certificado cualificado²⁷⁸: aquella que reúne los requisitos de la firma electrónica avanzada y, además, el primero de los

²⁷⁶ Valor incluso superior en el caso de Italia al obtener categoría de *scrittura privata* reconocida

²⁷⁷ OROFINO, A. G., “L’esternazione informatica degli atti amministrativi”, cit., p. 184.

requisitos señalados respecto de la firma electrónica cualificada. Se trata de una figura híbrida, introducida por la Decisión de la Comisión Europea 2009/767/CE, de 16 de octubre, por la que se adoptan medidas que facilitan el uso de procedimientos por vía electrónica a través de las “ventanillas únicas”, con arreglo a la Directiva 2006/123/CE.

Sistemas de firma electrónica en los que, incluso en sus niveles de seguridad mayores, en relación a su empleo y utilización práctica, éste ha venido a ser denominado por la doctrina como “simple”, pudiendo procederse a su empleo mediante la utilización de una tarjeta inteligente o mediante la instalación de un software facilitado por el certificador a través del cual se pueda emplear la firma electrónica mediante la inserción de una contraseña²⁷⁹.

4.1 EL USO DE LA FIRMA ELECTRÓNICA POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

De los rasgos característicos expuestos de los diferentes niveles de firma se pueden vislumbrar las razones por las que el art. 25 del d.P.R. n. 445/2000 establecía que todo documento informático generado o detentado por la Administración Pública, con relevancia *ad extra*, debía sustituir la firma manuscrita por la firma digital, debiendo ser matizada únicamente tal exigencia respecto de los documentos con exclusiva relevancia interna —art. 29 del d.P.R. n. 445/2000—, y ello, a pesar de los mayores requisitos y complejidad técnica que introduce. Regulación modificada en lo relativo a las comunicaciones *ad extra* con la aparición del d.lgs. n. 82/2005, en aras a la necesidad de neutralidad tecnológica establecida desde Europa, que hará necesario un mayor esfuerzo interpretativo a la hora de responder a esta cuestión²⁸⁰.

En efecto, la redacción original del art. 34, c. 1 del d.lgs. n. 82/2005 establecía que en la firma de documentos informáticos con eficacia *ad extra* era necesaria la utilización de certificados cualificados, bien mediante autogeneración o a través de terceros certificadores acreditados “según la vigente normativa en materia de contratos públicos”, lo que inicialmente nos conducía a la exigencia de un nivel de firma cualificado o de firma digital. Dicho sistema se ha mantenido hasta la actualidad, pero por las modificaciones de la legislación sobre contratación pública, que pasaremos a

²⁷⁸ Siguiendo la denominación establecida en DOMÍNGUEZ MACAYA-LAURNAGA, J., *Claves para una contratación pública electrónica eficaz.*, cit. p. 9.

²⁷⁹ BELISARIO, E., *La nuova Pubblica Amministrazione Digitale*, cit., p. 51.

²⁸⁰ OROFINO, A. G., “L’esternazione informatica degli atti amministrativi”, cit., p. 186. La disposición anterior relativa a las comunicaciones *ad intra* fue mantenida en el art. 34, c. 2 del d.lgs. n. 82/2005.

analizar en el epígrafe siguiente, ha requerido eliminar la remisión a la regulación de la contratación pública para establecer directamente un nivel de firma digital u otro tipo de firma electrónica cualificada. Modificación llevada a cabo por el art. 32, c. 1, lett. a), del d.lgs. n. 217/2017. Mismos niveles de firma electrónica que los requeridos para la realización de copias auténticas en forma digital de documentos en papel, para lo que se precisa, en todo caso la utilización de firma digital, o de otro tipo de firma cualificada, a la hora de dar fe el poder público de la equivalencia de ambos documentos —art. 23 ter, c. 3 del d.lgs. n. 82/2005—. Podemos contemplar, por tanto, cómo se ha optado por un sistema en el que los actos de la Administración Pública con carácter externo adoptan generalmente la forma de *scrittura pubblica* reconocida. Sistema corroborado por el art. 1 de la Legge n. 124/2015.

No obstante, en el caso de que se produzca una comunicación de la Administración Pública sin firma digital u otro tipo de firma cualificada ésta no carecerá totalmente de valor, sino que se considerará como una comunicación sin valor procedimental²⁸¹. No obstante, en algunas ocasiones se ha mantenido por los Tribunales su valor de acto administrativo en aplicación del principio de *instrumentalidad de la forma* contenido en los arts. 121 y 156 del *codice de procedura civile*. Son aquellos casos en los que se considera que no hay ninguna duda sobre la imputación de la voluntad expresada en el acto a la Administración en cuestión²⁸². Criterio jurisprudencial que no podemos compartir y que viene a suponer, en última instancia, una trasposición directa y sin filtros de la aplicación del Ordenamiento Jurídico de la administración en papel a la administración digital. En efecto, la anterior interpretación jurisprudencial, aunque excepcional, supone ignorar que la firma electrónica en el nivel legalmente señalado, dadas las particulares condiciones de la administración digital antes referidas, viene a suponer un elemento esencial en todo caso, garante no solo de la autoría, sino también de la trazabilidad e integridad del documento y, en definitiva, del buen funcionamiento de todo el sistema que no puede ser asimilado a la falta de firma manuscrita, encuadrado ello, además, en un ámbito como el administrativo en el que se

²⁸¹ T.A.R. SICILIA. CATANIA. SEZIONE II, *Sentenza n. 2591/2013, 29 ottobre 2013*.

²⁸² T.A.R. LAZIO. ROMA. SEZIONE II-TER, *Sentenza n. 13654/2015, 2 dicembre*; En relación a la importancia de la firma, aun desde el punto de vista del administrado a la hora de la presentación de ofertas en un procedimiento de contratación pública véase T.A.R. CAMPANIA. NAPOLI. SEZIONE VIII, *Sentenza n. 368/2013 17 gennaio*.

acentúa la importancia de las garantías formales²⁸³. De este modo, renunciar a la firma electrónica supondría renunciar a un requisito esencial del procedimiento electrónico, con independencia de las circunstancias que acaezcan en el “mundo analógico”. Así, si por efecto de la comunicación digital defectuosa se han producido una serie de actuaciones del particular que han dado lugar a otras puestas a disposición de la comunicación del acto por otros canales analógicos, como por ejemplo, la personación en la sede de la Administración, o bien, la comunicación electrónica ha ido acompañada de adicionales actuaciones analógicas de la Administración tendentes a confirmar la primera, tales extremos no convalidarán o no deberían poder convalidar los esenciales defectos formales de la comunicación electrónica carente de firma digital, sino que todo lo más podrían constituir, por sí mismas, comunicaciones adicionales, válidamente puestas a disposición del administrado por canales analógicos, si la normativa en vigor lo permite. En caso contrario, tal realidad analógica debería ser considerada jurídicamente irrelevante, sin validez alguna de la comunicación electrónica, al carecer de garantía sobre su autoría e integridad. En otro caso se estaría dando lugar a una indebida despersonalización y “desresponsabilización” del mundo del *e-government*²⁸⁴, así como a la exoneración de un requisito a la Administración Pública que, por el contrario, sí será férreamente exigido al administrado. Por ejemplo, en materia de contratación pública, donde en relación a la presentación de ofertas o solicitudes de participación, dada la funcionalidad antes señalada de la firma electrónica se ha venido a señalar que su ausencia no viene a constituir una mera irregularidad formal, sino un aspecto que afectará irremediablemente a la validez sustancial de la oferta o de la solicitud sin necesidad de una previa declaración al respecto de la *lex specialis* de la licitación²⁸⁵, debiendo proceder, en todo caso, a la subsanación de tal defecto, tan pronto sea posible, como requisito necesario para que la comunicación inicial sin la necesaria firma electrónica surta efectos²⁸⁶.

²⁸³ LEDDA, F., «Elogio della forma scritto da un anticonformista», *Il Foro Amministrativo*, vol. 76 9-10, 2000, p. 3452; LUCIANI, F., *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Giappichelli editore, Torino, 2003.

²⁸⁴ Límites que no deben ser traspasados tal y como señala SORACE, D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 139.

²⁸⁵ CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE V, *Sentenza n. 5547/2008, 7 novembre*; CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE IV, *Sentenza n. 1832/2010, 31 marzo*; CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE V, *Sentenza n. 528/2011, 25 gennaio*; T.A.R. SICILIA. PALERMO. SEZIONE I, *Sentenza n. 5498/2010, 19 aprile*.

²⁸⁶ ANAC, *Determinazione n. 1/2015, 8 gennaio*, p. 14.

En esta línea, más comprometida sería la situación en el caso de que el acto administrativo no contuviera firma digital o cualificada, pero sí otro tipo de firma electrónica avanzada que, sin tener que recurrir a elementos extraños y dentro del propio contexto de la comunicación digital, permitiera asegurar el cumplimiento de los elementos esenciales exigidos. En este caso, podría estar justificada, ahora sí, la aplicación del *principio de instrumentalidad de la forma*. No obstante, incluso en estos casos, entendemos que no debería procederse a su aplicación, dado que supondría una exigencia tal de conocimientos informáticos y/o técnicos al administrado que lo podrían llegar a situar en una posición de indefensión²⁸⁷. En efecto, el Ordenamiento Jurídico italiano ha llevado a cabo una opción a favor de los sistemas de firma electrónica de mayor nivel de seguridad a la hora de garantizar la autoría, trazabilidad e integridad del documento, generando en el ciudadano una apariencia de necesidad de tales instrumentos a la hora de conseguir tales extremos. En dicho contexto, admitir el principio de instrumentalidad de la forma en base a otros niveles de firma electrónica avanzada supondría la exigencia para el destinatario de la comunicación de la exigencia de unos conocimientos técnicos desorbitados que le permitieran discernir, fuera de los dictados del legislador, qué tipo de firma electrónica cumple con los estándares de seguridad mínimos, lo que podría colocarlo en una situación de indefensión a la hora de conocer la validez y confiar en la seguridad de la puesta a disposición de la comunicación.

Por todo ello, no podemos coincidir con la doctrina jurisprudencial antes mencionada y sí con la opinión de OROFINO²⁸⁸, siendo más correcto concluir que, dada la estructuración de nuestro Ordenamiento Jurídico, debe afirmarse la invalidez de las resoluciones o actos administrativos que no gocen de los sistemas de firma “fuerte” exigidos en el d.lgs. n. 82/2005 en los términos analizados. Del mismo modo, debe asumirse con esta conclusión que, al igual que sucede con la administración en papel, los defectos de forma podrán ser empleados por algunos administrados conscientemente en su propio favor haciendo gala de la condición de *homo economicus* a la que nos

²⁸⁷ Sobre la dificultad técnica para comprender la normativa sobre firma digital véase PASCUZZI, G., *Il diritto dell'era digitale*, cit., pp. 93 y 94.

²⁸⁸ OROFINO, A. G., “L'esternazione informatica degli atti amministrativi”, cit., p. 192. En relación al carácter esencial de los requisitos formales de la Administración digital véase también MARTÍN DELGADO, I., “La difusión e intercambio de información contractual a través de medios electrónicos. Publicidad, notificaciones y comunicaciones electrónicas”, cit., pp. 1911 y 1912, en concreto su afirmación por la que se viene a sostener que: “el medio electrónico deja de ser una simple forma de gestión de los procedimientos para ser el procedimiento en sí”.

referíamos en el capítulo I respecto de los dirigentes de las Administraciones Públicas, pero que, en todo caso, estará legitimada por las prescripciones y garantías del marco jurídico inspiradas en la protección de la situación o posición común ocupada por el administrado, violándose de otro modo y en gran medida la fórmula de BLACKSTONE²⁸⁹, toda vez que se daría lugar a una regulación en la que se fomentaría o permitiría el sufrimiento de diez inocentes para conseguir que un *culpable* sufriera.

4.2 LOS MEDIOS DE IDENTIFICACIÓN ELECTRÓNICA DEL ADMINISTRADO

En cuanto a la presentación de documentos e instancias por parte de los administrados, el art. 65 del d.lgs. n. 82/2005 exigía inicialmente la utilización bien de firma digital basada en un certificado emitido por certificador acreditado, bien el uso de una carta electrónica de identidad como la carta de identidad electrónica o la carta nacional de servicios²⁹⁰, o bien, el sistema de identificación propio previsto por la Administración correspondiente. Posibilidades de identificación electrónica incrementadas en primer término mediante la modificación de este precepto llevada a cabo por el d.L. n. 5/2012, en virtud del cual pasó a admitirse, junto al empleo de firma digital, la utilización de otros tipos de firma electrónica cualificada basada en un certificado emitido por un certificador cualificado.

Junto a estos tres sistemas de identificación, el d.L. n. 179/2012 vino a establecer un medio adicional consistente en la transmisión de los documentos por el administrado desde su cuenta de correo certificado, a lo que el d.lgs. n. 179/2016 añadió, a su vez, la posibilidad de emplear en dicha transmisión de comunicaciones el denominado *sistema público de identidad digital* —SPID— introducido por la modificación llevada a cabo llevada a cabo por el d.L. n. 69/2013 del art. 64 del d.lgs. n. 82/2005 y desarrollado posteriormente por el Reglamento efectuado por la AgID en 2015 tras la habilitación al efecto llevada a cabo por el d.P.C.M. n. 77331/2014, lo que ha desembocado en su puesta en funcionamiento el 15 de marzo de 2016.

El SPID²⁹¹ se concebía como una solución electrónica por la que se habilitaba una identidad digital a los ciudadanos y empresas por medio de comparecencia física,

²⁸⁹ BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England. Vol. IV*, 1760, capítulo XXVII.

²⁹⁰ Sistemas de identificación basados en la incorporación a dichas tarjetas de un determinado certificado digital semejante a las firmas electrónicas cualificadas.

²⁹¹ PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Strategia per la crescita digitale 2014-2020*, cit., pp. 66 a 68; PORTALE, V. Y MIRAGLIOTTA, G., «A che punto è Spid (Sistema pubblico dell'identità digitale) e a cosa serve», *www.agendadigitale.eu*, 2017.

video comparecencia o firma digital a través de empresas privadas colaboradoras de la AgID, la cual es vinculada a unas determinadas credenciales que permiten su utilización en las relaciones de los administrados con las Administraciones Públicas. Actualmente, con datos de 2017, permite el acceso a 3.866 Administraciones Públicas y a unos 4.500 servicios públicos. En su funcionamiento emplea estándares previstos en el Reglamento n. 910/2014, que vendrán a garantizar la autoría y la integridad de las comunicaciones, garantizando en su utilización tres niveles de seguridad: (i) el primero consiste únicamente en la utilización de un nombre de usuario y una contraseña necesariamente renovada cada 180 días, que será empleado para actuaciones en las que el uso indebido de la identidad tenga un bajo impacto en la actividad del usuario y la Administración; (ii) el segundo es el empleo de un nombre de usuario más una clave temporal facilitada telemáticamente al usuario —*one time password*—, el cual está previsto para aquellos procedimientos en los que los riesgos anteriormente mencionados sean moderados, sin que sea necesaria la utilización de un certificado digital; y (iii) el tercero, consistente en la utilización de un usuario y contraseña más un soporte físico de identificación, cual es una tarjeta inteligente contenedora de un certificado digital, o bien de un *software* de certificado digital, reservado para aquellos casos en los que los riesgos de falseamiento de la identidad sean elevados.

La aparición del sistema SPID como cuarta posibilidad de identificación prevista legalmente, tras su previsión definitiva en 2014, supuso el fin de la posibilidad de las Administraciones de establecer sus propios sistemas de identificación²⁹², así como una amenaza a la hegemonía de la utilización de la firma digital como instrumento de seguridad dentro de las relaciones electrónicas, ya sea mediante la utilización de un *software* que contenga el certificado o de dispositivos físicos portadores del mismo²⁹³.

Ha de señalarse que la operativa de los anteriores niveles de seguridad, especialmente en lo que concierne al tercer nivel, equiparable a los certificados digitales, no supone una diferencia fáctica especialmente intensa respecto de la utilización de sistemas de firma electrónica fuerte, con el *hándicap* añadido de que, mientras el sistema SPID tiene una eficacia, en todo caso, limitada a Italia, los sistemas

²⁹² Previsión que, no obstante, tuvo en todo caso un carácter temporal, en principio más limitado del realmente experimentado tal y como se desprende del art. 64, c. 3 del d.lgs. n. 82/2005 el cual venía a limitar la eficacia de estos sistemas alternativos al 31 de diciembre de 2007.

²⁹³ TROJANI, F., *Il nuovo codice dell'amministrazione digitale dopo il d.lgs. 179/2016 e il Regolamento eIDAS*, cit., p. 42.

de firma electrónica constituyen una figura jurídica extendida por toda la Unión Europea con una regulación asentada y relativa a sus niveles mínimos de interoperabilidad. De hecho, la implementación del SPID no ha quedado exenta de los efectos de la brecha digital puesto que, mientras que la AgID esperaba superar los 10 millones de ciudadanos-usuarios, a finales de febrero de 2018 esa cifra se limitaba a los 2,1 millones de ciudadanos-usuarios, retraso en la implementación de la nueva figura que está siendo fomentada, al parecer con éxito, mediante la realización de actividades promocionales que, incluso, podríamos denominar de mercadotecnia en lugar de mediante operaciones de alfabetización digital²⁹⁴. A los anteriores inconvenientes ha de sumar otro más, el económico, puesto que se trata, realmente, de un servicio de pago para el usuario, ya se trate de particulares o de potenciales proveedores de servicios privados que lo empleen, lo que cobrará vigencia tras dos años desde su puesta en marcha, fruto ello del fenómeno de privatización de la gestión del derecho a la identidad individual, plano en el que, como se puede observar, el tradicional papel del Estado retrocede hasta el punto de configurarse como autoridad vigilante de la actuación directa de empresas privadas²⁹⁵.

Por último, tras la modificación de los arts. 20 y 65 del d.lgs. n. 82/2005 llevada a cabo por el d.lgs. n. 217/2017, se añade la posibilidad de empleo no solo de las firmas electrónicas de nivel más “fuerte”, sino también la posibilidad de que las Administraciones Públicas prevean la utilización de la firma electrónica avanzada.

4.3 LA FIRMA ELECTRÓNICA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Tradicionalmente, el concreto ámbito de la contratación pública ha contado con una normativa especial en materia de firma electrónica. Así, ya la Directiva 2004/18/CE estableció en su art. 42.5.b) que en la remisión de ofertas telemáticas se pudiera exigir a los operadores económicos el uso de una firma electrónica avanzada “con arreglo” al art. 5.1 de la Directiva 1999/93/CE, es decir, permitiendo el uso de la firma electrónica cualificada o reconocida, puesto que el mencionado artículo de la Directiva de 1999 hacía referencia a una firma “avanzada” pero que reuniera los dos requisitos adicionales

²⁹⁴ PORTALE, V. Y MIRAGLIOTTA, G., “A che punto è Spid (Sistema pubblico dell’identità digitale) e a cosa serve”, cit.

²⁹⁵ ATZORI, M., «Da Spid nuove minacce per i diritti fondamentali», *www.agendadigitale.eu*, 2016. Desde una perspectiva diametralmente opuesta véase CLUSIT, L. B., «Spid, la privacy è ok, “sono altre le vere incognite”», *www.agendadigitale.eu*, 2016.

propios de la firma cualificada²⁹⁶. Disposición de la Directiva 2004/18/CE completada por su Anexo X, punto a), en el que se establecía que las firmas electrónicas empleadas debían de ajustarse a lo establecido en la Directiva 1999/93/CE. No obstante, la fijación de este nivel de identificación electrónica fue posteriormente cuestionada por la propia Comisión Europea dada su mayor complejidad técnica y sus consiguientes efectos a la hora de dificultar el acceso de los poderes adjudicadores y operadores económicos²⁹⁷.

A pesar de la previsión comunicataria y de la normativa reguladora de la firma electrónica en la contratación pública, la recepción de la nueva estructura y de las categorías de firma electrónica, tanto a nivel general de *e-government* como en materia de *e-procurement* contenidas en la normativa europea, no evitó la generación de problemas de interoperabilidad entre los diferentes Estados miembros, lo que contrarrestará, sin duda, los efectos beneficiosos de la desmaterialización del trámite administrativo ligada al *e-government*, los cuales deberían haber potenciado la conexión e interacción entre Estados miembros.

A este respecto, la Comisión europea, en el Plan de Acción de 2008, tuvo que reconocer que la falta de interoperabilidad había constituido a la firma electrónica en una de las principales barreras para el establecimiento de un mercado europeo único basado en la utilización de las TIC²⁹⁸, destacando que, en términos generales, su establecimiento había quedado “al arbitrio de cada país”²⁹⁹, pero admitiendo, al mismo tiempo, cierta inoperancia al respecto por parte de las disposiciones contenidas en la Directiva 1999/93/CE³⁰⁰. Así, el reto de la interoperabilidad se vino a tratar de afrontar

²⁹⁶ DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J., «Modificaciones en la firma electrónica motivadas por el paquete de nuevas directivas de contratos públicos y por el Reglamento Europeo eIDAS», *Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, vol. 137, 2015 P. 2.

²⁹⁷ COMISIÓN EUROPEA, *COM(2010) 571 final de 18 de octubre: Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE*, cit. pp. 16 y 17.

²⁹⁸ COMISIÓN EUROPEA, *COM(2008) 798 final de 28 de noviembre: Plan de acción sobre la firma electrónica y la identificación electrónica para facilitar la prestación de servicios públicos transfronterizos en el mercado único*. p. 3.

²⁹⁹ MERCHÁN MURILLO, A., *Firma electrónica: Funciones y problemática. Especial referencia al Reglamento [UE] n° 910/2014, relativo a la identificación electrónica por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE de firma electrónica*, Thompson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016 pp. 127 y 128. A lo que ha favorecido el hecho de que la Directiva 2004/18/CE, al igual que la Directiva 2014/24/UE, se haya limitado a establecer meramente un límite superior del nivel de seguridad de la firma electrónica.

³⁰⁰ COMISIÓN EUROPEA, *COM(2008) 798 final de 28 de noviembre: Plan de acción sobre la firma electrónica y la identificación electrónica para facilitar la prestación de servicios públicos transfronterizos en el mercado único*., cit. p. 5.

en un primer momento mediante el Reglamento 910/2014 en el que se volvía a reconocer expresamente la pendencia de la consecución de una situación en la que quedara garantizada la posibilidad de actuación de los administrados europeos en cualquier Estado miembro, al tiempo que alertaba de que la ausencia de la misma podía ocasionar, en el ámbito de la contratación pública, una fragmentación del mercado europeo³⁰¹.

Tal problemática en relación a la firma electrónica es rigurosamente expresada por MERCHÁN MURILLO³⁰². En primer lugar, destaca que la actuación independiente de los diferentes Estados miembros, a la hora de adoptar sistemas de firma electrónica, ha conducido a la adopción, por cada uno de ellos, de distintas tecnologías, sin preocuparse de que las establecidas en otros Estados miembros fueran análogas, lo que, evidentemente, dificulta las posibilidades de una adecuada interconexión. Sobre ello, es un buen ejemplo el concreto tipo de firma electrónica cualificada que viene a constituir la firma digital italiana. En efecto, como señala el indicado autor, la Comisión Europea y la OCDE³⁰³, la implantación de forma independiente por parte de cada Estado de sus sistemas de identificación electrónica ha originado una miscelánea a la que deberán de enfrentarse los operadores económicos y que les exigirá, en principio, el aprovisionamiento de diferentes tecnologías —generalmente acompañado con la barrera del idioma—, la obtención de los conocimientos para su empleo y la variación de los niveles de seguridad según proceso y país. Extremos, que suponen un evidente incremento del coste de transacción para tales operadores o administrados que mitigarán las posibles ventajas funcionales de los medios telemáticos o, incluso, las lleguen a superar.

Ante dicha situación, y partiendo de la realidad y consolidación del aprovisionamiento independiente de certificados electrónicos por parte de los diferentes Estados miembros, las nuevas Directivas Europeas de contratación pública, uniéndose a los esfuerzos del Reglamento 910/2014, se enfrentan expresamente al reto de la interoperabilidad, para lo cual se abandona la opción de establecer un sistema de identificación y firma electrónica único y de obligado uso por todos ellos, en beneficio

³⁰¹ Considerandos 9, 12, 20 y 54 del Reglamento 910/2014.

³⁰² MERCHÁN MURILLO, A., *Firma electrónica: Funciones y problemática. Especial referencia al Reglamento [UE] nº 910/2014, relativo a la identificación electrónica por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE de firma electrónica*, cit. pp. 122 y ss.

³⁰³ OCDE, *The use of authentication across borders in OECD countries*, Paris, 2005

del establecimiento de pautas y mandatos sobre el obligado reconocimiento de aquellos, con independencia del poder adjudicador o Estado miembro con el que se relacione el operador económico.

En este contexto, el art. 22.6 de la Directiva 2014/24/UE introdujo una sutil, pero relevante modificación, en la que, tras enunciar un principio general de proporcionalidad a la hora de exigir certificados de firma electrónica en su apartado b), el subsiguiente punto c) lleva a cabo una matización por la que se establece que, en todo caso, en lo que parece señalarse como las situaciones que se identifiquen de máximo riesgo, “*los poderes adjudicadores aceptarán las firmas electrónicas avanzadas respaldadas por un certificado reconocido*³⁰⁴ [...], *creada con o sin dispositivo seguro de creación de firma*”, siempre y cuando el formato de la firma electrónica se adecúe a los formatos establecidos en la Decisión 2011/130/UE y se adopten las medidas técnicas que permitan procesar tales formatos; o bien, se ponga a disposición del ente adjudicador de que se trate toda la información sobre el formato de firma electrónica empleado, permitiéndole proceder gratuitamente a su validación sin necesidad de conocer el idioma propio del sistema —véase art. 22.6.c.i de la Directiva 2014/24/UE—. Ahora bien, en el caso de que se empleen certificados de proveedores incluidos en la Lista de Confianza prevista en la Decisión 2009/767/CE para la remisión de ofertas, se deberá aceptar su utilización por todo poder adjudicador sin exigir ningún requisito adicional, como pudiera ser el de la validación del formato —véase art. 22.6.c.ii de la Directiva 2014/24/UE—. Es decir, en tal caso, el nivel máximo exigible será el de firma avanzada basada en un certificado cualificado o reconocido³⁰⁵, sin mayor condicionamiento posible.

Vemos pues, cómo uno de los principales instrumentos de interoperabilidad establecidos por las Directivas de cuarta generación es la instauración de una lista de confianza, fundamentada en la regulación del art. 9 del Reglamento 910/2014, en la que

³⁰⁴ Certificado reconocido sobre el que se ha desarrollado una medida que podríamos considerar como de interoperabilidad técnica y organizativa, consistente en la generación de una Lista de Confianza de proveedores de estos certificados, establecida en la Decisión 2009/767/CE que, pese a que su uso posee posibilidades de excepción, es previsible que su evolución sea similar a la de otros instrumentos de interoperabilidad como E-Certis, llegando en lo sucesivo a la necesidad preceptiva de su empleo.

³⁰⁵ DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J., “Modificaciones en la firma electrónica motivadas por el paquete de nuevas directivas de contratos públicos y por el Reglamento Europeo eIDAS”, cit., p. 4. Con una explicación diferente del caos terminológico de la Directiva, pero con conclusiones análogas, véase MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *La contratación pública electrónica. Análisis y propuesta de transposición de las Directivas comunitarias de 2014*, cit. Pp. 150 y 151

se recojan los certificados reconocidos en los que se puedan basar los sistemas de firma electrónica, cuyo acceso por parte de los prestadores del servicio irá condicionado al cumplimiento de una serie de requisitos que garanticen su interoperabilidad y neutralidad tecnológica —art. 12 del Reglamento 910/2014—.

De otro lado, y con la misma finalidad de evitar que el empleo de la firma electrónica se instituya en una barrera de acceso al *e-government* en general y a la contratación pública electrónica en particular, podemos observar cómo la nueva regulación de la contratación pública electrónica, entre los diferentes tipos de firma electrónica opta por establecer, con carácter general, el límite máximo del nivel de seguridad exigible de la firma electrónica en la tipología híbrida, que se ha señalado anteriormente como avanzada, basada en la utilización de un certificado cualificado. Ello supone un cambio significativo respecto de la regulación existente en la Directiva 2004/18/CE, por cuanto se reduce el nivel máximo de seguridad exigible en la firma electrónica, disponiéndose respecto de este punto de un plazo de transposición hasta el 18 de octubre de 2018³⁰⁶, que, como veremos, ha sido cumplido por Italia *ex d.lgs. n. 50/2016* y que da cumplimiento, a su vez, a lo establecido en el art. 6 del Reglamento 910/2014, en el que, como norma adicional y subsidiaria en materia de contratación, se prevé que sean aceptados, en cualquier caso, los sistemas de firma electrónica que tengan un nivel de seguridad de firma electrónica igual o superior al exigido por la Administración competente³⁰⁷.

De este modo, el sistema de interoperabilidad previsto en la UE en materia de firma electrónica garantiza que, en todo caso, un operador económico de cualquier Estado miembro que emplee una firma avanzada basada en un certificado cualificado integrado en una lista de confianza o en un formato reconocible podrá presentar a cualquier poder adjudicador de la Unión Europea su oferta de licitación, operando de forma subsidiaria las previsiones del Reglamento 910/2014 en aquellos casos en los que, en la fase de presentación de ofertas, el Estado miembro exija un nivel de firma inferior al avanzado basado en un certificado cualificado. En el resto de fases del

³⁰⁶ TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, *Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del Sector Público*, Madrid, 2016 p. 26.

³⁰⁷ Interoperabilidad que, como establece el propio artículo, se reserva para lo que se define como sistemas de seguridad sustanciales o altos en el art. 8 del Reglamento 910/2014, considerando que no es necesario este tipo de reconocimiento respecto de los niveles de seguridad bajos, dada la definición de los mismos contenida en el referido precepto.

procedimiento de contratación y en los procedimientos que no se hallen sujetos a una regulación armonizada deberá aceptarse cualquier tipo de firma de nivel igual o superior al establecido por la normativa nacional que presente un formato reconocible.

Así las cosas, aunque deben reconocerse los esfuerzos en este sentido del legislador europeo, debe ponerse de manifiesto que el sistema de firma electrónica de la Directiva 2014/24/UE presenta una serie de desventajas. Por un lado, se ha de destacar una manifiesta limitación objetiva, por cuanto una vez presentada la oferta de licitación, en caso de que se necesite de sistema de firma electrónica en trámites ulteriores —como así será—, decaerá la utilidad de esta previsión. Por otro lado, nos encontramos con el hecho de que los operadores económicos pertenecientes a Estados miembros más diligentes en esta materia, que hayan integrado en las listas de confianza de la UE sus certificados de firma electrónica, tendrán una notable ventaja sobre aquellos operadores económicos pertenecientes a Estados miembros que no sigan este proceder. Es decir, se podrá dar lugar a que los operadores económicos de los diferentes Estados miembros estén acostumbrados y participen en el mercado europeo de la contratación pública con sistemas de firma electrónica de distintas calidades, dependiendo ello, en buena medida, de la política de sus correspondientes Administraciones Públicas. A lo que hemos de añadir que la regulación contenida en el art. 22 de la Directiva 2014/24/UE solo resulta de aplicación respecto de los contratos sujetos a una regulación armonizada, lo que hacer perder su eficacia en un porcentaje considerable y predominante del volumen de contratos públicos celebrados en la UE.

Derivado de todo lo anterior, podemos señalar que, tanto la regulación especial de la Directiva 2014/24/UE como la general del Reglamento 910/2014, podrá provocar la posibilidad cierta de que los operadores económicos pertenecientes a otro Estado miembro prefieran la utilización de una firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido, mientras que a otros operadores económicos más cercanos al poder adjudicador se les permita el uso de un sistema más laxo, con la consiguiente situación de desigualdad de trato. Situación de desequilibrio que no vendría impuesta jurídicamente³⁰⁸, sino por una situación de facto en la que, pese al señalamiento de un nivel de firma electrónica inferior, sea más eficiente para operadores económicos de otros Estados miembros proveerse de un sistema avanzado y basado en un certificado

³⁰⁸ Lo que está completamente vedado por los principios de igualdad de trato derivados de las normas europeas y que, de forma reiterada, se han señalado en el presente trabajo. Véase Considerando 53 y art. 22.5 de la Directiva 2014/24/UE.

reconocido obrante en una lista de confianza, que el sistema de firma electrónica propio del Estado miembro al que pertenece el referido poder adjudicador y con el que no esté en absoluto familiarizado. Pese a lo cual, hemos de reconocer que ofrecería mayores ventajas a los operadores económicos de terceros Estados miembros, toda vez que, aun en dicha situación de posible desigualdad inicial de necesidades de equipamiento, podrían proceder a licitar en mercados que hasta entonces le estaban vedados por la aún inferior falta de interoperabilidad técnica y jurídica previa a la aprobación de la Directiva 2014/24/UE, así como por la potencialmente insoslayable distancia de estos mercados sin la utilización de medios electrónicos.

Por último, hemos de detenernos en un aspecto novedoso del art. 22.6.b) de la Directiva 2014/24/UE, concretamente en el que se permite no solo que los Estados miembros, sino que, incluso, los propios poderes adjudicadores puedan fijar el nivel de seguridad que ha de ser exigido para cada procedimiento de contratación, siempre y cuando sea “proporcional a los riesgos asociados”. En este punto, no podemos sino reconocer nuestra coincidencia con DOMÍNGUEZ-MACAYA³⁰⁹ a la hora de determinar que el sistema establecido es, en última instancia, “una temeridad” al “dejar este criterio técnico en manos de los órganos de contratación, puesto que es altamente improbable que puedan tener un criterio solvente sobre este particular” o, al menos, más solvente que el del legislador europeo o sus correspondientes legisladores nacionales, pudiendo rebajar la seguridad potencialmente hasta niveles de firma electrónica simple. Es más, lo dispuesto en el art. 22.6.b) fomenta uno de los principales problemas de interoperabilidad señalados por la OCDE y la Comisión Europea cual es el de la existencia de muy variados e independientes sistemas de firma electrónica. Regulación de la Directiva 2014/24/UE que ha sido traspuesta, casi literalmente, por la actual regulación sobre contratación pública en Italia, es decir, el d.lgs. n. 50/2016.

Por todo lo anterior, hemos de concluir que para el buen término del sistema de reconocimiento mutuo de medios de firma electrónica, en el que se pretende basar la interoperabilidad a nivel de la UE, se hacen precisas dos medidas:

- El establecimiento por la Directiva 2014/24/UE de los niveles de seguridad necesarios en cada procedimiento de contratación pública, sustrayendo dicha facultad a los poderes adjudicadores e, incluso, a los Estados miembros.

³⁰⁹ DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J., “Modificaciones en la firma electrónica motivadas por el paquete de nuevas directivas de contratos públicos y por el Reglamento Europeo eIDAS”, cit. pp. 4 y 5.

- Obligación de los Estados miembros de que entre los sistemas de firma electrónica que, en su caso, hayan desarrollado o promocionado su desarrollo, se encuentre alguno avanzado y basado en un certificado cualificado integrado en las listas de confianza europeas, con sus consiguientes características de interoperabilidad y neutralidad tecnológica, que deberá ponerse a disposición de sus operadores económicos, garantizando el acceso a un mecanismo de seguridad telemático cercano que le ha de ser reconocido en todos los demás Estados miembros.

La referida e intensa búsqueda de la consecución de la interoperabilidad de los sistemas de firma electrónica se constituye, por todo lo indicado, como un requisito *sine qua non* para la efectiva implantación de los sistemas de *e-government* tanto a nivel nacional, donde queda garantizada sobre la base de la existencia de los sistemas de coordinación estatal referidos en los epígrafes anteriores, como a nivel de la Unión Europea, ámbito este último donde la seguridad e interoperabilidad de los sistemas de identificación electrónica se constituirán como presupuesto habilitante para que la implementación de las TIC procure o contribuya a la apertura y unificación del mercado interior en mayor medida que hasta ahora, constituyéndose en un factor que permitirá la obtención de ventajas estructurales concurrenciales o por el lado de la oferta.

Partiendo de lo anterior, se han sucedido diferentes pareceres y posturas de la doctrina relativos a los diversos efectos que puede producir en la contratación pública electrónica la determinación de un concreto nivel de seguridad, los cuales han originado en este ámbito una pugna entre la flexibilidad y la seguridad jurídica³¹⁰. De un lado, podemos destacar la consideración de que el establecimiento de un nivel demasiado alto de seguridad en los sistemas de firma electrónica puede provocar dificultades de acceso de los operadores económicos, así como una situación de discriminación entre los diferentes Estados miembros y los diferentes tipos de operador económico, dada la brecha digital existente entre los mismos, lo que avalaría la reducción del nivel de seguridad máximo exigible realizada por la Directiva 2014/24/UE respecto de su predecesora la Directiva 2004/18/CE³¹¹. Por otro lado, la valoración de que ha de primar la seguridad de las comunicaciones sobre el resto de consideraciones ha provocado la crítica de otro sector de la doctrina, toda vez que un fallo en este nivel de seguridad del

³¹⁰ MERCHÁN MURILLO, A., *Firma electrónica: Funciones y problemática. Especial referencia al Reglamento [UE] nº 910/2014, relativo a la identificación electrónica por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE de firma electrónica*, cit. p. 132.

³¹¹ GALLEGO CÓRCOLES, I., “Contratación pública e innovación tecnológica”, cit. p. 9.

sistema electrónico impediría completamente su puesta en funcionamiento haciendo fracasar por completo la implementación de las TIC³¹².

Al respecto, hemos de señalar que resulta innegable el hecho de que la exigencia de un mayor nivel de seguridad de la firma electrónica genera mayores dificultades para la concurrencia de los operadores económicos, con un potencial desplazamiento de la curva de oferta hacia la izquierda tal y como se representa en la figura I.3.7. Se trata de lo que podríamos denominar *a priori* como una *restricción natural de la competencia derivada de la contratación electrónica* derivada de la necesidad de obtención por parte de los operadores económicos de un equipo tecnológico desconocido hasta ahora por ellos, así como de los conocimientos necesarios para su utilización, produciéndose una modificación en cuanto a la forma de realización de la firma al dejar ésta de ser el producto de un gesto humano para convertirse en el fruto de una conexión unívoca entre el sujeto firmatario y su autenticación informática facilitada por los dispositivos provistos por un tercero: el certificador³¹³.

Pese a la anterior exigencia, establecida en aras a la seguridad, entendemos que no se trata de una restricción estructural, sino de un *efecto coyuntural* que se irá superando conforme se extienda el empleo de estos dispositivos en la sociedad europea, tanto por efecto de las motivaciones incardinadas en la voluntad de los operadores económicos de acceder a las oportunidades de negocio y lucro que les permiten su participación en el mercado de la contratación pública, como por el favorecimiento de la familiarización con este nuevo equipo tecnológico fomentado desde las Administraciones Públicas. En efecto, la implantación de soluciones de firma electrónica, al igual que del resto de herramientas telemáticas, requerirá por parte de las Administración Pública de esfuerzo e inversión a la hora de difundir e instruir a los operadores económicos y a los propios poderes adjudicadores en su uso, tras lo cual se conseguirá previsiblemente familiarizarlos con el nuevo sistema de forma similar a como en su día se conseguiría la adaptación a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por lo tanto, nos encontramos ante un riesgo evitable si se llevan a cabo las suficientes cautelas. Cautelas que, incluso, podrían ser financiadas con los ahorros en

³¹² DOMÍNGUEZ MACAYA-LAURNAGA, J., *Claves para una contratación pública electrónica eficaz.*, cit. p. 5.

³¹³ PASCUZZI, G., *Il diritto dell'era digitale*, cit., pp. 92 y 93.

costes procedimentales derivados del empleo de las TIC³¹⁴. Es, por ello, por lo que, ante el riesgo de que un fallo en la seguridad de las comunicaciones telemáticas ponga en peligro la viabilidad de todo el sistema de contratación electrónica y sus ambiciosas modificaciones estructurales, es necesario, desde nuestro punto de vista, que nos decantemos por niveles elevados de firma electrónica³¹⁵ como la avanzada, límite inferior establecido por la normativa general del d.lgs. n. 82/2005 o la firma electrónica basada en un certificado cualificado como en el caso de la Directiva 2014/24/UE, donde el asesoramiento técnico del legislador pueda asegurar la existencia de un cierto nivel de garantías, incluso siendo conocedores de que el riesgo cero no existe, que permita confiar en la viabilidad del sistema.

No obstante, hemos de tener presente que los efectos coyunturales de restricción de la oferta por el establecimiento de niveles elevados de firma electrónica corren el riesgo de constituirse en verdaderas y ciertas barreras estructurales en aquellos casos en los que el desconocimiento de los sistemas de firma electrónica avanzada deriven de una falta de interoperabilidad técnica y jurídica en su empleo, que constituya a unos operadores económicos en diferente posición respecto de otros dentro de la UE³¹⁶, extremo que, como hemos visto, hará precisa e indispensable la participación del legislador europeo.

Visto todo lo anterior, no podemos sino concluir la centralidad e importancia de la figura de la firma electrónica, a pesar de que la introducción de nuevas tecnologías, potencialmente permitan la implementación de nuevas soluciones de identificación y seguridad electrónica que superen en un futuro la utilización de certificados digitales en un seguramente *certus an*, pero *incertus quand*. Tal potencialidad no nos puede llevar a obviar que los sistemas de firma electrónica vienen a constituir la solución técnica ofrecida actualmente a los operadores económicos y los entes adjudicadores, respaldada por un desarrollo legislativo y técnico durante dos décadas que a nivel nacional y sobre todo europeo tiene prevista su aplicación de forma técnicamente interoperable en todo el mercado de la contratación pública de la Unión Europea, rasgo indispensable dentro

³¹⁴ DOMÍNGUEZ MACAYA-LAURNAGA, J., *Claves para una contratación pública electrónica eficaz.*, cit. p. 445.

³¹⁵ VALERO TORRIJOS, J., *El régimen jurídico de la e-Administración. El uso de los medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo común*, 2ª, Comares, Granada, 2007 p. 163; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *La contratación pública electrónica. Análisis y propuesta de transposición de las Directivas comunitarias de 2014*, cit. p. 88.

³¹⁶ OROFINO, A. G., «La sottoscrizione delle offerte elettroniche», *Urbanistica e appalti*, vol. 11, 2012, p. 1198.

del concreto ámbito de la contratación pública, dado su marcado carácter transfronterizo, al menos dentro de los confines de la Unión europea.

Así las cosas, resulta indispensable que las soluciones y respuestas a las necesidades de herramientas de identificación electrónica en materia de contratación pública partan de la figura central del certificado de firma electrónica. Es más, de la figura del certificado de firma electrónica, al menos, en un nivel de firma electrónica basada en un certificado cualificado o superior incluida en la lista de confianza prevista en la Decisión 2009/767/CE, como podría serlo la firma digital. Con ello, la operativa del mercado italiano de contratación pública, al menos en relación a los procedimientos de mayor importancia como la presentación de las ofertas, conducirá a sus operadores económicos al aprovisionamiento de un equipo tecnológico idóneo a la hora de permitir su concurrencia en el mercado de la contratación pública de cualquier Estado miembro.

En consecuencia, el establecimiento de soluciones alternativas, como la interfaz SPID, a pesar de las amplias posibilidades de implantación que supone la flexibilidad en la determinación del nivel de firma por cada ente adjudicador, debe plantearse, como se dice, de manera alternativa y nunca sustitutiva del anterior sistema, dado que nos encontramos ante una solución propiamente italiana que, de ser establecida preceptivamente para los operadores italianos, obligaría a estos al desarrollo de dinámicas de actuación paralelas y disruptivas a las desarrolladas en el resto del mercado de la contratación pública, dificultando así su acceso a procedimientos de licitación más allá de las fronteras nacionales, a lo que se une el carácter oneroso de este sistema y sus consiguientes restricciones de acceso. Todo ello, sin perjuicio de que dicha alternativa pudiera favorecer, por otro lado, el acceso a la contratación pública electrónica de operadores económicos nacionales exclusivamente interesados en la participación dentro del mercado italiano.

5. LAS DECLARACIONES RESPONSABLES Y BASES DE DATOS ELECTRÓNICAS

Los sistemas de *e-government* han encontrado un importante aliado en un instrumento nacido en el seno de la Administración en papel dentro de los procesos de simplificación administrativa intentados y llevados a cabo en el Ordenamiento italiano. Hecho que no debe extrañar dada la íntima relación existente entre digitalización de la

Administración Pública y la simplificación, hasta el extremo de que, como señala MADDALENA, se puede afirmar que digitalizar implica necesariamente simplificar, toda vez que resulta necesaria a la hora de posibilitar técnicamente la implementación de las TIC³¹⁷.

Nos referimos en este punto a las declaraciones responsables, cuyo primer precedente debemos situarlo en la regulación de la Legge n. 15/1968, así como en su reglamento de desarrollo el d.P.R. n. 130/1994, cuyo artículo 2 preveía su utilización para la acreditación de unos determinados estados, hechos o cualidades personales entre los que se podía destacar la cualificación profesional poseída, actividad económica o profesión ejercitada, o calidad de legal representante de una persona física o jurídica, los cuales venían a incrementar su ámbito objetivo respecto del contemplado en el art. 2 del texto de 1968. Esta primera regulación de la declaración responsable estableció ya la división de la misma que ha llegado a nuestros días entre declaraciones sustitutivas de certificados relativos a las circunstancias o cualidades del sujeto enumeradas en la ley o reglamento de desarrollo, no necesariamente vinculadas a su personalidad y, de otro lado, declaraciones sustitutivas de *atto notorio* —art. 4 de la Legge n. 15/1968— relativas a la acreditación de hechos, estados o cualidades personales y/o de directo conocimiento por parte del interesado. Declaraciones, por medio de las cuales se permitía, en ambos casos, prescindir de la acreditación de los extremos en cuestión por medio de cada uno de los correspondientes certificados.

El empleo de estas declaraciones sustitutivas se restringía, en un principio, a la acreditación de datos, tales como el lugar de nacimiento, el domicilio, la nacionalidad, el disfrute de derechos políticos, el estado civil, la supervivencia, nacimiento de hijo, fallecimiento del cónyuge, de ascendiente o descendiente, debiendo ser firmada, además, en presencia de fedatario público. En esta primera configuración, las declaraciones responsables ostentaban, además, un eminente carácter transitorio, restringido exclusivamente al ámbito temporal en el que se desarrollara la tramitación y resolución del concreto procedimiento administrativo en donde se hallaban insertas, de modo que, si bien tales declaraciones responsables eximían de la presentación de la documentación acreditativa de los estados “declarados responsablemente” para la incoación del procedimiento, ésta debía ser presentada por el interesado ante la

³¹⁷ MADDALENA, M. L., “La digitalizzazione della vita dell’amministrazione e del processo”, cit., pp. 555 y 556.

Administración competente antes de su finalización como condición *sine qua non* para acaecimiento de resolución favorable —arts. 3 de la Legge n. 15/1968 y 4 del d.P.R. n. 130/1994—.

A partir de la aprobación del art. 15, c. 2 de la Legge n. 59/1997, así como de los arts. 1 a 3 de la Legge n. 127/1997 y de su reglamento de desarrollo -el d.P.R. n. 403/1998 relativo a las declaraciones responsables-, se produce una profunda reestructuración de los dos subtipos de declaraciones temporales en la que ya comenzaron a ser tenidas en cuenta las exigencias y retos presentados por el *e-government*. Uno de los principales cambios acaecidos, de cara a la mayor contribución a la simplificación administrativa que aportan las declaraciones responsables, lo encontramos en aquellas relativas a estados o cualidades personales o a hechos no sujetos a modificación pasarían a tener una validez ilimitada, mientras que el resto de declaraciones tendrían una validez de seis meses desde la fecha de producción, salvo que la ley especial previera una duración mayor y, en todo caso, la misma validez temporal que la de los certificados o actos a los que sustituyen —arts. 6 d.P.R. n. 403/1998 y 48 del d.P.R. n. 445/2000—, lo que permitía potencialmente alargar los efectos de la declaración más allá del horizonte temporal en el que se desarrollara el procedimiento administrativo en cuestión, sin perjuicio de las comprobaciones que pudiera y debiera realizar la Administración competente en aras a verificar su certeza, comprobaciones que eran exigidas a las Administraciones Públicas por muestreo significativo de la población total de administrados interesados, así como en todos y cada uno de los casos en los que aparecieran dudas fundadas y objetivas sobre dicha veracidad. Cumplimiento de tales obligaciones de control con la suficiente diligencia que eximiría a las Administraciones Públicas y a sus trabajadores de cualquier responsabilidad derivada de falsedades en las declaraciones responsables efectuadas por los administrados.

En el caso en el que, tras el correspondiente control, no fuera verificable la realidad del contenido de la declaración sustitutiva decaerían los beneficios que pudiera haber obtenido el administrado de cualquier resolución emanada sobre la base de aquella, además de ser constitutivo de un delito de *atto falso a pubblico ufficiale* (falsedad por funcionario público), permitiendo, en su caso, como medida cautelar la prohibición de ejercer una determinada profesión o empleo público. Si, por su parte, lo detectado no fueran tales incumplimientos sino errores u omisiones relevantes no

constitutivos de falsedad, éstas serían puestas en conocimiento del administrado a fin de que completara, obligatoriamente, la declaración correspondiente.

Por otro lado, al tiempo que se modificaba su ámbito temporal de efectividad, se extendía, igualmente, su ámbito objetivo de aplicación en el que se pasaba a incluir un extremo de fuerte relevancia en materia de contratación pública, consistente en la posible acreditación del hecho de no haber sido condenado penalmente por ninguna circunstancia —art. 1, c. 1, lett. g) del d.P.R. n. 430/1998—, así como, en el ámbito de las declaraciones sustitutivas de *atto di notorietà*, la acreditación de estados relativos a terceras personas de los que el interesado pudiera tener conocimiento directo —art. 2, c. 2 del d.P.R. n.403/1998—. Tendencia, en este sentido, continuada e impulsada definitivamente por el d.P.R. n. 445/2000, cuyo art. 46 pasó a permitir la acreditación de otros extremos fuertemente relevantes en los ulteriores procedimientos de contratación electrónica, tales como no estar sometidos a procedimientos judiciales de aplicación de sanciones administrativas —extremo incluido ex art. 49 del d.P.R. n. 313/2002— o de encontrarse en estado de concurso o insolvencia.

La expansión del ámbito objetivo y temporal de la declaración responsable vino acompañada, a su vez, de una expansión de los supuestos de previsión de aplicación de la misma, generalizándose su uso en la estructura normativa establecida por art. 2 y *comma* 5 del art. 7 del d.P.R. n. 403/1998 en los que se permitía, con carácter general, la posibilidad para el administrado de emplear las declaraciones responsables, al tiempo que, de forma complementaria, se establecía la posible aceptación por parte de cualquier Administración de los documentos certificativos correspondientes para la acreditación de un estado cualidad o hecho de carácter personal. Expansión que pronto se intensificaría en sede del art. 40 del d.P.R. n. 445/2000 por la que se establecía la obligación, siempre que fuera posible, de emplear en las relaciones con la Administración Pública las declaraciones responsables en lugar de los certificados que correspondieran, al tiempo que el art. 74 del referido cuerpo legal establecía expresamente, como constitutivo de incumplimiento por parte de la Administración, la no aceptación de las declaraciones responsables que cumplieran con los requisitos normativos, así como la solicitud de certificados o de actos de notoriedad cuando haya obligación de aceptar declaraciones responsables. Disposición recogida posteriormente por los arts. 36 y 15, c. 1, lett. f) número 1 de la Legge n. 183/2011, en vigor desde el 1 de enero de 2012, por el que se establecía como incumplimiento de la Administración

no solo la solicitud de certificados o de actos de notoriedad, sino la mera aceptación de los mismos.

Como se ha adelantado, este instrumento de simplificación administrativa, tras su expansión en los múltiples ámbitos referidos, encontró rápidamente acomodo en el contexto del *e-government*. Así, los arts. 46 y 47 del d.P.R. n. 445/2000 plantearon su integración dentro del ámbito del documento electrónico, siendo necesario para su validez en dicho formato la utilización de firma digital, lo que permitió superar sus fuertes restricciones funcionales iniciales derivadas de las exigencias de firma de la declaración responsable por el interesado en presencia del funcionario competente tal y como se preveía en el texto de 1968 y como se mantenía en los arts. 1 a 3 del d.P.R. n. 403/1998. Puede apreciarse cómo, ya desde un estadio temprano de su reconfiguración expansiva, se tiende hacia la *digitalización de la declaración responsable*. Fenómeno que explica que el uso de la declaración responsable en el ámbito de la contratación pública se limitara entonces a procedimientos de *e-procurement* como el Mercado Electrónico de la Administración Pública tal y como tendremos ocasión de analizar, pero sin que se manifestara en el procedimiento ordinario de contratación hasta la aprobación del art. 4, c. 14-bis de la L. 106/2011, por el que se preveía que para los contratos de suministro y de servicio hasta 20.000 euros la comprobación de los requisitos se podría llevar a cabo mediante la realización de una declaración responsable, sobre la base de lo previsto en el art. 46, c. 1 lett. p) del d.P.R. n. 445/2000, la que quedaba sujeta a controles periódicos de los poderes adjudicadores.

Tal fenómeno de digitalización de las declaraciones responsables realmente no se ciñó al propio cuerpo de la declaración responsable (que lo hiciera potencialmente devenir del soporte papel al virtual), sino que llegó a diferentes aspectos de su funcionamiento tal y como se puede comprobar en los primeros reflejos del nuevo sistema de verificación de la veracidad de las declaraciones contenido en los arts. 7 y 11 del d.P.R. n. 403/1998 y 71 del d.P.R. n. 445/2000, en el que se preveía que para ello no se recurriera, cuando fuera posible, al requerimiento del administrado, sino al de la administración competente para emitir el certificado con la información necesaria, con lo que se pretendía plasmar en la realidad uno de los principios de eficiencia y simplificación administrativa generalmente facilitado y asociado con la implantación de procedimientos telemáticos o de *e-government*, es decir, el principio de presentación de los documentos ante la Administración Pública o poderes públicos en su conjunto tan

solo una vez³¹⁸. Principio que presentaba importantes sinergias con la utilización de las TIC en la vida administrativa, toda vez que se fue conectando el requerimiento de los documentos acreditativos a terceros certificadores con la posibilidad de proceder a la consulta electrónica directa de los archivos digitales de estos, o bien, con su realización a través de instrumentos informáticos o telemáticos que permitieran recabar confirmación escrita de la correspondencia de tal declaración con la realidad, debiendo de proceder a dar tal respuesta las Administraciones certificadoras en el plazo de 30 días, so pena de incurrir en *violazione dei doveri d'ufficio* (violación del deber público).

Previsiones normativas que desembocarían, finalmente, en la modificación del art. 72 del d.P.R. 445/2000 obrada por el art. 15, c. 1, lett. e) de la Legge n. 183/2011, en vigor desde el uno de enero de 2012, por la que se establecía la obligación de las Administraciones certificadoras de proceder en su organización interna a nombrar o especificar un organismo responsable de toda la actividad certificadora respecto de las peticiones efectuadas por el resto de Administraciones.

Por su parte, el sistema de bases de datos electrónicas habilitadoras de la comprobación directa de la documentación acreditativa fue fuertemente impulsada en el ámbito de la contratación pública por la *Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici* —AVCP— a través de su Deliberación del 20 de diciembre de 2012, n. 111, por la cual se establecía, en desarrollo del art. 6-bis del d.lgs. n. 163/2006, el denominado *sistema AVCPass*, sistema que, a través de la *Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici*, permitía a los entes adjudicadores mediante una interfaz *web* la adquisición de la documentación acreditativa de la posesión de los requisitos necesarios para poder licitar, al tiempo que permitía a los operadores económicos cargar dentro del sistema cada uno de los documentos acreditativos de los requisitos necesarios para la contratación a través de un portal *web ad hoc*, favoreciendo, de este modo, una previsible reducción de los tiempos necesarios para la verificación de la ostentación de los requisitos necesarios para contratar, así como los costes de participación³¹⁹. Este sistema se estableció inicialmente como preceptivo desde el 1 de octubre de 2013 para los contratos de cuantía base igual o superior a cuarenta mil euros cuando los mismos fueran llevados a cabo mediante procedimientos completamente electrónicos o

³¹⁸ TESSARO, T. Y PIOVESAN, S., *La riforma Madia del procedimento amministrativo. La legge 241/90 dopo la legge 124/2015*, cit., pp. 133 y 134.

³¹⁹ MAURO, A., «La selezione dei partecipanti», en GALLO, S. (coord.) *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 168.

telemáticos, sistemas dinámicos de adquisición o mercados electrónicos, así como en relación a los sectores especiales. Para el resto de procedimientos sería opcional hasta el 31 de diciembre de 2013, momento a partir del cual devendría preceptivo con carácter general.

Posteriormente, la determinación de la forma de presentación de los documentos de no inclusión obligatoria, así como las normas técnicas para la adquisición, actualización y consulta de los datos fueron actualizados por la Deliberación de la AVCP de 17 de febrero de 2016, n. 157, en la que se ponía de manifiesto cómo el principal freno o factor de pérdida de efectividad del sistema *AVCPass* lo constituyó la falta de interoperabilidad e interconexión con los sistemas informáticos de los entes certificadores, tales como *Inps*, así como con los propios entes adjudicadores y demás sujetos relacionados con la licitación, hasta el punto de haber sido un extremo expresamente previsto, ahora, en el c. 3 del art. 81 del d.lgs. n. 50/2016³²⁰.

En orden a dar pasos en esta dirección, marcada también por el legislador europeo en aras a la simplificación de los procedimientos de contratación pública, en Italia se ha procedido al establecimiento de un nuevo Banco de Datos Nacional de los operadores económicos gestionado por el *Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti* —art. 81 del d.lgs. n. 50/2016— orientado a constituirse como el medio exclusivo de transmisión entre operadores y entes adjudicadores de los documentos y certificaciones acreditativos de la posesión de los requisitos técnico-profesionales y económico-financieros y que vendrá a sustituir el anterior sistema de *AVCPass*, continuando con la línea anterior por la que se trata de conseguir una completa informatización del sistema de verificación de requisitos, con el fin de lograr tanto una simplificación del procedimiento como un ahorro de los costes de participación, junto a una reducción de los tiempos de la licitación.

Este nuevo precepto, en su último *comma*, presenta una de sus mayores novedades al perfilar que el sistema planteado, en su desarrollo, deba permitir que un mismo documento cargado en el sistema, durante su periodo de vigencia, pueda ser reutilizado, esto es, empleado para verificar su aptitud en varios procedimientos de compra pública, de modo que se oriente a la creación de un *dossier* virtual de la

³²⁰ MAURO, A., «Selezione delle offerte (Art. 77-82)», en CORRADINO, M. y DAMIANI, S.S. (coords.) *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, Giuffrè Editore, Varese, 2017, p. 339.

empresa reutilizable en todo tipo de procedimiento de compra³²¹, superando la limitación presentada en este sentido por el sistema de *AVCpass*, el cual tal y como recoge la disposición transitoria contenida en el último periodo del *comma 2* del artículo antes mencionado del d.lgs. n. 50/2016, se mantendrá en vigor mientras no se lleve a cabo el decreto de desarrollo del nuevo sistema de Banco de Datos Nacional.

Sistemas de almacenamiento de certificados que, sin duda, presentan una enorme sinergia potencial en su empleo conjunto con las declaraciones responsables, tanto a la hora de impulsar la simplificación administrativa del procedimiento de licitación como las cargas que han de soportar los operadores económicos al momento de introducirse en el mercado de la contratación pública.

Nos acercamos, de este modo, a un sistema de simplificación administrativa potencialmente digitalizable mediante la utilización de firma digital —o electrónica— cuyas operaciones de comprobación deberían llevarse a cabo mediante la consulta de registros de documentos electrónicos, o bien, mediante la obtención de la verificación de terceros de las declaraciones responsables iniciales por medios de comunicación telemáticos. Esto es, el empleo de documentos electrónicos que, mediante su acceso a través del empleo de las TIC, serán capaces de simplificar ostensiblemente las cargas administrativas y la complejidad del procedimiento a desarrollar, generando fuertes ventajas concurrenciales en el ámbito de la contratación pública.

En cuanto a la interoperabilidad de este sistema en relación a los administrados procedentes de otros Estados miembros de la Unión Europea ya en los textos del d.P.R. n. 130/1994 —art. 6— y del d.P.R. n. 403/1998 —art. 5— se preveía expresamente la posibilidad de emplear el sistema de las declaraciones responsables por parte de los ciudadanos de la Comunidad Europea y, por tanto, de los ciudadanos italianos, limitándose, no obstante, para los extracomunitarios a aquellos extremos que pudieran ser certificados por poderes públicos italianos.

5.1 EL DOCUMENTO EUROPEO ÚNICO DE CONTRATACIÓN Y EL REGISTRO DE BASES DE DATOS NACIONALES E-CERTIS

En el ámbito de las declaraciones responsables, que como hemos visto constituían ya una importante tradición del Ordenamiento Jurídico italiano, encontramos una importante novedad introducida por el art. 59 de la Directiva

³²¹ *Ibid.*, pp. 338 y 339.

2014/24/UE por el que se instituye la figura del Documento Europeo Único de Contratación —DEUC—, que se viene a definir como una autocertificación actualizada con efectos de prueba documental y de carácter preliminar que viene a sustituir la presentación de certificaciones emitidas por los poderes públicos o por terceros, orientada a su utilización por los operadores económicos a fin de acreditar de manera inicial los siguientes extremos:

- Inexistencia de motivos de exclusión.
- Ostentación de la correspondiente habilitación para el ejercicio de la actividad profesional, de la suficiente solvencia económica y financiera, así como de la capacidad técnica y profesional requerida.
- Ostentación de los criterios objetivos y no discriminatorios necesarios para la participación en procedimientos restringidos, negociados, de diálogo competitivo o de asociación para la innovación.

El DEUC, constituyendo pues, una declaración responsable específica del ámbito de la contratación pública uniforme a nivel europeo³²², reutilizable en diversos procedimientos de licitación, siempre y cuando los elementos declarados no hayan sufrido modificación alguna, nacida y concebida en una dimensión estrictamente digital al ser preceptiva su remisión en dicho formato digital a partir del 18 de abril del año 2018. Disposición europea que ha sido traspuesta en nuestro Ordenamiento Jurídico a través del art. 85 del d.lgs. n. 50/2016 en desarrollo, a su vez, del art. 1, lett. aa) de la Legge delega n. 11/2016, previéndose su utilización como mecanismo de certificación de los extremos anteriores al momento de presentación de la solicitud de participación o de la oferta.

El objetivo fundamental del DEUC, contenido expresamente en el considerando 84 de la Directiva 2014/24/UE, es el de simplificar los procedimientos de compra pública al reducir el número de certificados y de documentos que deben ser

³²² El formulario preestablecido para la realización de esta declaración responsable ha sido llevado a cabo por el Reglamento de ejecución 2016/7/UE de 5 de enero de 2016, publicado en el DOUE del 6 de enero de 2016, en cuyo anexo I se prevé su utilización junto con la presentación de ofertas en el procedimiento abierto, así como con la solicitud de participación en el procedimiento restringido, negociado, diálogo competitivo o asociación para la innovación, así como en los casos de procedimiento negociado sin publicidad en los que haya más de un operador económico invitado y/o no se encuentre encuadrado en una situación de urgencia.

incorporados junto con la oferta³²³, lo que se ha revelado como un obstáculo a la entrada en los mercados de contratación pública para no pocos operadores económicos, especialmente en el ámbito de la pequeña y de la mediana empresa³²⁴. El DEUC se refiere, por lo general, a la autocertificación de aspectos relativos al licitador en cuestión, salvo en aquellos casos en los que el cumplimiento de los requisitos de participación sea conseguido o se pretenda conseguir mediante la participación de terceros operadores, en cuyo caso, su contenido deberá extenderse a estos últimos.

En la redacción del DEUC deberán indicarse las autoridades públicas o terceros emisores de los documentos justificativos, así como las bases de datos en los que aquellos se pueden conseguir, la dirección electrónica, los datos de búsqueda e identificación y la declaración de consentimiento en el acceso del ente adjudicador a los datos, declarando que se encuentra en situación de aportar tales documentos previa petición y sin demora. De forma análoga a lo previsto en el Ordenamiento Jurídico italiano, en el caso de que las bases de datos indicadas permitan recabar los documentos mediante consulta gratuita y se trate de una base de datos nacional de cualquier Estado miembro, la obtención a través de esta vía será preceptiva para el ente adjudicador, sin que sea posible la exigencia de los documentos al operador económico en cuestión, extremo traspuesto en nuestro Ordenamiento por el art. 85, c. 6 del d.lgs. n. 50/2016 que viene a potenciar aún más el papel jugado por la ya implementada figura de la *Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici*³²⁵, toda vez que sus efectos simplificadores beneficiosos para la participación de operadores económicos en procedimientos de licitación alcanzarán una dimensión europea.

No obstante, la Directiva prevé que la declaración responsable lleve a cabo una simplificación inicial que no obstará para que, una vez iniciado el procedimiento, los entes adjudicadores puedan exigir la totalidad o parte de los documentos acreditativos “cuando resulte necesario para garantizar el buen desarrollo del mismo”. Tal enunciación, ciertamente necesitada de concreción, es precisada por el propio texto europeo en relación a los contratos marco para los cuales se exige que, antes de la adjudicación del contrato, se soliciten al operador económico seleccionado los documentos acreditativos correspondientes, si bien, en el resto de procedimientos

³²³ MAURO, A., “La selezione dei partecipanti”, cit., p. 165.

³²⁴ LONGO, A. Y CANZONIERI, E., *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, Giuffrè Editore, Milano, 2018, p. 128.

³²⁵ AVCP, *Atto di segnalazione n. 3/2014, 21 maggio*.

deberá ser precisada por los ordenamientos nacionales, pudiendo encontrarse respuestas que podríamos considerar cuanto menos dudosas respecto del espíritu de la norma, como, por ejemplo, en la regulación llevada a cabo en Italia en materia de sistemas dinámicos de adquisición, donde, como se verá, se permite la exigencia “libre” y en cualquier momento de los entes adjudicadores de los documentos acreditativos, debiendo responderse en el plazo de cinco días hábiles³²⁶.

Con carácter general, este punto ha sido desarrollado en el art. 85, c. 5 del d.lgs. n. 50/2016 donde se establece la posibilidad de requerimiento de los documentos acreditativos a los operadores económicos a lo largo del procedimiento de contratación cuando ello sea necesario para asegurar el correcto desarrollo del procedimiento, procediendo a ello, en todo caso, antes de la adjudicación del contrato respecto del operador seleccionado³²⁷. Desarrollo italiano, que obligará a un análisis causístico y desarrollo jurisprudencial de los casos en los que se proceda a la solicitud de la documentación a lo largo del procedimiento con la finalidad de determinar si existe realmente causa habilitante o se trata de un menoscabo innecesario del principio de celeridad y simplificación.

Así las cosas, la recepción de las directrices europeas por parte del art. 85 del d.lgs. n. 50/2016 ha conducido al establecimiento de un régimen de cualificación inicial de los operadores económicos basado en la utilización de las declaraciones responsables, aunque lo ha hecho con una redacción que ha generado dudas en la doctrina acerca de si ha sustituido completamente al sistema de *autodichiarazioni* (declaraciones responsables) o si se establece como un sistema alternativo³²⁸. Sea como fuere, este concreto sistema de autodeclaración viene a suponer, al menos para los contratos sujetos a una regulación armonizada, una modificación del régimen contenido en el d.lgs. n. 163/2006 por el cual la verificación de los requisitos de solvencia técnica, económica y financiera de los contratos de obras se llevaba a cabo por medio del sistema especial de cualificación, ya fuera ante el propio ente adjudicador o a través del “sistema SOA”, mientras que en el caso de los contratos de servicios y suministros tal

³²⁶ Regulación de las declaraciones responsables que, como señala ARPAIA, C. M. Y OTROS, “L’e-government in Italia: situazione attuale, problemi e prospettive”, cit., p. 7, responde en última instancia a una traslación directa del funcionamiento de la Administración en papel a la Administración electrónica, que puede conducir a una innecesaria duplicidad de las actividades de control.

³²⁷ Antes de la entrada en vigor del *decreto correttivo*, d.lgs. n. 56/2017, esta obligación se preveía también en relación al segundo clasificado.

³²⁸ BOZZETTO, A., «La selezione degli offerenti», en CORRADINO, M. y DAMIANI, S.S. (coords.) *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, Giuffrè Editore, Varese, 2017, p. 369.

verificación se efectuaba antes de la apertura de los sobres de oferta, mediante la solicitud por muestreo de los documentos acreditativos —art. 48 del d.lgs. n. 163/2006— a un número de operadores económicos que no fuera inferior al diez por ciento del número de ofertas presentadas llevado a cabo mediante sorteo único —fase de solicitud de documentos que ha sido derogada, como se ha podido apreciar por el d.lgs. n. 50/2016—, y, en segundo lugar, a la finalización del procedimiento de licitación a la solicitud de dicha documentación al operador seleccionado salvo que hubiera sido elegido en el muestreo inicial de comprobación.

No obstante, respecto de los contratos de obras ha persistido el proceso de certificaciones SOA. Así, mientras que la cualificación para las obras de importe inferior a 150.000 euros solo requiere no estar incurso en los motivos de exclusión del art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 y la ostentación de los siguientes requisitos:

- Realización de obras análogas en el año anterior a la fecha de publicación del anuncio en cuestión no inferior al importe estimado del contrato a estipular.
- Coste total del personal empleado no inferior al quince por ciento del importe de las obras llevadas a cabo en el año anterior a la publicación del anuncio.
- Condiciones técnicas adecuadas.

Para la realización de obras de importe igual o superior a los 150.000 euros sí es necesario el recurso a las certificaciones SOA, condición necesaria y suficiente para la demostración de la existencia de los requisitos de capacidad técnica y financiera necesaria para la realización del contrato, lo que elimina significativamente la eficacia del sistema de declaraciones responsables.

Así, sin cuestionar la efectividad del sistema SOA como medio certificador de la posesión de los requisitos generales, la idoneidad profesional, la adecuada capacidad económica y financiera, la adecuada capacidad técnica y profesional, adecuado equipamiento técnico y la existencia de una plantilla adecuada para la realización de las obras³²⁹, en procedimientos tan comprometidos como los contratos de obras de gran cuantía, no debe obviarse el hecho de que nos encontramos ante la traslación de una figura heredada de la administración en papel, que apenas si ha sufrido adaptación alguna a los sistemas de *e-procurement*, extremo que ha de llevar a la reflexión, máxime desde el punto de vista de que la necesaria realización del proceso de certificación SOA,

³²⁹ LONGO, A. Y CANZONIERI, E., *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit., p. 124.

tal cual se encuentra configurado en la actualidad, supone una significativa barrera de entrada al mercado de la contratación pública especialmente relevante para los operadores económicos de otros Estados miembros.

Llegados a este punto podemos ver cómo la legislación de la UE sobre contratación pública ha venido a suponer un impulso definitivo para la implantación en el ámbito de la contratación pública de un sistema de declaraciones responsables electrónicas en la acreditación inicial de la aptitud necesaria para la participación en la licitación, que sigue la estela de la configuración que esta figura había ido obteniendo en Italia desde finales del siglo pasado en el ámbito del *e-government*, basándose para ello en la utilización del documento informático, la firma electrónica, así como en la consulta de registros electrónicos de documentos o bases de datos. Así pues, las principales novedades introducidas por el DUEC consisten en su formato exclusivamente electrónico, en la posibilidad de su reutilización y en la introducción de una figura de declaración responsable única a nivel europeo³³⁰, tendente a facilitar el acceso de los operadores económicos al mercado de la contratación pública, especialmente de las PyMEs³³¹.

Precisamente, con el fin de contribuir a un sistema europeo de verificación de las declaraciones responsables a través de terceros certificadores, el art. 59.6 de la Directiva 2014/24/UE preveía la publicación de tales bases de datos a consultar a través de la herramienta *E-Certis*. Esta importante herramienta tecnológica supone una pieza esencial del funcionamiento y simplificación orquestada en torno al DEUC, así como un instrumento orientado a la consecución de la interoperabilidad organizativa, introducida en los instrumentos de *hard law* de la UE ex artículo 61 de la Directiva 2014/24/UE, fruto de su previa configuración en el Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación electrónica en la UE.

La misma viene a constituir una base de datos telemática gestionada por la Comisión Europea y puesta en marcha desde el 18 de octubre de 2010, a disposición de los operadores económicos de forma gratuita, por la que se informa de la naturaleza y contenido de los certificados y declaraciones exigidos en los procedimientos de contratación pública de los diferentes Estados miembros, facilitando los modelos de

³³⁰ MAURO, A., “La selezione dei partecipanti”, cit., p. 166.

³³¹ CHITI, M. P., “Le direttive 2014 dell’Unione Europea sui contratti pubblici e i problemi della loro attuazione in Italia”, cit., p. 102.

tales certificados o la documental, en el caso de haber sido consignados por aquellos³³², así como el acceso al formulario que constituye el DEUC en todos los idiomas de la Unión, al tiempo que se indica qué información de su país de origen es equivalente. De este modo, E-Certis permite al ente adjudicador verificar los documentos y certificados presentados por los operadores económicos y a estos conocer cuáles de aquellos necesitará para la participación de procedimientos de compra pública en Italia³³³.

Igualmente, como se ha anunciado, *E-Certis* se programa en el art. 59.6 de la Directiva 2014/24/UE con el fin de constituir un listado completo de todas las bases de datos que puedan tener información relativa a los operadores económicos, en orden a servir de elemento de transmisión de información entre los poderes adjudicadores de los diversos Estados miembros. Su relevancia fáctica resulta incontestable en virtud de lo establecido en el art. 61 Directiva 2014/24/UE por el que se obliga a que las Administraciones Públicas y demás poderes adjudicadores de cada Estado miembro mantengan actualizada la información destinada tanto a los poderes adjudicadores de terceros Estados miembros como a los operadores económicos. Obligatoriedad que viene anunciada y explicada en el Considerando 87 de la actual Directiva y que, como hemos tenido ocasión de señalar, está desplegando efectos desde el 18 de abril de 2016.

Lo explicado hasta ahora nos sitúa ante un medio que podría considerarse de interoperabilidad lingüística (con principales beneficiarios entre las Pymes tal y como señala el Considerando 87) e incluso técnica, en la medida en que se pone a disposición de los operadores económicos una serie de documentos electrónicos en diversos idiomas preparados para su remisión electrónica. Esta herramienta, al poner en contacto la documental exigida por los poderes adjudicadores en todos sus procedimientos de licitación, homogeneizándola en su tratamiento y creación telemática, podrá contribuir a la asimilación paulatina de los documentos exigidos por los poderes adjudicadores de los diferentes Estados miembros, contribuyendo a la interoperabilidad organizativa. A lo cual se une la interconexión de las “bases datos” de operadores económicos previstas en el art. 59.6 Directiva 2014/24/UE que permitiría la posibilidad de sustituir la generalmente costosa carga burocrática que conlleva recabar toda la documentación acreditativa de estar en posesión de las circunstancias que permitan participar en la licitación, por certificados que así lo acrediten y que se hallen actualizados de forma

³³² MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *La contratación pública electrónica. Análisis y propuesta de transposición de las Directivas comunitarias de 2014*, cit. p. 192.

³³³ BOZZETTO, A., “La selezione degli offerenti”, cit., p. 381.

permanente, expedidos por esas “bases de datos” de operadores económicos nacionales. Esto es, liberando de dicha carga a los operadores económicos no solo en un momento inicial, sino de una vez por todas y con un alcance europeo.

No obstante, para que estas potencialidades cobren mayores efectos y repercusión³³⁴, se requeriría la previsión de su uso obligatorio —no la mera necesidad de actualización vigente a día de hoy— lo que implicaría que solo se podrá requerir en los procesos de licitación documentación que haya sido incluida en el catálogo de E-Certis. Obligatoriedad que se encuentra dentro del horizonte del legislador europeo tal y como se desprende de los considerandos de la Directiva 2014/24/UE, pero para la que tendremos que esperar a la siguiente generación de directivas.

Esta herramienta ha sido traspuesta en el art. 88 del d.lgs. n. 50/2016 estableciendo la obligación de la actualización de la información suministrada por Italia a cargo de la *Cabina di Regia*, regulada a estos efectos por el art. 212 del mismo cuerpo legal y establecida desde el 1 de marzo de 2012 en virtud de su concepción *ex art.* 47, c. 2 del d.L. n. 5/2012, con el objetivo de definir la estrategia a seguir por Italia para el cumplimiento de los objetivos de la agenda digital europea.

Por todo lo anterior, en el caso de una implementación exitosa de las herramientas citadas en el presente epígrafe nos encontraremos ante la articulación de unos instrumentos que permitirán, efectivamente, la activación de las ventajas concurrenciales generalmente esperadas de la contratación pública electrónica gracias a unos niveles de interconexión y/o interoperabilidad en el mercado común hasta ahora desconocidos.

³³⁴ GÓMEZ MANRESA, M. F., “La contratación electrónica: Una apuesta del Derecho europeo por la sostenibilidad de la Administración Pública”, cit., p. 268.

CAPÍTULO III

LA IRRUPCIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA EN ITALIA Y SUS PRINCIPALES PROCEDIMIENTOS E INSTRUMENTOS

1. LA INSERCIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA EN LA NORMATIVA NACIONAL ITALIANA POR EL D.P.R. N. 101/2002 Y SUS PRECEDENTES LOCALES

La contratación pública electrónica constituye un concreto servicio público incluido en el espectro del *e-Government* conformado por un conjunto de tecnologías, procedimientos, operaciones y modos de organización derivados de la implementación de las TIC que permiten la reorganización y la simplificación de los procesos de contratación de la Administración Pública tendente a una mayor transparencia, competencia entre los operadores económicos, y economicidad y rapidez de la licitación. Principios tradicionales que, lejos de ser desplazados, son recepcionados — véase el art. 2.2 del d.P.R. n. 101/2002— en aras a lograr su potenciación hasta niveles desconocidos³³⁵. En palabras de VAIDYA³³⁶, la contratación pública viene a constituir:

el uso de Internet que automatiza e integra cada una de las fases de los procesos de contratación con el fin de mejorar la eficacia y la calidad de la contratación pública y promover la transparencia y la rendición de cuentas en el sector público

Definición, que viene a incluir, de forma inseparable, a la propia conceptualización del *e-procurement* los objetivos y efectos esperados de la

³³⁵ TOCCI, M., “Tecniche e strumenti per gli appalti elettronici e aggregati (artt. 54-58)”, cit., p. 210.

³³⁶ VAIDYA, K. Y CAMPBELL, J., «Multidisciplinary approach to defining public e-procurement and evaluating its impact on procurement efficiency», *Information Systems Frontiers*, vol. 18, 2016, p. 340.

implementación de las TIC, que han sido objeto de análisis en el capítulo I del presente trabajo.

Este fenómeno fue regulado por primera vez en el Ordenamiento Jurídico italiano por medio del d.P.R. n. 101/2002, cuyo primer borrador vio la luz el 9 de mayo de 2001, para ser modificado a la luz de sendos informes llevados a cabo, respectivamente, por la Autoridad garante de la Protección de los datos Personales el 14 de junio de 2001 y por la Sección Consultiva del Consejo de Estado el 3 de diciembre de 2001. El d.P.R. n. 101/2002 se fundamenta en las bases del sistema de *e-government* implantado por los d.P.R. n. 513/1997, d.P.R. n. 403/1998 y d.P.R. n. 428/1998, unificados ulteriormente en el d.P.R. n. 445/2000. Primera regulación del *e-procurement* que fue limitada, en cuanto a su ámbito de aplicación objetivo, a los contratos de suministro y de servicios —art. 1, c. 1, lett. e)—.

No obstante, la aprobación del d.P.R. n. 101/2002, y con ello la regulación general a nivel nacional del *e-procurement*, no coincidió con la aparición fáctica de sistemas de contratación electrónica en Italia, toda vez que hubo una serie de iniciativas que le antecedieron y cristalizaron, aun en ausencia de una regulación a nivel nacional que permitiera superar los requisitos formales propios de la Administración en papel establecidos en el R.D. n. 2440/1923 y el R.D. n. 827/1924 y los consiguientes impedimentos para la posible utilización de medios electrónicos de contratación pública. Tales dificultades podían verse sorteadas, en primer lugar, en relación a los contratos *in economia*, cuya norma reguladora especial a principios de siglo, el d.P.R. n. 384/2001 preveía unos procedimientos de contratación como el *cottimo fiduciario*, sin que se hiciera mención a unas formalidades procedimentales concretas permitiendo, por tanto, entender la posibilidad del empleo de medios electrónicos en su correspondiente desarrollo y ejecución³³⁷. Un segundo escenario para la aplicación *praeter legem* de los sistemas de contratación electrónica era provisto por la libertad de forma propia de los sistemas de contratación llevados a cabo por el procedimiento de *trattativa privata* prevista para aquellos casos taxativamente enunciados en el art. 41 R.D. n. 827/1924. Uniéndose en tercer lugar el amplio campo para la utilización de estos medios electrónicos en el procedimiento de *licitazione privata* en relación a la primera de sus fases de pre-cualificación. Posibles ámbitos de desarrollo de la contratación electrónica

³³⁷ GATTI, M., *E-Procurement. Il D.P.R. 101/2002 e gli acquisti in rete della P.A.*, cit., pp. 33 a 35.

que fueron desarrollados y ampliados por el Título III —arts. 53 y ss.— del d.P.R. n. 696/1979.

Así las cosas, aprovechando las oportunidades del referido panorama, y dentro de los límites del mismo, se produjeron una serie de experiencias de contratación electrónica generadas a la luz de una regulación y una práctica muy localizada que se adelantaron al d.P.R. n. 101/2002 a la hora de aprovechar las nuevas oportunidades y el nuevo escenario en el que nos situaba la normativa sobre *e-government* surgida entre los años 1997 y 1998.

La primera de estas experiencias se llevó a cabo a finales de los años 90 por el *comune* de Siena mediante el establecimiento de un reglamento para la regulación de los procedimientos de *trattive private* no sujetos a una regulación armonizada que permitía la utilización de procedimientos de compra *on line* cuyo funcionamiento requería, *a limine*, la obtención e instalación, así como la gestión, del software necesario, por el propio municipio.

Cada procedimiento de contratación sería iniciado a través de una publicación del anuncio correspondiente en su propia web, así como, por medio de una comunicación automática, de los extremos del procedimiento a los operadores económicos inscritos en el tablón de proveedores del municipio. Los operadores económicos que no se hallaran inscritos en el sistema debían proceder al envío de una solicitud de registro, tras lo cual dicha petición era respondida por medio de correo electrónico por el municipio de Siena, adjuntando a dicha solicitud una declaración responsable por la que se manifestaba estar en posesión de todos los requisitos necesarios para poder contratar con una Administración pública, la cual debía de ser devuelta a la Administración, bien a través del propio correo electrónico firmada digitalmente o por medio de correo ordinario, en el caso de que se procediera a la firma de forma manuscrita.

Una vez registrados, se asignaba a los operadores económicos una cuenta de usuario a emplear mediante un nombre de usuario y contraseña —sistema de firma electrónica simple—, a través de la cual podían proceder al envío de las ofertas, que podía ser estructurado en una doble modalidad, bien mediante el envío de ofertas secretas o de las denominadas “*al ribasso*”, caso éste en el que el resto de competidores

podían conocer el precio ofrecido, aunque no su identidad, pudiendo realizar nuevas ofertas hasta la conclusión del tiempo establecido para ello.

De modo que nos encontramos, no solo ante un antecedente de los actuales sistemas de licitación electrónica, sino también ante un antecedente del sistema de negociación electrónico que vendría a conocerse como subasta electrónica.

Seleccionada la oferta económica más ventajosa, ésta sería confirmada por el licitador en cuestión mediante la utilización de firma digital a través del sistema o mediante la firma manuscrita de la oferta remitida por correo postal. Finalmente, completado todo lo anterior, se procedería a la adjudicación.

Otra temprana experiencia de *e-procurement* debemos situarla en el *comune* di Torino, donde se permitió la realización de licitaciones *online* para el aprovisionamiento de bienes y servicios no sujetos a una regulación armonizada que tuviera que llevarse a cabo por un procedimiento de *licitazione privata* donde el criterio de adjudicación fuera el del precio más bajo. En dicho sistema, los operadores económicos, en primer lugar, debían habilitarse como usuarios mediante el envío a la administración adjudicadora de un formulario al efecto, bien por correo electrónico, bien por correo ordinario, en este último caso, junto con copia del documento de identidad del legal representante.

Tras ello, se remitía a los operadores económicos una carta de invitación a la licitación privada en la que se facilitaba una ID y una contraseña para el empleo de la plataforma, datos con los que se podía acceder a la plataforma una vez concluida la habilitación y a través de la cual se pudiera realizar la formulación de su oferta, y cuyos principales términos podían ser consultados por el resto de operadores económicos, aunque no así su procedencia. Realizado lo anterior, se fijaba una sesión de negociación que no podría durar más de una hora, prorrogable tan solo por diez minutos por cada oferta presentada a partir del minuto cincuenta. Todo ello realizado en sesión pública que podía ser seguida a través de los monitores instalados al efecto en el municipio o en Internet. La oferta ganadora debía ser confirmada mediante su envío por correo postal o mediante la firma del informe de la licitación. Al igual que en el caso de la plataforma instituida por el *comune* de Siena, se trata de una plataforma electrónica de contratación pública cuyo sistema de negociación de las ofertas constituye un claro precedente de la subasta electrónica.

Por último, se ha de señalar la proliferación de sistemas similares a los anteriores en la región de Lombardía en relación a las transacciones inferiores a los 20.000 euros, así como en el municipio de Roma y en la *Azienda Unità Sanitaria Locale di Modena* en relación a procedimientos no SARA, pudiendo destacar una característica especial de estos sistemas cual es la necesaria utilización *sine qua non* de la firma digital.

No obstante, en estos supuestos de posible y temprano empleo de medios de contratación electrónica no coordinada estatalmente, su previsión debía entenderse, en todo caso, como una vía potestativa de participación en la licitación por parte de los operadores económicos, toda vez que, en caso contrario, la exigencia de contar con los necesarios equipos informáticos y de firma digital hubiera venido a constituir un elemento restrictivo de la libre concurrencia con transgresión de los límites de la *lex specialis*, esto es, de los elementos constitutivos y reguladores de la licitación establecidos por el ente adjudicador, llegando incluso a poder entenderse como una violación del principio de legalidad en la actuación de los poderes públicos tal y como expresamente señaló el *Consiglio di Stato*³³⁸.

En este contexto y con tales iniciativas previas se encuadró la aprobación del d.P.R. n. 101/2002, el cual, vino a limitar su ámbito de aplicación a la Administración estatal, de modo que su aplicación a las regiones, provincias, ciudades metropolitanas, municipios y comunidades de montaña adquiriría un carácter potestativo dependiente, en última instancia, de las disposiciones tomadas dentro su autonomía. Regulación que pretendía ser acorde con la nueva redacción del art. 117, c. 1 de la Costituzione, dada por la legge costituzionale 3/2001, y el consiguiente incremento de las competencias de las regiones en materia de contratación pública. No obstante, abierta la posibilidad de acogerse o no a la utilización de los procedimientos de compra electrónica tal y como señalaba y confirmaba el *Consiglio di Stato*³³⁹, una vez decidida la adopción de los mismos, tal elección llevaría aparejada la del *modus operandi* establecido en el reglamento y no otro, sin que fuera posible el establecimiento de otra regulación de los elementos electrónicos y telemáticos que la componen, al permanecer como competencia exclusiva del Estado la determinación de los sistemas de interoperabilidad electrónica entre Administraciones *ex art. 117, c. 1, lett. r)* de la *Costituzione*. Mismos

³³⁸ CONSIGLIO DI STATO, *Parere n. 149/1997, 8 febbraio*, citado por GATTI, M., *E-Procurement. Il D.P.R. 101/2002 e gli acquisti in rete della P.A.*, cit., p. 117.

³³⁹ CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE CONSULTIVA PER ATTI NORMATIVI, *Parere 3 dicembre 2001*, citado por GATTI, M., *E-Procurement. Il D.P.R. 101/2002 e gli acquisti in rete della P.A.*, cit., p. 117.

rasgos que encontrábamos en la primera regulación del *e-government* tal y como hemos tenido ocasión de analizar en el capítulo anterior.

De otro lado, dentro de su ámbito de aplicación, el d.P.R. n. 101/2002 no introdujo *per se* preceptividad alguna en la utilización de sistemas de *e-procurement*, quedando configurados como un instrumento de empleo potestativo y alternativo a los medios tradicionales, revelando la consciencia del legislador de que la adopción de un régimen distinto en un estadio aún temprano podría suponer la introducción de obstáculos a la libre competencia entre los operadores económicos dada la falta de familiarización con los nuevos instrumentos y equipo tecnológico necesario, como por ejemplo, la firma digital³⁴⁰ —art. 2.3 del d.P.R. n. 101/2002—, favoreciendo de este modo a aquellos que procuraran una más rápida adaptación —respecto de lo que las PyMEs encontrarían mayores problemas— y no a aquellos cuya eficiencia y productos fueran los que mejor satisficieran el interés público³⁴¹, sin perjuicio ello del proceso de concentración de la demanda de los entes adjudicadores iniciado por la *legge finanziaria 1999* que, como tendremos ocasión de analizar en el capítulo cinco, mantuvo una estrecha vinculación con el *e-procurement* y vino a limitar progresivamente el margen de actuación independiente de los entes adjudicadores, ya fuera de carácter analógico o electrónico.

A grandes rasgos se puede destacar cómo esta primera regulación a escala nacional partía de una estructuración y concepción del procedimiento de licitación electrónico de manera análoga a la ya establecida por las experiencias anteriores a su promulgación, dividiendo la licitación en dos grandes fases: por un lado la fase de habilitación de los operadores económicos en el sistema electrónico de contratación, por medio de la cual se procede a la selección de los contratistas, esto es, de los operadores económicos que podrán participar en el proceso de contratación mediante la verificación de la ostentación por parte de estos de los requisitos necesarios para poder acceder a la licitación y, de otro, la licitación propiamente dicha entre los contratistas admitidos.

La primera de ellas, podía ser desarrollada mediante el empleo de medios tradicionales —art. 9, c. 3, lett. c) del d.P.R. n. 101/2002—, otorgándole una duración inicial máxima posible de 24 meses y, por tanto, siendo un procedimiento “reutilizable”

³⁴⁰ GATTI, M., *E-Procurement. Il D.P.R. 101/2002 e gli acquisti in rete della P.A.*, cit., p. 118.

³⁴¹ NUCARA, F., «Le aste elettroniche e gli altri strumenti per l'e-procurement pubblico», en SAITTA, F. (coord.) *Appalti e contratti pubblici. Commentario sistematico*, Wolters Kluwer; CEDAM, Milanofiori Assago, 2016, p. 983.

respecto de varias licitaciones propiamente dichas. Mientras que la segunda fase preveía su desarrollo exclusivamente por medio de instrumentos electrónicos.

Ligada a esta previsión de utilización de los medios electrónicos en la fase de licitación y adjudicación, se preveía la utilización de firma electrónica, en concreto, bajo la modalidad de firma digital —arts. 4, c. 6, 8, c. 4 y 6, c. 2 y 3 del d.P.R. 101/2002—, salvo en lo relativo a la firma del contrato, respecto de lo que no se llevaba a cabo mención alguna. Esta primera regulación general de las operaciones de licitación en la que los tradicionales sistemas de seguridad de la administración en papel eran sustituidos por los medios de seguridad de la administración electrónica hizo surgir las dudas de la doctrina, debiéndose sus reservas por el hecho de que, junto a la presentación de las ofertas, surgía la necesidad y/o exigencia, no solo de la confidencialidad, sino también de su secreto hasta la finalización del periodo de presentación de ofertas, de forma que era necesario impedir su lectura por otro sujeto antes de una determinada fecha³⁴². Posición doctrinal que sería posteriormente superada, toda vez que, como hemos podido analizar en el capítulo anterior, los sistemas de firma electrónica en sus versiones avanzadas en conjunción con sistemas de transmisión también avanzados, como el correo electrónico certificado, vendrían a permitir la trazabilidad de los accesos al mismo, de modo que fuera verificable la existencia o no de violaciones de tal necesidad de secreto.

Adicionalmente, la puesta en funcionamiento de estos sistemas telemáticos hacía necesaria la aparición de una figura encargada de iniciar y mantener el buen funcionamiento técnico del sistema, lo que supuso la introducción de un nuevo sujeto interviniente en los procedimientos de licitación generalmente constituido por un tercero respecto de comprador y vendedor, que se vino a denominar *gestor del sistema*.

Esta primera regulación del *e-procurement* establecía dos concretos procedimientos electrónicos: (i) la llamada licitación telemática, prevista en el *Capo II*, por la que se instituía la llamada *gara telematica*, consistente en la realización de cualquier tipo de procedimiento de contratación a través de una plataforma electrónica y (ii) el mercado electrónico previsto en el *Capo III*, por el que se instituía el Mercado electrónico de la Administración Pública —MePA—, a través del cual se pretendía proceder en relación a contratos no SARA a la instauración de una suerte de catálogos

³⁴² GATTI, M., *E-Procurement. Il D.P.R. 101/2002 e gli acquisti in rete della P.A.*, cit., p. 71.

digitales de la Administración Pública que pusieran a disposición del ente adjudicador una serie de productos a través de medios electrónicos.

Procedimientos de *e-procurement* basados en las previas disposiciones de la Directiva de 21 de diciembre de 2001 del Ministro de Innovación y Tecnología: *Linee guida in materia di digitalizzazione dell'amministrazione* (Directrices sobre la digitalización de la Administración) por la que se preveía que la Consip S.p.A. iniciara una plataforma electrónica de contratación a través de la cual se permitiera la realización de todo procedimiento de compra, inaugurando así un sistema que iría paulatinamente ganando en diversidad y complejidad tras la aprobación de la Directiva 2004/18/CE traspuesta en Italia por el d.lgs. n. 163/2006 y la aprobación de la Directiva 2014/24/UE y su correlativa trasposición realizada sobre la base del d.lgs. n. 50/2016. Dinámica posterior, que pasamos a desgranar en relación a cada una de las figuras de contratación electrónica instauradas.

Deteniéndonos en este punto en la *gara telematica* introducida por el d.P.R. n. 101/2002 en su capítulo segundo, se ha de señalar que la misma venía a constituir un sistema general de licitación alternativo y separado del tradicional, que conllevaba, de inicio, la modificación de las plataformas de publicidad de los anuncios correspondientes, de modo que los anuncios de habilitación, licitación y adjudicación debían ser publicados en el portal *web* del ente adjudicador en cuestión, así como en un portal de acceso centralizado como el que constituía el habilitado por el *Ministero dell'Economia e delle Finanze* —MEF— —art. 4 del d.P.R. n. 101/2002—. Igualmente, las comunicaciones ulteriores al inicio del procedimiento seguían la estela de desmaterialización de los anuncios, de modo que se preveía que la realización de las mismas se llevara a cabo a través de las direcciones de correo electrónico indicadas por los destinatarios, quedando atribuidas, en cuanto a su autoría y a su fecha y hora de realización, en base al funcionamiento de registro del sistema, utilizando como medio de seguridad de las mismas la herramienta de la firma digital *ex art. 38, c. 2, del d.P.R. n. 445/2000*, nivel de firma electrónica aceptado que sería ampliado, posteriormente, al de firma cualificada tras la modificación introducida por el art. 9 del d.lgs. n. 10/2002, o bien, mediante la utilización de la *carta d'identità elettronica* o de la *carta nazionale dei servizi*³⁴³.

³⁴³ Sobre estos instrumentos de identificación y seguridad de las interrelaciones telemáticas basados igualmente en el uso de la firma electrónica, véase ALLEORI, T., «Carte elettroniche», en

Como se ha señalado, el procedimiento era iniciado por medio de la promulgación de un anuncio de habilitación que debía ser presentado al menos sesenta días antes de la incoación de aquel, limitado a la comunicación de la cantidad total de los contratos para cada una de las categorías de bienes y servicios que tratarán de ser adjudicadas durante el periodo de validez de la habilitación, pudiendo ser diversos los requisitos de habilitación para cada una de las categorías. La contestación al anuncio de habilitación se llevaba a cabo mediante la formulación de declaraciones responsables en las que se declarara estar en posesión de los requisitos necesarios para obtener la habilitación, lo que demuestra un vínculo muy temprano entre los procedimientos telemáticos y la figura de las declaraciones responsables, pudiendo, no obstante, ser solicitada en cualquier momento del procedimiento la documentación acreditativa de estar en posesión de los requisitos objetivos y subjetivos para la obtención de aquella —art. 5 del d.P.R. n. 101/2002—.

Recibidas las solicitudes de participación, el ente adjudicador debía resolver las solicitudes de habilitación de los operadores económicos en el plazo de quince días desde su recepción, tras lo cual se procedía a la publicación de un anuncio de licitación al menos treinta días antes de la fecha fijada para el inicio de las operaciones, permitiéndose, aun entonces, la remisión *a posteriori* de solicitudes de participación, debiendo preverse al efecto un plazo no inferior a quince días.

Tras ello, se enviaba a los sujetos habilitados en el sistema una invitación para participar en la licitación, al menos diez días antes de la fecha fijada para su inicio, indicándose la modalidad para la participación en la misma, la cual podría desenvolverse en el seno de una plataforma genuinamente informática, o bien, a través de una estructura de procedimiento paralela a la del procedimiento tradicional con la única novedad funcional de la telematización de las comunicaciones.

La implementación de este diseño del empleo de los medios electrónicos venía a configurar, desde nuestro punto de vista, la obtención de ventajas concurrenciales, toda vez que, de forma anticipada al inicio del procedimiento de licitación, se ponía en conocimiento de los operadores económicos las necesidades e intenciones de contratar del ente adjudicador con el consiguiente incremento del rango temporal de la publicidad, al tiempo que, contestando al anuncio de habilitación con la correspondiente

solicitud, en caso de cumplir con los requisitos generales y especiales de la licitación, se obtendría un sistema de alerta de futuras licitaciones altamente especializado, y ello sin restringir la participación posterior de adicionales operadores económicos una vez publicado el anuncio de licitación propiamente dicho.

Por su parte, el sistema electrónico del *Capo III* del antedicho decreto confiaba el establecimiento de los puntos clave de su funcionamiento a desarrollos ulteriores efectuados por el MEF y por el *Dipartimento per l'innovazione e le tecnologie della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, estableciendo únicamente como parámetros guía su reserva a los procedimientos no sujetos a una regulación armonizada, la división de su procedimiento en una fase de habilitación y otra de licitación en la que el ente adjudicador pueda, bien seleccionar uno de los bienes existentes en el catálogo conformado por los sujetos habilitados, bien solicitar la presentación de ofertas que serían valoradas y clasificadas, en todo caso, de manera automática.

Llamamiento del decreto a su desarrollo ulterior que, efectivamente, fue respondido por el MEF auxiliado por la Consip S.p.A. tal y como pasamos a analizar y que sería mantenido en el art. 328 del d.P.R. n. 207/2010 (actualmente en el art. 36 del d.lgs. n. 50/2016), aunque con la importante novedad de que dejaba de hacerse referencia exclusivamente al Mercado Electrónico de la Pública Administración, establecido y gestionado por el MEF, para hacerse también referencia a otros mercados electrónicos que pudieran ser constituidos de manera individual por los entes adjudicadores. Sea como fuere, es lo cierto que para dar respuesta y virtualidad a los referidos sistemas, se procedió al desarrollo de un sistema de *e-procurement* central, instituido por el MEF por medio de la Consip S.p.A., en virtud del cual se pondría a disposición de todos los entes adjudicadores nacionales un sistema de *gara elettronica* y de mercado electrónico, así como una cada vez más desarrollada regulación en materia de contratación pública electrónica que vería la luz como fruto de la evolución que siguió a esta primera piedra en la construcción de un sistema legal general de contratación pública.

Así las cosas, pasamos seguidamente al análisis de estas plataformas y sistemas electrónicos, cuya primera necesidad se fraguó con la aparición del d.P.R. n. 101/2002, al hilo de los cuales aprovecharemos para ir avanzando y desgranando la evolución normativa acaecida posteriormente. Entre los instrumentos analizados podremos comprobar la existencia de sistemas de licitación exclusivamente diseñados para un

contexto digital, como podrá serlo el MePA, los sistemas dinámicos de adquisición, los catálogos electrónicos o las plataformas electrónicas. Además, también incluiremos el análisis de sistemas de contratación no necesariamente vinculados a un funcionamiento electrónico, como pueden serlo las convenciones Consip o los acuerdos marco, pero que, en la práctica, han sido vinculados, en buena parte de su funcionamiento, concretamente, en la segunda de las fases de su estructura bifásica, al empleo de plataformas digitales.

2. LA PLATAFORMA DE E-PROCUREMENT Y SUS SISTEMAS DE COMPRA Y NEGOCIACIÓN ELECTRÓNICOS

2.1 LA PLATAFORMA DE E-PROCUREMENT ESTATAL.

Las disposiciones introducidas por el d.P.R. n. 101/2002 hicieron necesaria, en primer lugar, una herramienta de soporte centralizada establecida por el MEF con auxilio de la Consip S.p.A. que permitiera la operatividad de aquellas disposiciones, así como su puesta a disposición tanto a operadores económicos como a entes adjudicadores, lo que conllevó la creación del sistema informático de contratación electrónica de la Administración Pública, el cual constituye en palabras del art. 2, c. 1 delle *Regole del Sistema di e-procurement della Pubblica Amministrazione* —en adelante *Regole Consip*—:

<i>un ambiente informatico realizzato dal MEF, tramite Consip, in attuazione del Programma per la razionalizzazione degli acquisti nella Pubblica Amministrazione che consente a Soggetti Aggiudicatori e Fornitori di utilizzare gli Strumenti di Acquisto.</i>	<i>un entorno informático creado por el MEF, a través de Consip, en desarrollo del Programa para la racionalización de las compras en la Administración Pública que permite a los Sujetos Adjudicadores y a los Proveedores utilizar los Instrumentos de Compra.</i>
--	--

El cual, como iremos viendo, fue ganando en complejidad y en instrumentos de *e-procurement*, conforme se avanzaba desde los estadios iniciales d.P.R. n. 101/2002, siendo actualmente accesible a través de la dirección de Internet www.acquistinretepa.it.

De esta forma, se venía a constituir, dentro de la dinámica de implementación de soluciones de *e-procurement*, una plataforma a través de la cual se pondría a disposición

de los sujetos anteriormente citados unos sistemas de contratación electrónica que permitieran tanto la adquisición y compra de productos como la negociación de los mismos, y de la que dependería, en buena medida, la obtención de los niveles de seguridad adecuados para el desarrollo del procedimiento de licitación³⁴⁴.

Por lo tanto, dentro de los medios de contratación electrónica incluidos dentro de la plataforma de *e-procurement* distinguimos dos grandes grupos: los instrumentos de adquisición y los instrumentos de negociación, que vienen definidos, respectivamente, en las lett. cccc) y dddd) del art. 3, c. 1 del d.lgs. n. 50/2016 de modo que los *strumenti di acquisto* vienen a constituir *strumenti di acquisizione che non richiedono apertura del confronto competitivo* (instrumentos de adquisición que no requieren la apertura de un procedimiento competitivo), incluyendo dentro de los cuales: las *convenzioni* Consip, los acuerdos marco, en los que los contratos de desarrollo se llevan a cabo sin proceso competitivo posterior, y el mercado electrónico en el que las adquisiciones se hacen a través de OdA.

Por su parte, los *strumenti di negoziazione* se configuran como *strumenti di acquisizione che richiedono apertura del confronto competitivo* (instrumentos de adquisición que requieren la apertura de un procedimiento competitivo), pudiendo incluir dentro de estos: lo acuerdos marco, en los que el avance de los contratos de desarrollo posteriores requiere la reapertura del enfrentamiento competitivo entre los adjudicatarios de aquel, el sistema dinámico de adquisición, el mercado electrónico cuando se empleen RdO y los sistemas de compra establecidos por las centrales de compra.

En el funcionamiento de la plataforma se hallarán involucrados los siguientes sujetos:

- El MEF, el cual es el sujeto responsable del procedimiento de habilitación de los representantes de los operadores económicos, así como de los entes adjudicadores.

- La Consip, S.p.A., la cual, por mandato del MEF, es la encargada de proceder a la ejecución de la implementación de las TIC en los procedimientos de compra pública y, en consecuencia, la responsable de poner en funcionamiento y al servicio de los operadores de la contratación pública la plataforma de *e-procurement*, así como los sistemas de adquisición incluidos en la misma, para lo que se valdrá del soporte técnico

³⁴⁴ OROFINO, A. G., “La sottoscrizione delle offerte elettroniche”, cit., p. 1199.

del gestor del sistema. De este modo se constituye como el responsable de la usabilidad de la plataforma, pero no así de la utilización que de la misma se haga, siendo ajena al desarrollo de cada uno de los procedimientos de contratación que se realicen en su seno.

- El Gestor del Sistema, encargado del desarrollo de los servicios y trabajos necesarios para la puesta en funcionamiento del sistema de *e-procurement* y de las aplicaciones informáticas necesarias para ello, actuando bajo mandato y dirección de la Consip S.p.A. y por cuenta del MEF. De este modo, el gestor del sistema deviene en el responsable directo de tal buen funcionamiento, en concreto de elementos clave tales como la seguridad de la plataforma, la gestión de los documentos electrónicos y su transmisión, la grabación en el sistema o el apoyo y/o asesoramiento técnico de los entes adjudicadores en el desarrollo de los procedimientos de licitación.

- El ente o Sujeto Adjudicador, es la Administración o poder público que accede al sistema de *e-procurement* con la finalidad de canalizar a través del mismo su demanda de determinados bienes y servicios.

- El *Punto Ordinante*, es aquel sujeto que actúa en el sistema de *e-procurement* registrando y operando por cuenta del Sujeto Adjudicador y que adquirirá la condición, salvo determinación en otro sentido, de responsable de los procedimientos de licitación que se lleven a cabo a través de la plataforma —RUP—. Consecuentemente, todo acto llevado a cabo por éste será imputado directa y exclusivamente al Sujeto Adjudicador. Debido a lo anterior, el *Punto Ordinante* debe contar con el suficiente apoderamiento para actuar en nombre y por cuenta del Sujeto Adjudicador en el desarrollo de cada una de las acciones a realizar en el sistema. Junto con el Sujeto Adjudicador se constituye en el responsable de que el procedimiento llevado a cabo a través de la plataforma de *e-procurement* se realice con pleno respeto a la normativa reguladora de la contratación pública, eximiendo de dicha responsabilidad a la Consip S.p.A. y al MEF.

- El Punto Instructor, es aquel sujeto nombrado por el Sujeto Adjudicador para la realización de determinadas actividades limitadas en el seno de la plataforma de *e-procurement* de carácter puramente interno, tales como la prospección y análisis de las ofertas u operadores económicos existentes en aquella. Toda responsabilidad derivable de su actuación será directamente imputable al Sujeto Adjudicador.

- El Proveedor, es el operador económico que acude a la plataforma de contratación electrónica con la finalidad de hacer llegar a través de ésta su oferta a los sujetos adjudicadores.

- El Legal representante, es el sujeto habilitado y apoderado suficientemente por el Proveedor para que actúe en su nombre en el seno de la plataforma de contratación electrónica, siendo imputable toda responsabilidad derivable de su actuación al Proveedor que representa. El nombramiento del legal representante, así como de los poderes conferidos, deberán constar en el *Registro delle Imprese*, o ser acreditado y documentado debidamente.

- Y, finalmente, encontramos al Operador Delegado, esto es, aquel sujeto nombrado por un legal representante por cuenta del proveedor al que representa, para que le asista en el desarrollo de su actividad en el seno de la plataforma de *e-procurement*.

De este modo, encontramos una estructura de la plataforma de *e-procurement* dividida en tres grandes grupos, por un lado, los responsables y encargados del sistema —MEF, Consip y el Gestor del Sistema—, de otro los usuarios demandantes de productos y sus apoderados-agentes auxiliares en el sistema —Sujeto Adjudicador, *Punto Ordinante* y *Punto Instructor*— y, finalmente, los usuarios oferentes de productos y sus apoderados-agentes auxiliares —Proveedor, Legal Representante y Operador Delegado—.

Para la utilización de la plataforma de *e-procurement* los dos grupos de usuarios, demandante y oferentes, partirán de la creación de una cuenta de usuario que permita el acceso al sistema, la cual será generada mediante un *procedimiento de registro* que llevarán a cabo a través de una persona física debidamente identificada que vendrá a constituir el Titular de la Cuenta —figura diferente a cuantas han sido expuestas anteriormente—.

Dicha cuenta será accesible mediante un nombre de usuario y una contraseña, lo que vendrá a constituir un instrumento de identificación informática³⁴⁵ y firma

³⁴⁵ Concepto de sistema de identificación informática definido en las referidas reglas de funcionamiento del sistema de E-Procurement de Consip como “*la validazione dell’insieme di dati attribuiti in modo esclusivo ed univoco ad un soggetto, che no consentono l’individuazione nei sistema informativi, effettuata attraverso opportune tecnologie anche al fine di garantire la sicurezza dell’accesso*”, esto es, “la validación del conjunto de datos asignados de manera exclusiva y unívoca a un sujeto, que no

electrónica, por medio del cual se atribuirán al Titular de la Cuenta y al sujeto que este representa todas las manifestaciones de voluntad y acciones llevadas a cabo en el seno del sistema, entendiéndose realizadas en la hora y el día registrados en el mismo. Este sistema de firma electrónica básico tendrá carácter de firma electrónica simple, que, como se ha analizado en el capítulo anterior, da lugar a la generación de documentos electrónicos válidos y de libre valoración en juicio según sus circunstancias y características. El registro en cuestión conllevará la aceptación de las reglas de funcionamiento del mercado electrónico establecidas por Consip S.p.A., al tiempo que permitirá el acceso a una serie de servicios y contenidos informativos de la plataforma, pero, aún no permitirá operar en ella.

De igual modo, la creación de la cuenta conllevará la responsabilidad del titular de evitar el conocimiento de las credenciales de acceso por parte de terceros, siendo responsable de los actos jurídicamente vinculantes junto con la entidad a la que represente, así como de los perjuicios de su uso indebido producidos por el acceso de tales terceros. A este respecto, en caso de cualquier sospecha de pérdida de la reserva de la información sobre la cuenta de usuario, deberá contactarse con el *call center* del MePA a fin de proceder a la suspensión de la validez de la cuenta. Una vez se tenga certeza de sustracción o hurto de la titularidad de la cuenta de usuario deberá procederse a la denuncia de los hechos y su remisión al sistema del MePA dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, lo cual impedirá la activación de la responsabilidad antes indicada.

Para poder operar en la plataforma de *e-procurement* será necesario que los usuarios, tras su registro, procedan a la realización del *procedimiento de habilitación*. Así, tanto los sujetos adjudicadores como los proveedores, tras el proceso de registro, deberán nombrar su *punto ordinante* y legales representantes, respectivamente, para actuar a través de los mismos, actividad que le estará vedada a la persona física identificada meramente como Titular de la Cuenta, sin perjuicio de la posible asunción por el mismo sujeto de esta condición junto a la de *Punto Ordinante* o Legal Representante.

permiten la detección en los sistemas de información, realizada a través de tecnologías apropiadas también al efecto de garantizar la seguridad en el acceso”. Sustancialmente coincidente con la definición contenida en el art. 1, c. 1, lett. u-ter) del d.lgs. n. 82/2005.

Para efectuar la solicitud de habilitación deberán emplearse los formularios disponibles en el propio sistema, que deberán ser firmados por medio de firma digital, en concreto, por medio de la firma digital de la que sea titular el *Punto Ordinante* o el Legal Representante. En el caso de los sujetos adjudicadores, cualquier ente público capaz de realizar un procedimiento de compra pública será susceptible de obtener la habilitación, mientras que en el caso de los proveedores, para la obtención de tal habilitación se requerirá estar en posesión de alguna de las siguientes condiciones:

- Haber obtenido la adjudicación de una Convención Consip o de un Acuerdo Marco

- Cumplir con los requisitos generales o técnicos establecidos por un anuncio de habilitación llevado a cabo en el seno de un procedimiento de adquisición desarrollado en el MePA.

- Cumplir con los requisitos generales o técnicos establecidos por un anuncio de habilitación llevado a cabo en el seno de un procedimiento de habilitación en desarrollo de un sistema dinámico de adquisición.

La realización del procedimiento de registro y de habilitación comporta la realización conjunta de una declaración responsable relativa al conocimiento y aceptación de las normas reguladoras de la plataforma de cada uno de los *Strumenti di Acquisto* incluidos en la plataforma, así como de la veracidad de los datos facilitados, de cuya inexactitud no responde Consip S.p.A. ni el MEF, recayendo toda la responsabilidad al efecto sobre el correspondiente poder adjudicador y operador económico, sin perjuicio de que los primeros puedan llevar a cabo comprobaciones sobre dicha veracidad por medio de muestreos a partir de los cuales se proceda al requerimiento de la presentación y envío de la documentación justificativa de los extremos declarados al momento de la solicitud de la habilitación y su suficiencia respecto de los anuncios del procedimiento de contratación de los que traigan causa. En el caso de que en tales casos no sea posible verificar la existencia de los respectivos requisitos se producirá la suspensión o revocación de la habilitación del Proveedor.

Por su parte, el Proveedor asume la obligación de proceder a la renovación de las declaraciones sustitutivas a la finalización de su validez. En caso contrario, se producirá la suspensión de la habilitación, que, de mantenerse durante plazo de ciento ochenta días desde la caducidad de la declaración responsable, conllevará la anulación

de la habilitación, inciso este último incluido por la nueva redacción de las normas de la plataforma de *e-procurement* llevada a cabo en el año 2014. La información facilitada por los poderes adjudicadores y por los proveedores podrá ser conocida por los responsables, gestores y usuarios de la Plataforma.

Las reglas de funcionamiento de la plataforma de *e-procurement*, así como de los sistemas de *acquisto* podrán ser modificadas en cualquier momento por el MEF y/o la Consip, S.p.A. previa comunicación a aquellos por *e-mail* y publicación en el sitio web de la plataforma, en cuyo caso se abrirá un plazo de diez días para comunicar al MEF, a la Consip, S.p.A. y al Gestor del Sistema, la solicitud de deshabilitación del sistema firmada con firma digital. En su caso, deberán ser remitidas tantas solicitudes de deshabilitación como *punti ordinanti* o legales representantes se hayan registrado. En defecto de tal solicitud las nuevas disposiciones se considerarán automáticamente aceptadas. No obstante, el operador económico quedará vinculado a las obligaciones del sistema de adquisición correspondiente surgidas antes de dicha solicitud, obligándose, a su vez, a no iniciar, tras la realización de la misma, actuaciones tendentes a la materialización de nuevos contratos. En concreto, tras la solicitud de deshabilitación, quedará vedada la posibilidad de enviar ofertas como respuesta a RdO lanzadas por los poderes adjudicadores, sin perjuicio de que las enviadas previamente sean plenamente vinculantes. Tras dicha solicitud, Consip, S.p.A. deberá proceder a la eliminación del operador en cuestión en un plazo no superior a diez días desde el recibimiento de la solicitud del proveedor.

En relación a los sistemas de comunicación, la plataforma incorpora una propia *Área de comunicaciones* destinada al efecto que se establece —tras la reforma de 2014 del art. 22 de las reglas Consip sobre utilización de la plataforma de *e-procurement*— como el sistema predeterminado para la realización de las comunicaciones, aunque previéndose que, en caso de problemas de funcionamiento de la misma, y cuando la legislación así lo permita, también puedan llevarse a cabo la realización de las comunicaciones por parte de Consip, S.p.A. o del Sujeto Adjudicador a través del fax, de la dirección de correo certificado —que viene a sustituir tras la mencionada modificación de 2014 la previsión de uso del correo electrónico ordinario— o domicilio digital o de la dirección de correo postal³⁴⁶. A estos efectos, las reglas de la Consip para el funcionamiento del sistema recogían en un inicio las prescripciones contenidas en el

³⁴⁶ Sobre la regulación general de las comunicaciones véase el epígrafe 5 del presente capítulo.

art. 14 del d.P.R. n. 445/2000, estableciendo que los documentos electrónicos se consideraban válidamente enviados cuando los mismos fueran satisfactoriamente remitidos al gestor del sitio web, entendiéndose, a su vez, como entregados si hubieran sido puestos a disposición del destinatario en la dirección de correo electrónico facilitada por dicho destinatario al gestor o, en su caso, en el área de comunicaciones establecida al efecto y aceptada por los usuarios de la plataforma como centro de comunicaciones de la misma al tiempo de la habilitación. Artículo que sería modificado por el art. 3 del d.P.R. n. 68/2005 y sucedido, finalmente, aunque manteniendo en esencia las mismas prescripciones a partir del 1 de enero de 2006 por el art. 45 d.lgs. n. 82/2005.

Tales comunicaciones quedarán archivadas digitalmente en la plataforma, al igual que la totalidad de las operaciones telemáticas realizadas en el contexto del procedimiento electrónico de licitación, constituyéndose así un sistema de archivo electrónico en el que la documentación obtenida debe ser empleada exclusivamente para el desarrollo de fines estrictamente relacionados con el funcionamiento del sistema de *e-procurement*, con prohibición general de poder proceder a la divulgación o distribución de los mismos —art. 28, c. 5 de las reglas Consip del sistema de *e-procurement*—, debiendo cumplirse con los requisitos de seguridad, integridad e inmodificabilidad de los documentos electrónicos archivados. Obligación de archivo digital derivada, como hemos visto en el capítulo anterior, del d.lgs. n. 82/2005 y que será cumplida de manera directa por el Gestor del Sistema. Los documentos relativos a los procedimientos de compra se mantendrán a disposición de los usuarios del sistema durante un plazo de 90 días, transcurridos los cuales será posible remover tal disponibilidad, sin perjuicio de su archivo y conservación y la posibilidad de acceso de los usuarios mediante solicitud escrita al referido gestor.

2.2. EL MERCADO ELECTRÓNICO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA —MEPA—

El primero de los instrumentos de compra establecido en la órbita de la plataforma de *e-procurement* fue el MePA, el cual, pese a ser instaurado normativamente por el d.P.R. n. 101/2002, hunde sus raíces en el *Programma di Razionalizzazione della Spesa Pubblica* (Programa de Racionalización del Gasto Público) iniciado en el año 2000 por el MEF con el objetivo principal de optimizar los procedimientos de compra pública de forma complementaria a la agregación de la demanda por medio de las *convezioni* Consip sobre las que profundizaremos en el

capítulo cinco del presente trabajo. De esta forma, el MePA junto con los referidos elementos de agregación de la demanda constituyó uno de los primeros impulsos de transformación del sistema de contratación público nacional como instrumento esencial a la hora de aumentar la eficiencia del funcionamiento del país en su conjunto³⁴⁷.

La regulación de este instituto tras la regulación inicial d.P.R. n. 101/2002 fue sucedida por el art. 328 del d.P.R. n. 207/2010, llegando hasta nuestros días a través del art. 36, c. 6 del d.lgs. n. 50/2016, siendo definido por el art. 3, c. 1, lett. bbbb) del mismo cuerpo legal:

<i>uno strumento di acquisto e di negoziazione che consente acquisti telematici per importi inferiori alla soglia di rilievo europeo basati su un sistema che attua procedure di scelta del contraente interamente gestite per via telematica.</i>	<i>un instrumento de compra y negociación que permite compras telemáticas por importes inferiores al umbral europeo basadas en un sistema que desarrolla procedimientos de selección del contratista completamente gestionado por medios electrónicos.</i>
--	--

Definición reformulada por CRESTA, quien venía a identificar el MePA como un instrumento telemático de tipo selectivo donde los proveedores que han obtenido la oportuna habilitación ofrecen sus bienes y servicios directamente *on line*, pudiendo los compradores registrados —Administraciones Públicas— consultar el catálogo electrónico de las ofertas a fin de emitir directamente ordenes de compra —OdA— o bien solicitudes de oferta —RdO—³⁴⁸.

De este modo, el MePA vino a constituir uno de los instrumentos de compra y negociación —el primero— previsto en el sistema de *e-procurement* de la Administración Pública, a través del cual los entes del sector público pueden proceder al aprovisionamiento de bienes y servicios bajo cumplimiento de las normas reguladoras de la contratación pública, por supuesto, siempre *en relación a procedimientos no sujetos a una regulación armonizada*.

³⁴⁷ BROGGI, D., *Consip: Il significato di un'esperienza. Teoria e pratica tra e-procurement ed e-government*, cit., p. 37.

³⁴⁸ CRESTA, S., «Procedure elettroniche e strumenti di acquisto telematici nel nuovo codice dei contratti pubblici», *Urbanistica e appalti*, vol. 8-9, 2016, p. 981.

Su funcionamiento parte de la publicación de un anuncio de habilitación por parte de Consip, S.p.A. llevado a cabo en relación a una concreta categoría de producto o metaproducto³⁴⁹ en la que se subdivide dicho mercado, los cuales permanecerán vigentes durante toda la duración del mismo —extremo anteriormente contemplado en el art. 328, c. 3 del d.P.R. n. 207/2010 y actualmente en la normativa técnica del MePA—, pudiendo, no obstante, ser actualizados o modificados siempre que se lleve a cabo la oportuna indicación a los interesados. La publicación de tales anuncios de habilitación se llevará a cabo de acuerdo con la normativa general relativa a los contratos no SARA, sobre la que tendremos ocasión de profundizar, debiendo contener los siguientes extremos:

- Las categorías de productos y servicios en las que se divida el mercado electrónico y a las que haga referencia la demanda anunciada.
- Las especificaciones técnicas de los bienes y nivel de los servicios requeridos.
- La indicación de los requisitos subjetivos y objetivos necesarios para lograr la habilitación, así como los principios de valoración de los mismos.
- La duración de la habilitación en el caso de ser obtenida.
- Indicación de la dirección de Internet en la que se pueda tener acceso a mayor información sobre la habilitación, tales como la relativa a los instrumentos informáticos disponibles para la presentación de la solicitud de habilitación, sobre los medios que permitan la publicación de los catálogos y el envío de las ofertas, en relación a las instrucciones de funcionamiento general del mercado electrónico, a los casos que conlleven la suspensión o exclusión de un operador económico y las modalidades empleadas para la demostración de estar en posesión de la solvencia necesaria para mantener la habilitación en el mercado electrónico.

En contestación a los anuncios de habilitación, todos los operadores económicos que se encuentren en condiciones de participar en procedimientos de contratación pública podrán solicitar la habilitación mediante la presentación de una solicitud de participación que debe estar redactada en lengua italiana, cuyo formulario es facilitado a

³⁴⁹ Como indica MARCHETTI TRICAMO, P., «Il sistema Consip e l'approvvigionamento di beni e servizi da parte della P.A. attraverso l'utilizzo di sistemi elettronici e telematici», en GALLI, D., GENTILE, D. y GUALANDI, V.P. (coords.) *Appalti pubblici*, Wolters Kluwer, Milanofiori Assago, 2015, p. 1259, un metaproducto es una tipología de productos comprensiva de todos aquellos artículos que responden a unas mismas características técnicas a la cual se le asigna un código CPV, p. 1259.

través de la plataforma de *e-procurement*, debiendo proceder a completarlo y firmarlo por medio de firma digital. Solicitud de habilitación que viene a constituir la utilización de una declaración responsable en formato electrónico. La realización de la referida solicitud se llevará a cabo mediante un formulario *online* finalizado el cual se generará una declaración en formato “.pdf” que deberá ser reintroducida en la plataforma del MePA tras su firma electrónica. Dicha solicitud podrá acompañarse de un catálogo de los productos que se pretenden ofrecer en el seno del mercado electrónico, el que devendrá preceptivo cuando junto al anuncio de habilitación se haya publicado un *capitolato tecnico* en el que se determinen las condiciones técnicas de los bienes o niveles de servicio requeridos.

Presentada la solicitud, ésta será valorada por la Consip, S.p.A., pudiendo dar lugar a una subfase de subsanación denominada *riassegnazione* por la que se solicite que se completen o aclaren determinados extremos de la solicitud en un determinado plazo so pena de que de no hacerlo la misma sea denegada.

La evaluación concluirá en virtud del *provvedimento di abilitazione* o resolución de habilitación, o bien, con la denegación motivada de aquella. Como se puede apreciar, el procedimiento de habilitación se caracteriza por dos notas fundamentales: por ser un procedimiento de carácter público y por ser un procedimiento de carácter no competitivo que no implica adjudicación alguna³⁵⁰.

Los operadores económicos o proveedores que obtengan la habilitación deberán proceder, si no lo han hecho al momento de presentación de la solicitud, a publicar en la plataforma del mercado electrónico un catálogo de los bienes y servicios ofrecidos por ellos, para lo que se han arbitrado unos específicos cauces por el sistema. El plazo para la formulación del catálogo tras la habilitación será de seis meses, tras lo cual Consip, S.p.A. podrá suspender la habilitación del proveedor, suspensión que implica la imposibilidad de participar en los procesos de licitación que se puedan desencadenar en el seno del mercado electrónico, así como la insusceptibilidad de ser seleccionados por los sujetos adjudicadores para adjudicaciones directas. El catálogo debe incluir todos los extremos y elementos esenciales para la conclusión posterior del contrato, teniendo la eficacia propia de una oferta pública lanzada a los entes compradores en los términos del art. 1336 C.c. Tal oferta será válida y eficaz a partir de la publicación del catálogo

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 1258.

en la plataforma y hasta su modificación o eliminación dentro del trámite previsto en el correspondiente anuncio de habilitación. Durante dicho periodo de validez se producirá la vinculación del operador económico a los precios y condiciones incluidos en el catálogo respecto de los requerimientos de aquellos entes adjudicadores que requieran sus productos a través de las correspondientes solicitudes de adjudicación directa — OdA—. Entre los extremos principales contenidos en las ofertas y en las órdenes de los sujetos adjudicadores encontramos: el lote mínimo de productos que puede ser solicitado o *Importo Minimo di Consegna*³⁵¹, la zona de entrega —NUTS—, así como la *Disponibilità Minima Garantita*³⁵² a la que, en su caso, se comprometa el poder adjudicador. El operador económico quedará obligado a la actualización del catálogo y a que los bienes y servicios para los que le ha sido concedida la habilitación estén efectivamente disponibles. El contenido de los catálogos deberá limitarse exclusivamente a aquellos productos para los que el operador económico haya sido habilitado, estando expresamente prohibida la inclusión de otros productos o de referencia alguna a los mismos. En cualquier momento, el operador económico habilitado en el MePA podrá eliminar un bien o servicio de su catálogo, o bien, modificar alguna de sus características. Tales modificaciones deben ser remitidas mediante firma digital. La validez de las modificaciones efectuadas se dará desde el momento de su publicación en la Plataforma, debiendo ser atendidas las obligaciones surgidas del catálogo previas a su eliminación o modificación, siempre y cuando hubieran sido realizadas por un Sujeto Adjudicador dentro del periodo de validez del correspondiente anuncio de habilitación.

Concluida la habilitación de los usuarios del MePA, los entes adjudicadores tendrán a su disposición dentro del mercado electrónico la posibilidad de explorar los catálogos de cada sector de productos mediante buscadores que permiten el filtrado mediante palabras clave e incluso mediante las características del producto, pudiendo descargar los resultados de la búsqueda en el catálogo en formato *Excel*. A la hora de adquirir los productos existentes en el catálogo, los entes adjudicadores dispondrán de dos procedimientos de compra al servicio de ejecución de procedimientos de

³⁵¹ Variable relativa a cada uno de los lugares de entrega o prestación del producto que hace mención a la cantidad de abastecimiento mínima que debe solicitarse por medio de solicitud directa de un sujeto adjudicador, para que la misma devenga vinculante.

³⁵² Se trata de la cantidad mínima de producto cuyo abastecimiento se garantiza poder proveer en un determinado plazo de tiempo ante la concurrencia de la totalidad de las solicitudes directas recibidas por parte de todos los entes adjudicadores.

contratación no sujetos a una regulación armonizada, los cuales se han dejado ya traslucir previamente y cuya elección será responsabilidad exclusiva del *Punto Ordinante* y del Poder Adjudicador: por un lado, el sistema de Órdenes Directas de Compra —OdA— y, por otro, el de Solicitudes de Oferta —RdO—.

Las Órdenes Directas de Compra u *ordine di acquisto* —OdA— se realizarán sobre la base de los formularios facilitados por el sistema que contarán con campos de diseño de la oferta determinados como obligatorios y otros opcionales, siendo necesario para su validez y eficacia que el documento de orden directa, que se generará automáticamente tras rellenar el formulario, sea firmado digitalmente y remitido al Sistema, el cual lo comunicará automáticamente al operador económico seleccionado por el ente adjudicador. Dicha orden tiene la eficacia legal de aceptación de la oferta publicada en el catálogo del operador económico, por lo que en el momento en el que la orden es cargada y registrada en el sistema el contrato de prestación de bienes y servicios se entiende perfeccionado. Ahora bien, tal aceptación automática y consecuente perfeccionamiento del contrato se limitará a aquellos casos en los que la orden directa respete las condiciones contractuales previstas en el catálogo, de forma que, en caso contrario, no se presumirá aceptada la oferta, siendo necesario que el proveedor, voluntariamente, decida dar curso a la orden. En tales casos, el operador económico deberá comunicar al *Punto Ordinante* el recibimiento y aceptación de la orden remitiéndolo a su correo electrónico certificado dentro de los dos días naturales siguientes a la recepción, firmando el documento digitalmente.

No obstante, en aquellos casos en los que el ente adjudicador en cuestión haya incumplido sus obligaciones de pago precedentes en relación a procedimientos de contratación entre las mismas partes llevadas a cabo dentro del mercado electrónico, el operador económico podrá rechazar la orden recibida en plazo de cuatro días naturales desde la recepción de aquella, debiendo ser tal extremo comunicado al *Punto Ordinante* mediante documento electrónico firmado con firma digital y remitido al correo electrónico certificado.

Por su parte, en aquellos casos en los que el catálogo prevea una disponibilidad mínima garantizada de bienes y servicios adquiribles en el mercado electrónico y dicha disponibilidad sea superada, aunque lo sea parcialmente, por la orden emitida, tal eventualidad podrá ser comunicada al *Punto Ordinante* dentro del cuarto día natural desde la recepción de aquella. Dicha comunicación será efectuada mediante la

utilización de firma digital y remitida al correo electrónico certificado del poder adjudicador. Si lo comunicado es una superación parcial de la orden de la disponibilidad mínima garantizada, el *Punto Ordinante* en cuestión podrá enviar una nueva orden hasta el límite de la cantidad disponible, siempre y cuando en el periodo intermedio tal cantidad residual no sea agotada por otros entes adjudicadores. No obstante, el proveedor podrá decidir no llevar a cabo la comunicación y dar trámite a la orden, entendiéndose a la finalización del plazo como válidamente perfeccionado. El agotamiento de las cantidades mínimas garantizadas solo se computará respecto de la utilización de Ordenes Directas sin tenerse en cuenta los aprovisionamientos a los que haya procedido el operador económico a través de RdO u otros canales del mercado electrónico.

Tradicionalmente, el ámbito de aplicación natural de las OdA lo habían constituido los casos de contratos *in economia* en los que se permitía la adjudicación directa del producto. Actualmente, el d.lgs. n. 50/2016, a pesar de la eliminación de dichos contratos *in economia*, no ha supuesto, sin embargo, la eliminación de todos los campos de aplicación de la OdA, la cual aún tiene cabida en los casos de adjudicación directa que se mantienen en el art. 36, c. 2 del referido d.lgs. n. 50/2016 y en los supuestos del art. 63 del mismo texto legal sobre el procedimiento negociado sin previo anuncio de licitación en los que solo sea invitado un proveedor³⁵³. En los indicados casos, el funcionamiento del MePA facilita, en gran medida, la labor de necesaria motivación de “las razones de la elección del proveedor”, obligación mantenida para este tipo de selección del operador económico tal y como se desprende del art. 32 del d.lgs. n. 50/2016 en relación a su art. 36, c. 2, lett. a)³⁵⁴.

En este sistema de adjudicación mediante *trattativa diretta*, en palabras del nuevo d.lgs. n. 50/2016, deviene fundamental uno de los principios de contratación pública aplicables cual es el *principio de rotación*. Dicho principio, siguiendo lo establecido por el *Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa de Trento*³⁵⁵, no supone la imposibilidad de invitar a ulteriores procedimientos al anterior proveedor, si bien, sí implicará la prohibición de que su condición de anterior proveedor del bien o

³⁵³ CONSIP S.P.A. Y MINISTERO DI ECONOMIA E FINANZE, *Manuale d'uso del Sistema di e-Procurement per le Amministrazioni. Guida alla predisposizione della Trattativa Diretta*, 2016, p. 8.

³⁵⁴ BIANCARDI, S., «Gli affidamenti diretti dopo il “decreto correttivo” (d.lgs. 56/2017): la trattativa diretta del MePA», *Appalti & Contratti*, vol. 6, 2017, pp. 46 y 47.

³⁵⁵ T.A.R. TRENTO. TRENTO-ALTO ADIGE. SEZIONE I, *Sentenza n. 339/2012, 21 novembre*.

servicio le establezca en situación de ventaja sobre los demás operadores económicos a la hora de ser invitado, de modo que sin que sea necesaria una motivación especial de su no invitación, por el contrario, sí será necesario conocer las razones de su nueva invitación, lo que haría extensiva su aplicación no solo a los operadores económicos que han resultado adjudicatarios, sino también a los invitados a procedimientos negociados. El objetivo de dicho principio, en términos del referido tribunal, es la de distribuir *il confronto tra gli operatori economici su un piano intertemporale, evitando la formazione di rendite di posizione e conseguendo così un'effettiva concorrenza* (la comparación entre operadores económicos en un nivel intertemporal, evitando la formación de mejora en la posición y logrando así una competencia efectiva).

La segunda funcionalidad al servicio de los poderes adjudicadores facilitada por el MePA es el sistema de *Richiesta di Offerta* —RdO— por el que se permite individualar *ad hoc* los productos requeridos, así como seleccionar a los proveedores destinatarios de la misma.

En principio, la *richiesta* de oferta tendrá como objeto principal los productos descritos en el *capitolato tecnico* del bando de habilitación correspondiente siéndole de aplicación las condiciones generales allí establecidas. Si bien, el *Punto Ordinante* tiene también la posibilidad de adjuntar a la *richiesta* documentos adicionales firmados con firma digital, en el que se establezcan condiciones particulares del contrato distintas de las establecidas por los operadores económicos en sus catálogos electrónicos, no obstante, el objeto de las RdO deberá limitarse al contenido de las prescripciones técnicas del *capitolato tecnico* de cada *bando di abilitazione* activo.

En todo caso, la *richiesta* deberá indicar los periodos de tiempo dentro de los cuales los proveedores podrán proceder al envío de sus ofertas, así como el período de validez de la oferta desde su aceptación por el poder adjudicador, debiendo respetarse los principios generales de no discriminación, libre concurrencia y transparencia. Las solicitudes de oferta serán remitidas a todos los proveedores habilitados en la categoría de producto correspondiente en la que el ente adjudicador haya decidido encuadrar su demanda. Recibida la oferta, el proveedor deberá proceder, si así lo desea, a su contestación dentro de los plazos establecidos, utilizando las plantillas del sistema, generando la oferta, firmándola digitalmente y cargándola en el sistema. Dicha oferta una vez remitida constituirá una propuesta contractual válida, eficaz e irrevocable hasta la fecha que se haya indicado en la RdO, sin que quede restringida por los elementos

generales dispuestos en el catálogo, suponiendo, en su caso, la aceptación de las condiciones particulares que haya podido establecer el poder adjudicador.

Recibidas las ofertas, las mismas serán *evaluadas automáticamente* por el sistema informático de negociación del MePA, el cual graduará las ofertas recibidas en función de los criterios y parámetros previamente seleccionados por el poder adjudicador. En el caso de que se presente una sola oferta inclusiva de varios bienes y servicios, la clasificación se llevará a cabo en relación a las ofertas completas. Si la RdO se halla dividida en lotes, el sistema llevará a cabo una graduación para cada uno de los lotes. Sobre la base de la clasificación del sistema, el poder adjudicador decidirá si adjudicar el contrato a alguna de las ofertas, y, en su caso, a cuál de ellas. Así, el poder adjudicador, conforme a los criterios indicados en la RdO procederá a la valoración de las ofertas recibidas, pudiendo alternativamente:

- Aceptar una de las ofertas dentro de los plazos de validez e irrevocabilidad de las mismas. En este caso, el sistema genera un “*Documento di Accettazione*” que será firmado con firma digital y cargado en el sistema, momento en el que el contrato se entenderá perfeccionado.

- No aceptar ninguna de las ofertas recibidas dejando finalizar el plazo de validez e irrevocabilidad de las ofertas presentadas, o bien, iniciar una nueva RdO sustitutiva de la anterior.

A la hora de aplicar una nueva RdO existen dos alternativas técnicas: una de ellas, denominada *popolare il carrello degli acquisti* —llenar la cesta de la compra—, consiste en especificar una nueva y específica *richiesta*, y la otra, proceder a copiar una RdO ya existente, replicándola.

En el caso de la primera de las opciones la generación de una Oda, a fin de agilizar la utilización del sistema permite, a su vez, dos modalidades:

- Utilizar el comando “*Catalogo*” en base al cual se procederá a unir a la RdO u Oda bienes y servicios ya cualificados por los proveedores habilitados en función de sus condiciones técnicas y económicas, en cuyo caso el ente adjudicador podrá tratar de personalizar estos parámetros.

- Utilizar el comando “*Vetrina*” en base al cual, el poder adjudicador podrá unir a la RdO u Oda bienes y servicios con cualquier característica técnica o económica, parámetros estos que, necesariamente, el poder adjudicador deberá personalizar.

Tras optar por una de ellas, deberá fijarse un plazo suficiente para la presentación de las ofertas en el que se tengan en cuenta los principios generales de la normativa sobre contratación sin que exista fijado expresamente un plazo mínimo para ello, lo que ha originado que la doctrina tilde de *lagunosa* la regulación del MePA, y que ha llevado, en algún momento, a la aplicación por analogía de lo establecido en el art. 124, c. 6 del d.lgs. n. 163/2006, en el que se señala que en los procedimientos negociados con o sin anuncio, el término de la recepción de las ofertas será establecido por los poderes adjudicadores en base a los criterios de proporcionalidad señalados en el art. 70.1 d.lgs. n. 163/2006 sin que, en todo caso, dicho plazo pudiera ser inferior a diez días desde la fecha de la invitación³⁵⁶. Posición doctrinal que consideramos que puede ser mantenida actualmente sobre la base de la aplicación analógica del art. 62, c. 5 del d.lgs. n. 50/2016 en relación con el art. 61, cc. 4 y 5 del mismo cuerpo legal.

Finalmente, la oferta vencedora de la licitación será seleccionada por aplicación de un sistema de evaluación automático que actúa sobre la base de los criterios anunciados previamente y elegidos por el poder adjudicador entre las opciones facilitadas por el sistema electrónico, lo que viene a constituir una manifestación del empleo de los sistemas informáticos como un instrumento al servicio de una contratación pública más transparente y más eficaz a la hora de seleccionar la oferta que mejor satisface el interés público³⁵⁷, acotando de sobremanera la actuación discrecional del ente adjudicador y sus correspondientes posibles desvíos, aunque, por otro lado, restringiendo, precisamente por tal motivo, el ámbito de posible aplicación de esta solución de *e-procurement* que ahora nos ocupa.

La RdO será especialmente útil en los siguientes casos³⁵⁸:

→ Cuando se superen los cuarenta mil euros que marcan el límite máximo para la adjudicación directa o bien no se den ninguno de los requisitos que permite el sistema negociado sin publicidad con un solo oferente invitado.

→ Cuando las condiciones de aprovisionamiento requeridas deban diferir de las generales para el concreto tipo de categoría de mercado.

³⁵⁶ MASSARI, A. Y USAI, S., *Il mercato elettronico e gli acquisti di beni e servizi dopo la Spending Review*, cit., p. 302.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 286.

³⁵⁸ *Ibid.*, p. 330.

→ Cuando no se encuentre disponible en el MePA la tipología de producto requerida.

→ Cuando, aunque se encuentre disponible la categoría de producto, ninguno presente las características cualitativas necesarias.

→ Cuando se requiera adquirir junto con un producto unos determinados servicios que no encuentren en el catálogo.

→ Cuando se considere que el operador económico pueda dar lugar a condiciones mejores que aquellas presentes en el catálogo.

→ Cuando se crea que se pueden mejorar las condiciones del catálogo por acción de las economías de escala.

→ Cuando se considere que la información obrante en los correspondientes catálogos no es suficiente como para garantizar una consulta eficaz del mercado.

Para la formalización del contrato, una vez adjudicado, se prevé la posibilidad de que el intercambio de documentos de oferta y su aceptación firmada digitalmente por las partes se produzca de manera telemática a través de la plataforma, tras lo cual no será necesario respetar periodo alguno de *stand still* ante la previsión del art. 11, c. 10-bis de la Legge n. 94/2012 por la que se venía a eximir del mismo a los procedimientos de compra efectuados a través del mercado electrónico³⁵⁹, disposición confirmada *ex art.* 32, c. 10, lett. b) del d.lgs. n. 50/2016. No obstante, a pesar de la previsión de empleo de firma digital en la plataforma del mercado electrónico de la Administración Pública, a la luz del tenor del art. 11, c. 13 del d.lgs. n. 163/2006, así como del actual art. 32, c. 14 del d.lgs. n. 50/2016, sería posible la utilización de firma electrónica avanzada dada la equivalencia de un documento informático que incorpore dicho nivel de seguridad con la *scrittura privata*.

En cualquier caso, las reglas para la verificación de la ostentación de los requisitos necesarios por parte de los operadores económicos se hallan regulados en el art. 36 del d.lgs. n. 50/2016, por lo que en caso de utilización de OdA será de aplicación la regla general contenida en su epígrafe 5 primer periodo en relación al epígrafe 2 del mismo artículo, por la que se dispone que, en todo caso, se deberá proceder a la verificación de tales extremos del operador económico que resulte adjudicatario. A lo

³⁵⁹ Se exceptúa así la regla general por la que se establece un término dilatorio de treinta y cinco días entre el anuncio de adjudicación definitivo y la firma de contrato.

que se une la expresa previsión en el ámbito del MePA y del resto de mercados electrónicos del epígrafe 6-*bis* del referido artículo, introducido por el d.lgs. n. 56/2017, por el que se viene a establecer que:

Nei mercati elettronici di cui al comma 6, per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, la verifica sull'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 è effettuata su un campione significativo in fase di ammissione e di permanenza, dal soggetto responsabile dell'ammissione al mercato elettronico. Resta ferma la verifica sull'aggiudicatario ai sensi del comma 5.

En los mercados electrónicos mencionados en el epígrafe 6, para las adquisiciones de importe inferior a 40.000 euros, la comprobación de la ausencia de los motivos de exclusión recogidos en el artículo 80 se realiza con una muestra significativa durante la fase de admisión y permanencia, por el sujeto responsable de la admisión al mercado electrónico. Sin perjuicio de la comprobación relativa al adjudicatario de conformidad con el epígrafe 5.

Disposición que, en base al último período, parece no introducir novedad alguna, pero que, siguiendo a SORRENTINO, debemos interpretar de manera sistemática junto con la modificación que el referido decreto *correttivo* ha llevado a cabo en el epígrafe 5 del actual d.lgs. n. 50/2016 en virtud del cual, la introducción del último periodo viene a establecer que:

Le stazioni appaltanti devono verificare il possesso dei requisiti economici e finanziari e tecnico professionali, se richiesti nella lettera di invito.

Los entes adjudicadores deben verificar la posesión de los requisitos económicos, financieros y técnico-profesionales, si así lo solicita la carta de invitación.

De esta forma, para los contratos negociados en el MePA inferiores a los cuarenta mil euros se habría limitado la comprobación del adjudicatario prevista en el epígrafe 5 al que reenvía el epígrafe 6-*bis*, a la de los requisitos especiales establecidos en la *lettera di invito* para la licitación en cuestión, mientras que la verificación de la inexistencia de motivos de exclusión *ex art.* 80 del d.lgs. n. 50/2016 se llevará a cabo por muestreo de todos los participantes en el MePA, sin necesidad de que la misma sea

reproducida en sede del adjudicatario aun cuando este no haya sido seleccionado dentro de las muestras de comprobación³⁶⁰.

Interpretación llevada a cabo por el referido autor que cuenta a su favor con el hecho de que, en otro caso, es decir, en el de que se entendiera que la remisión del c. 6-*bis* al c. 5 se refiriera a la comprobación de requisitos general expresada en su primer periodo —“*verifica dei requisiti*”— y, por tanto, incluyendo la incursión o no en motivo de exclusión del art. 80, el juego de ambos epígrafes en análisis nos conduciría a que los operadores adjudicatarios serían finalmente fiscalizados en relación a todos los requisitos, incluida la existencia o no de causas de exclusión en el caso de que tal extremo no hubiera sido comprobado ya previamente, deviniendo completamente inocua y sin sentido la comprobación de requisitos prevista en relación a contratos superiores a cuarenta mil euros e inferiores al umbral comunitario —art. 36, c. 5— y los contratos inferiores a los cuarenta mil euros negociados en un mercado electrónico —art. 36, c. 6-*bis*—.

La documentación acreditativa de lo actuado en los diferentes procedimientos de compra llevados a cabo a través del MEPA será accesible a través del apartado de su plataforma “*archivio*” por un periodo de al menos noventa días desde la creación del documento. Transcurrido dicho plazo, la misma podrá ser eliminada por el gestor del sistema, el cual se hará cargo de su conservación sobre la base de lo dispuesto en la normativa general analizada en el capítulo II del presente trabajo, pudiendo ser accesible mediante solicitud escrita.

Adicionalmente, el MePA contará con un apartado de resumen de actividad del ente adjudicador en el que éste podrá consultar el gasto efectuado en la compra de bienes y servicios a través del mismo.

En último lugar, se ha de destacar que en el caso de que un proveedor incumpla las reglas de funcionamiento del mercado electrónico, Consip, S.p.A. enviará a éste una comunicación en la que se describan los correspondientes incumplimientos, abriéndose tras su envío al operador económico un plazo tradicionalmente de treinta días naturales —diez según las reglas de 2014— para la realización de las alegaciones que considere oportunas. Tras lo cual, y dentro del plazo general de 60 días naturales, Consip, S.p.A. comunicará al proveedor su resolución motivada. Tales incumplimientos podrán ser

³⁶⁰ SORRENTINO, G., «Il sistema dei controlli “semplificati” per gli acquisti mediante mercato elettronico dopo il decreto correttivo», *Appalti & Contratti*, vol. 5, 2017, pp. 81 y 82.

denunciados por los poderes adjudicadores mediante remisión del documento con firma digital remitido por los canales arbitrados al efecto por la plataforma.

La determinación de tres incumplimientos de las normas de funcionamiento del mercado electrónico en un plazo de 24 meses podrá suponer la suspensión de la habilitación durante un plazo comprendido entre 1 y 12 meses, así como la necesidad de indemnizar los daños causados. Igualmente, podrá conllevar la inclusión del operador económico en un listado de incumplidores visible para todos los usuarios del MePA — introducido en las reglas del MePA de 2014—.

Dentro de tales incumplimientos, las reglas de funcionamiento destacan tres de especial gravedad consistentes en:

- El envío no autorizado a los poderes adjudicadores de comunicaciones comerciales, promociones, publicidad.
- El incumplimiento de un contrato celebrado en el mercado electrónico.
- La replicación de líneas de catálogo con Productos / Servicios sustancialmente idénticos.

En estos casos, en atención a la especial gravedad de los hechos, sin necesidad de incumplimientos adicionales, se podrá proceder a la solicitud de indemnización de los correspondientes daños y perjuicios, o establecerse como causa de suspensión, revocación o denegación de la habilitación, incluso, prescindiendo del procedimiento de comprobación antes indicado.

Como establece Consip, S.p.A. en su propio portal web las ventajas que presenta el mercado electrónico respecto de los poderes adjudicadores consisten en:

- Ahorro de tiempo en los procedimientos de compra de bienes y servicios en relación a los contratos que no se hallen sujetos a una regulación armonizada —ventajas funcionales—.
- Transparencia y trazabilidad de la totalidad de dicho procedimiento —ventajas conductuales—.
- Incremento del conocimiento de la oferta de los diferentes productos a todo el territorio nacional —ventajas de información—.

- Mayor facilidad de acceso al mercado por parte de los entes adjudicadores para la obtención y descubrimiento de los productos que le son necesarios para su funcionamiento —ventajas de información—.

Mientras que para los operadores económicos supone:

- Una disminución de los costes de transacción.
- Reducción del tiempo de transacción.
- Mejor y más fácil acceso al mercado de la contratación pública.
- Incremento de la competencia.
- Posibilidad de participación en todo el territorio nacional a través de esta plataforma.
- Fomento de la renovación de sus procedimientos de venta.

Lo que se traducirá en un incremento de la oferta potencial o, lo que es lo mismo, de ventajas concurrentiales.

Y por último, ha de destacarse la obtención de una ventaja conductual derivada de la mayor transparencia y automatismo en la individualización del contratista que mejor satisface el interés público a través de un desplazamiento de la discrecionalidad de los responsables de los órganos de contratación a favor del diseño y programación del sistema informático a través del cual se desarrolle el procedimiento de licitación que permita la automatización del acto administrativo tendente a la selección del contratista, produciéndose la conversión del dictado de la normativa vigente en un algoritmo directamente aplicable por un *software*³⁶¹. Factores constitutivos de ventajas conductuales basados en el sacrificio de la discrecionalidad del ente adjudicador que irremediablemente conducirán a una importante limitación de la utilización de estos procedimientos de *e-procurement* al quedar fundamentalmente *circunscritos al aprovisionamiento respecto de los productos y obras de necesidad común o habitual* de las Administraciones Públicas y del resto de poderes adjudicadores, con *características de determinación y evaluación estrictamente objetiva*, pero que quiebran respecto de la adquisición de productos de más compleja estandarización y necesaria ponderación de

³⁶¹ MASUCCI, A., *Il procedimento amministrativo e nuove tecnologie*, G. Giappichelli Editore, Milano, 2008, p. 82.

elementos de carácter subjetivo, tales como la contratación de servicios intelectuales, cuya valoración difícilmente puede efectuarse de manera automatizada³⁶².

Así las cosas, el MePA se constituye como un instrumento de *e-procurement* que viene a posibilitar con su funcionamiento la obtención de todas y cada una de las ventajas analizadas en capítulo I como predicables del empleo de medios electrónicos en el ámbito de la contratación pública. Para ello, como ya se ha analizado en el capítulo II respecto de los concretos instrumentos tecnológicos empleados requerirá la superación de una serie de barreras tecnológicas relativas a su empleabilidad y conocimiento por los administrados, en este caso, los proveedores u operadores económicos. Barreras que serán más marcadas respecto de los operadores económicos pertenecientes a otros Estados miembros, toda vez que, como ha podido comprobarse, se prevé la utilización de herramientas de *e-government*, en principio, propias y exclusivas de Italia, tales como el correo electrónico certificado —domicilio digital— o la firma digital. A este respecto cabe señalar que la actual regulación de la firma electrónica contemplada en el d.lgs. n. 82/2005 analizada en el capítulo anterior debe llevarnos a entender la necesaria aceptación, no solo de la firma digital, sino también, de cualquier otro tipo de firma electrónica cualificada. No obstante, la regulación especial sobre firma electrónica en materia de contratación pública no sería directamente aplicable al MePA al estar limitada su utilización a contratos no sujetos a una regulación armonizada.

Aunque se pudiera sostener la compatibilidad de la regulación del MePA con el Ordenamiento de la UE, no debe pasar desapercibido que la fundamentación de su empleo en figuras de *e-government* exclusivamente italianas supondrá la limitación de los potenciales efectos beneficiosos de la implementación de las TIC, anulando o limitando severamente sus ventajas concurrentiales más allá de las fronteras nacionales al causar una notable ausencia de interoperabilidad técnica, organizativa y jurídica. Dado lo anterior, creemos recomendable que la regulación del MePA, así como del resto de mercados electrónicos adapten su regulación a las soluciones de

³⁶² Objetivo de reducción de la discrecionalidad y consecución de una administración más predecible ya indicado por ROMANO, A., «Il cittadino e la pubblica amministrazione», en *Atti del XXX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1987, pp. 176 a 179, con el riesgo implícito de que se acabe por establecer una lógica excesivamente simplificadora incluso en situaciones de regulación de una realidad compleja difícilmente estandarizable; MASSARI, A. Y USAI, S., *Il mercato elettronico e gli acquisti di beni e servizi dopo la Spending Review*, cit., p. 283 y 286; CORTE DEI CONTI. SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO MARCHE, *Deliberazione n. 169, 29 novembre 2012*.

interoperabilidad previstas en la normativa europea como, por ejemplo, el Reglamento n. 910/2014 o la Directiva 2014/24/UE.

Ello conduciría, en primer lugar, a que los sistemas de firma electrónica de los operadores económicos aceptados en el sistema deberían de ser los de firma electrónica avanzada basada en un certificado cualificado o de nivel superior, siendo acogido y extendido a todas las fases del procedimiento este sistema de interoperabilidad establecido por la Directiva 2014/24/UE. Es cierto que ello supondría reducir los niveles de seguridad mínimos establecidos hoy en día pero, aún así, nos encontraríamos ante un sistema de seguridad e identificación con unas potencialidades y utilidades que el legislador europeo, asesorado debidamente por los comités técnicos, ha tenido por suficiente a la hora de regular una de las fases más comprometidas del procedimiento de contratación pública: la presentación de ofertas. En consecuencia, nos encontraríamos ante el mínimo nivel de firma electrónica —y por consiguiente, de complejidad en cuanto a su empleo— que las cualificadas instancias de los organismos de la UE han contemplado como capaz de otorgar un suficiente nivel de fiabilidad y seguridad a todo el procedimiento de *e-procurement*, permitiendo, a su vez, que los operadores económicos de terceros Estados miembros puedan emplear fácilmente sistemas de firma electrónica con los que se hallen más familiarizados, especialmente si los mismos se hallan insertos en la lista de confianza prevista en la Decisión 2009/767/CE.

En este acercamiento de la regulación del MePA a los sistemas de interoperabilidad orquestados desde instancias europeas debería procederse también a posibilitar que todas las comunicaciones efectuadas dentro de su órbita puedan desempeñarse dentro de su propia área de comunicaciones, sin necesidad de servirse para ello del domicilio digital, del cual carecerán con carácter general los operadores económicos ubicados fuera de Italia. Igualmente, y con la misma pretensión, dada la naturaleza de declaración responsable de la solicitud de habilitación, debería procederse a la homogenización de la misma respecto del contenido del Documento Único de Contratación Europeo, debiendo favorecerse, para mayor facilidad en su utilización, la posibilidad de su reutilización por parte de los usuarios registrados en el sistema, lo que no solo potenciaría la interoperabilidad organizativa, sino que, en relación a los criterios generales de capacidad, permitirá una interoperabilidad lingüística *ad extra* al poder disponerse del mismo en todas las lenguas de la UE, a lo que también favorecerá un uso

lo más extendido posible de los códigos CPV y NUTS en el interior del sistema³⁶³. Por su parte tal y como se defenderá respecto de todos los contratos no sujetos a una regulación armonizada, debería aprovecharse la posibilidad ofrecida por la Directiva 2014/24/UE en virtud de la cual es posible proceder a la publicación de anuncios a través de la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, aunque no exista obligación a este respecto. Dada la referida circunstancia, sería recomendable proceder a la publicación de los anuncios de habilitación en el DOUE y, en consecuencia, en el portal SIMAP, acercando de este modo el funcionamiento del MePA a los operadores económicos del resto de Estados miembros.

Con tales propuestas, entendemos que se favorecería el acercamiento de la posición del resto de los proveedores europeos a la de los operadores italianos a la hora de afrontar los retos y barreras de la digitalización que implica el funcionamiento del MePA, pero que, una vez superadas, permitirán la obtención de una serie de ventajas que nos conduzcan a la consecución de un punto de equilibrio del que derive una eficiencia desconocida en la administración analógica ante la mayor proyección territorial de la herramienta utilizada, su mayor transparencia y su funcionamiento y toma de decisiones basado en parámetros completamente objetivos.

Al margen de tales propuestas tendentes al favorecimiento de un mercado único de contratación pública, ha de recordarse que el funcionamiento del mercado electrónico debe ser respetuoso con los principios de la Unión Europea tal y como ha establecido la Comisión Europea con respaldo en la jurisprudencia del TJUE³⁶⁴, lo que no deviene incompatible con la utilización de sistemas de listas de operadores cualificados o habilitados, siempre y cuando la cualificación se abra mediante un procedimiento transparente, abierto y que cuente con la suficiente publicidad y siempre que la elección del operador económico para la realización de los concretos procedimientos de contratación se lleve a cabo mediante un sistema no discriminatorio, por ejemplo, mediante una utilización rotatoria de la lista. Así, en opinión de MASSARI, el funcionamiento del mercado electrónico cumple con tales exigencias, toda vez que la apertura y publicidad para el acceso a las listas de operadores habilitados se garantiza

³⁶³ Respecto de la interoperabilidad lingüística del anuncio de habilitación nos remitimos a lo establecido en sede de información inicial en el capítulo siguiente en cuanto a la posibilidad de arbitrar sistemas de traducción automática.

³⁶⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación interpretativa de la Comisión (2006/C 179/2) sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o solo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública.*

mediante los correspondientes anuncios de habilitación, así como a través de la posibilidad de todo operador económico de inscribirse en el sistema siempre y cuando reúna los requisitos solicitados para ello. Finalmente, el requisito de transparencia se cumpliría en la medida en la que, con carácter general, la elección de la mejor oferta se hará mediante la aplicación de un sistema de evaluación automatizada, así como dada la trazabilidad permitida por el sistema de todas las operaciones realizadas por sus usuarios. Igualmente, contribuye a la transparencia del procedimiento el hecho de que el MePA permite a los poderes adjudicadores retransmitir a través de la plataforma las sesiones del órgano de contratación, aunque lo sea de manera diferida, procediéndose a la publicación de las operaciones del procedimiento de compra en la medida en la que van finalizando cada una de sus fases.

Finalmente, tal y como se ha dejado traslucir a lo largo de la exposición del presente epígrafe, ha de destacarse cómo ya el artículo 328, c. 1 del d.P.R. n. 207/2010, al igual que el actual art. 36, c. 6 del d.lgs. n. 50/2016, al contrario que las primeras regulaciones mencionadas, venía a establecer un concepto general de mercado electrónico, respecto del que el MePA constituía una tipología específica. De esta forma se crea una categoría más amplia en la que se abre una triple posibilidad a la hora de recurrir al mercado electrónico: por un lado el recurso al mercado electrónico establecido por el propio poder adjudicador, por otro, el mercado electrónico central gestionado por la Consip, S.p.A. y, en tercer lugar, el mercado electrónico que pudiera ser establecido por otras centrales de compras subcentrales. Multiplicidad de posibles mercados electrónicos, sancionada por el d.lgs. n. 50/2016, fruto de la evolución seguida por el procedimiento de concentración de la contratación pública al que se halla inevitablemente conectado con la contratación electrónica tal y como tendremos ocasión de comprobar en el capítulo V.

2.3. LAS CONVENZIONI CONSIP

Se trata de un sistema *di acquisto* de bienes y servicios —exclusivamente— previsto en el art. 26, c. 1 de la Legge n. 488/1999 desarrollado por Consip S.p.A., en virtud del cual, ésta llevará a cabo un procedimiento de licitación con la intención de seleccionar a un operador económico que no se comprometerá directamente al aprovisionamiento de un producto, sino que quedará obligado a aceptar los pedidos de bienes y servicios de terceros entes adjudicadores, en concreto, de aquellos que se hallen habilitados en la plataforma de *e-procurement* del Estado gestionado por Consip

S.p.A., en las condiciones y a los precios previstos en la convención hasta completar la cantidad máxima incluida en aquella³⁶⁵.

De este modo nos encontramos ante un procedimiento bifásico donde, en primera instancia se elegirá al proveedor del producto, cuantía y demás condiciones generales a las que hace referencia la convención, y en segunda instancia se procederá a la solicitud y cumplimiento de las órdenes de aprovisionamiento de los entes adjudicadores incluidos dentro del radio de acción de la convención, las cuales se desarrollarán exclusivamente bajo la modalidad de OdA, siguiendo la terminología de funcionamiento analizada a raíz del mercado electrónico. Así, en esta segunda fase se dará lugar a una serie de contratos de desarrollo de la convención que deberán considerarse como concluidos con la simple emisión de la orden de aprovisionamiento llevada a cabo por los entes adjudicadores³⁶⁶.

No obstante, el sistema que podríamos calificar como OdA dentro del contexto de las *convenzioni* Consip S.p.A. no ha de limitarse dentro del marco referido para este tipo de adquisiciones en el MePA, pudiendo hacerse extensivo para todo tipo de procedimiento, toda vez que los requisitos de enfrentamiento competitivo necesarios para cualquier cantidad de contratación serán satisfechos en la primera de las fases de la convención, en la cual se selecciona el operador económico encargado de dar cumplimiento a los ulteriores contratos de desarrollo.

Esta herramienta ha constituido el epicentro del proceso de concentración de la demanda iniciado en Italia a principios del año 2000, cuyo análisis detallado se hace en el Capítulo V, remitiéndonos, por su parte, en relación a su naturaleza jurídica, a efecto de evitar duplicidades a lo que se indicará al respecto en el siguiente epígrafe destinado al acuerdo marco, con el que presenta evidentes similitudes en este punto. Por lo tanto, baste ahora con indicar que nos encontramos ante uno de los sistemas de compra a los que se puede tener acceso a través de la plataforma de *e-procurement* gestionada por Consip S.p.A., lo que implica que el desarrollo de la segunda fase se desarrollará fundamentalmente a través de medios electrónicos.

Queda de manifiesto, por tanto, cómo nos encontramos ante un medio de contratación orientado, fundamentalmente, a la concentración de la demanda, que

³⁶⁵ CRESTA, S., “Procedure elettroniche e strumenti di acquisto telematici nel nuovo codice dei contratti pubblici”, cit., p. 982.

³⁶⁶ T.A.R. LAZIO. ROMA. SEZ. III-QUATER, *Sentenza n. 6868/2012, 24 luglio*.

podría haber sido desarrollado de forma perfectamente posible a través de canales analógicos y cuya conexión con el *e-procurement* ha sido fruto de una determinada manera de concebir el desarrollo funcional de Consip, S.p.A. Desarrollo electrónico del procedimiento de compra que se producirá especialmente en la segunda de sus fases, de modo que la plataforma de *e-procurement* del Estado sirva para poner en contacto y realizar las órdenes de pedido entre los entes adjudicadores y los operadores económicos que hubieren resultado adjudicadores de la primera de las fases de la convención.

2.4 EL ACUERDO MARCO

La definición de acuerdo marco está contenida en el art. 3, c. 1, lett. iii) del d.lgs. n. 50/2016, sucesora del anterior art. 3, c. 13 del d.lgs. n. 163/2006, siendo concebido como aquel contrato estipulado entre uno o más entes adjudicadores y uno o más operadores económicos con el objetivo de establecer las cláusulas de futuros contratos concretos, fundamentalmente en lo relativo al precio y las cantidades del mismo, que serán desarrollados en un determinado periodo, no superior a cuatro años en el caso de los sectores ordinarios ni a ocho años en el caso de los sectores especiales.

Así, los acuerdos marco, regulados actualmente en el art. 54 del d.lgs. n. 50/2016, al igual que las *convenzioni* Consip S.p.A., constituyen un instrumento por el cual se establecen los parámetros que han de regir los posteriores contratos que se celebren en un determinado periodo de tiempo no superior a cuatro años para la adquisición de obras, bienes o servicios. De esta forma, el operador económico adjudicatario de un acuerdo marco estará aceptando las cláusulas generales a las que quedará vinculado en la celebración de posteriores contratos de desarrollo de aquel, especialmente en lo que respecta al precio y cantidad de producto³⁶⁷. Ello viene a suponer el planteamiento de un funcionamiento del acuerdo marco basado en una estructura bifásica muy similar a la de la convención Consip, donde la estipulación del acuerdo marco constituiría la primera de las fases y, la celebración de los concretos contratos de desarrollo en las condiciones fijadas por el acuerdo, la segunda.

De tal forma, queda de manifiesto que la estipulación inicial del acuerdo marco no supone un contrato público *stricto sensu*, toda vez que su suscripción no implica el

³⁶⁷ CRESTA, S., "Procedure elettroniche e strumenti di acquisto telematici nel nuovo codice dei contratti pubblici", cit., p. 982. Se trata de la modalidad de acuerdo marco más similar a las *convenzioni* Consip.

surgimiento de derechos y obligaciones inmediatamente ejecutables, sino el establecimiento de unas condiciones iniciales sobre la base de las cuales los entes adjudicadores partícipes en el acuerdo puedan encontrar al operador económico y la correspondiente oferta económicamente más ventajosa mediante un procedimiento abreviado y rápido incluso en relación a necesidades no previamente cuantificables o programables con precisión³⁶⁸.

En este caso, no obstante, a diferencia de lo que ocurría en relación a las *convenzioni* Consip, el adjudicatario de un acuerdo marco podrá ser uno —art. 54, c. 3 del d.lgs. n. 50/2016— o más operadores económicos —art. 54, c. 4 del d.lgs. n. 50/2016—.

Cuando el acuerdo marco se establezca respecto de un solo operador económico, en aras a la salvaguarda de los principios de transparencia y libre concurrencia, los extremos de los subsiguientes contratos de desarrollo deberán estar fijados o debidamente delimitados sin que puedan producirse modificaciones sustanciales en estos, toda vez que la concurrencia competitiva de la primera de las fases deberá haber agotado los diferentes extremos de las prestaciones contenidas en el acuerdo marco³⁶⁹.

En el caso de que sea más de uno y que en el acuerdo marco se contengan, con la debida precisión, todos los extremos sobre los que deberán versar los contratos de desarrollo, así como el criterio de selección para cada uno de estos de los operadores económicos adjudicatarios del acuerdo marco (el cual deberá respetar la aplicación del principio de rotación), los entes adjudicadores integrados dentro de éste podrán proceder a la contratación directa con cualquiera de ellos sin necesidad de reiniciar un procedimiento competitivo.

En tercer lugar, en el caso de que exista más de un adjudicatario del acuerdo marco y de que no se hubieran fijado todas las condiciones de los futuros contratos, para la adjudicación de los contratos de desarrollo será necesario reiniciar un enfrentamiento competitivo limitado a los adjudicatarios del acuerdo el cual se desarrollará con el siguiente procedimiento:

³⁶⁸ CARINGELLA, F. Y PROTTO, M., *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo. Commento organico al codice e alle linee guida ANAC alla luce del decreto correttivo del 19 aprile 2017*, n. 56, cit., art. 54, p. 281.

³⁶⁹ AVCP, *Deliberazione n. 20/2011, 9 febbraio*.

- El ente adjudicador procederá a consultar por escrito a los operadores económicos que estén en condiciones de responder al objeto del contrato.
- Los entes adjudicadores fijarán un término prudencial para la presentación de ofertas en las que se fijen los extremos establecidos de forma abierta en el contrato.
- Los operadores económicos procederán a la presentación por escrito de las ofertas, que deberán permanecer en secreto hasta la finalización del plazo.
- Se procederá a la selección de la mejor oferta sobre la base de los criterios establecidos en el *capitolato di oneri* del acuerdo marco.

De esta manera, según la configuración inicial del acuerdo marco, estos funcionarán de forma similar al sistema de selección basado en una OdA o en una RdO. Similitudes que serán más acentuadas en el caso de los acuerdos marco que se desarrollen dentro de la plataforma de *e-procurement* gestionada por Consip S.p.A.

No obstante, en ambos supuestos de funcionamiento estaremos, como se ha dicho, ante un procedimiento de carácter bifásico en el que deben producirse dos adjudicaciones. La primera adjudicación se realizará al momento de la firma del acuerdo marco, mientras que la segunda tiene lugar al momento de la celebración del contrato o contratos de desarrollo de aquel³⁷⁰. Para la primera de las fases, el art. 54, c. 1 del d.lgs. n. 50/2016 dispone que la licitación del acuerdo marco podrá llevarse a cabo mediante cualquiera de los procedimientos regulados en el código³⁷¹, mientras que la segunda fase se limitará a los procedimientos antes mencionados pero realizados, exclusivamente, entre aquellos operadores económicos que hayan sido seleccionados en la primera.

De esta forma, se constituye un sistema de licitación que permite, principalmente, la realización de contratos de obras, servicios o suministros repetitivos, homogéneos y de pequeña entidad con una mayor agilidad derivada de la no necesaria repetición del procedimiento de *evidenza pubblica* para cada una de las concretas compras, siempre y cuando se trate de productos u obras de carácter generalizado o

³⁷⁰ VIZZARI, G., «L'accordo quadro», en SAITTA, F. (coord.) *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, CEDAM, 2008, p. 584.

³⁷¹ No obstante, la doctrina ha determinado la existencia de una incompatibilidad intrínseca entre el acuerdo marco y el diálogo competitivo dada la complejidad y especialidad que caracteriza las necesidades que se tratan de satisfacer mediante dicho diálogo competitivo. En este sentido, véase, CIRIACO, P., «Accordi quadro», en GAROFOLI, R. y FERRARI, G. (coords.) *Codice degli appalti pubblici e nuova direttiva ricorsi*, Neldiritto editore, Molfetta, 2009, p. 478.

estándar en los que no predomine el carácter *intuitu personae*, lo que vendrá a excluir de su radio de acción los servicios de naturaleza intelectual, limitando su campo de acción a las obras de reparación o manutención³⁷². Igualmente, requiere su necesaria limitación en el tiempo con el fin de que las ventajas obtenidas por el *modus operandi* del acuerdo marco no devengan, a la postre, en una limitación impropia del principio de igualdad de trato, rotación y libre competencia³⁷³.

No se debe ignorar que, en realidad y en términos rigurosos, no se puede afirmar que el acuerdo marco constituya una novedad introducida en el Ordenamiento Jurídico italiano *ex* exigencias o disposiciones de la Directiva 2004/18/CE, toda vez que ya se recogía una figura análoga en el art. 16 del d.lgs. n. 158/1995 en relación a los sectores especiales, disposición derivada de la trasposición de la Directiva 93/38/CE y 90/53/CE. Si bien, es lo cierto que, en relación a los sectores ordinarios, la primera regulación de esta figura fue contenida en el art. 59 del d.lgs. n. 163/2006 en virtud del cual se procedía a la trasposición de la Directiva 2004/18/CE.

A la hora de definir la naturaleza del acuerdo marco, parte de la doctrina viene a hablar de la naturaleza del acuerdo marco como un “contrato directivo”, esto es, un contrato cuya finalidad principal es la de establecer de manera vinculante las principales directrices a la hora de estipular futuros contratos³⁷⁴. En concreto, dentro del contrato directivo, se ha venido a ubicar el acuerdo marco como parte de la categoría de *programma di contratti*, en virtud de la cual se establecen las condiciones generales de futuros contratos que deberán ser desarrollados mediante posteriores y separados acuerdos entre el sujeto adjudicador y los operadores económicos³⁷⁵, sin que ello implique la determinación exhaustiva de todas las situaciones jurídicas relevantes que se puedan derivar³⁷⁶. Condiciones generales, por las que se establecerá una unión

³⁷² PILI, G., «Gli accordi quadro nel diritto interno ai tempi della spending review», *Appalti & Contratti*, vol. 8-9, 2012, pp. 56 y 57.

³⁷³ CARANTA, R., «Gli accordi quadro», en SANDULLI, M.A. y GAROFOLI, R. (coords.) *Il nuovo diritto degli appalti pubblici. Nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005.*, Giuffrè Editore, Milano, 2005, p. 449.

³⁷⁴ MORBIDELLI, G., «L'appalto comunitario nel settore dell'energia», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, vol. 4, 1993, pp. 786 y 787.

³⁷⁵ T.A.R. UMBRIA, *Sentenza n. 1041/1998, 13 novembre*; CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE III, *Sentenza n. 6181/2011, 23 novembre*.

³⁷⁶ VIZZARI, G., «L'accordo quadro», en SAITTA, F. (coord.) *Appalti e contratti pubblici. Commentario sistematico*, Wolters Kluwer; CEDAM, Milanofiori Assago, 2016, p. 831.

sinalagmática, una causa y un objeto definido o definible en los subsiguientes contratos³⁷⁷.

Sin embargo, otra parte de la doctrina³⁷⁸ ha venido a negar la propia autonomía del acuerdo marco como contrato directivo, encuadrándolo dentro del esquema del “contrato normativo”³⁷⁹, esto es, de un contrato por el que se establecen los principios de una eventual relación jurídica futura, que carece *per se* de una fuerza creadora de una vinculación jurídica inmediata entre las partes, lo que nos llevaría a un acercamiento a la figura del “contrato programático”, cuya vinculación, incluso como fuente del derecho, quedará limitada a las partes contratantes actuantes en el establecimiento de los concretos contratos de desarrollo³⁸⁰.

Así, la antedicha fricción doctrinal, para TOCCI, gira fundamentalmente en torno a la controversia de la autonomía del acuerdo cuadro inicial como figura jurídica capaz de producir efectos jurídicos vinculantes de manera autónoma³⁸¹.

Al respecto, opinamos que, efectivamente, sería inexacto hablar de que nos encontramos ante la formalización de un precontrato u obligación de contratar propiamente dicha, o bien, de contrato directivo autónomo, toda vez que una de las partes, los entes adjudicadores afectados por el acuerdo marco, no queda vinculada por tal obligación *stricto sensu*, pudiendo optar, en ejercicio de su autonomía, por no formalizar contrato posterior alguno en función de que exista o no alguna razón de interés público que lo justifique³⁸². Ahora bien, también es lo cierto que, en el caso de

³⁷⁷ PILL, G., “Gli accordi quadro nel diritto interno ai tempi della spending review”, cit., p. 58.

³⁷⁸ FONTE, E., «L'accordo quadro in tema di appalti pubblici», *I tribunali amministrativi regionali*, vol. 5-6 II, 1997, p. 147.

³⁷⁹ CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE II, *Sentenza n. 1964/1995, 26 luglio*.

³⁸⁰ VIZZARI, G., “L'accordo quadro”, cit., p. 837.

³⁸¹ TOCCI, M., “Tecniche e strumenti per gli appalti elettronici e aggregati (artt. 54-58)”, cit., pp. 211 y 212.

³⁸² T.A.R. CAMPANIA. NAPOLI. SEZIONE I, *Sentenza n. 22688/2010, 4 novembre*; T.A.R. LOMBARDIA. MILANO. SEZIONE I, *Sentenza n. 1819/2011, 6 luglio*; CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE V, *Sentenza n. 7261/2010, 1 ottobre*.

En este sentido, véase ANAC, *Parere 29 luglio 2015* por el que se establece que “*lo strumento dell'accordo quadro sembra rispondere proprio all'esigenza della stazione appaltante di non obbligarsi fin da principio alla realizzazione completa del programma negoziale, riservandosi di valutare discrezionalmente se procedere alla stipula dei successivi affidamenti in base alla disponibilità finanziarie e dalle concrete esigenze di servizio, fermo restando l'obbligo di osservare le condizioni contrattuali fissate nell'accordo quadro*”, esto es, “el instrumento del acuerdo marco parece responder precisamente a la exigencia de que la el ente adjudicador no se obligue desde el principio a la realización completa del programa de negociación, reservándose la facultad de evaluar discrezionalmente si se debe proceder a realizar contrataciones posteriores en función de las disponibilidades financieras y de las

que sea requerida la realización de contratos posteriores por parte de los entes adjudicadores, el acuerdo marco no solo determinará en buena medida el contenido de aquellos, así como el proveedor al que se debe recurrir³⁸³, sino también la obligación de dicho proveedor de responder a las necesidades del ente adjudicador.

Por todo ello, más que una antinomia entre las posturas expuestas en cuanto a la autonomía del contrato inicial como elemento autónomo generador de obligaciones en la que la respuesta se halle en uno de los extremos, consideramos que se trata de una cuestión donde la solución correcta se encuentra en una posición intermedia o ecléctica, que nos llevaría a definir el acuerdo marco como un precontrato o contrato directivo autónomo de carácter impropio o unilateral, toda vez que, efectivamente, sí producirá por sí mismo la aparición de unos efectos jurídicos vinculantes sin necesidad de que se proceda a la realización de los contratos de desarrollo, pero que se limitarán a una de las partes: el operador económico, que quedará a expensas de la decisión sobre la realización o no de los contratos de desarrollo por parte del ente adjudicador, sin que aquel pueda por sí mismo exigir o negarse a ello. Conclusión respecto de la naturaleza del acuerdo marco que podríamos hacer extensiva en sede de *convenzioni* Consip.

De otro lado, y diferenciándose en este punto de la naturaleza de las *convenzioni* Consip, podemos destacar la cercanía del acuerdo marco a los límites del “contrato abierto”, surgiendo una serie de controversias doctrinales en este punto. Así, por un lado, encontramos la afirmación de su naturaleza como contrato normativo y la negación de su naturaleza como contrato abierto por parte de la *Corte Costituzionale*³⁸⁴, toda vez que el contrato abierto se caracteriza por un contenido variable en función de las necesidades expresadas por la Administración Pública, mientras que los acuerdos marco vienen a fijar o predeterminar los parámetros que deberán contener los futuros contratos de desarrollo de aquel. Sin embargo, la AVCP ha definido en varias ocasiones el acuerdo marco como un contrato abierto³⁸⁵, toda vez que éste viene a constituir un instrumento que permite su adaptación a las futuras necesidades de los entes adjudicadores. Se trata, claramente, de una aproximación desde distintos puntos de vista de una misma realidad que dependerá de la configuración que se le haya dado de inicio

necesidades concretas del servicio, sin perjuicio de la obligación de observar las condiciones contractuales establecidas en el acuerdo marco”.

³⁸³ T.A.R. UMBRIA, *Sentenza n. 1041/1998, 13 novembre*, cit.

³⁸⁴ CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza n. 43/2011, 11 febbraio*.

³⁸⁵ AVCP, *Deliberazione n. 45/2011, 24 aprile*; AVCP, *Deliberazione n. 40/2007, 20 febbraio*.

al acuerdo en cuestión, esto es, si su funcionamiento se prevé para la selección del operador económico mediante OdA, en cuyo caso nos alejaremos del ámbito del contrato abierto —como ocurre en el caso de las *convenzioni* Consip— o si, por el contrario, se prevé su funcionamiento, mediante RdO, en cuyo caso nos estaremos aproximando a aquel.

Como tendremos ocasión de ver con más detalle en el capítulo V, los acuerdos marco, al igual que las *convenzioni* Consip, constituyen un instrumento de contratación que perfectamente podría encuadrarse exclusivamente dentro del ámbito analógico, a pesar de lo cual, ha sido incorporado como otro instrumento puesto a disposición de todas las Administraciones Públicas por la Consip a través de su plataforma de *e-procurement*, originando un proceso de digitalización de los acuerdos marco, que afectará especialmente el desarrollo de la segunda de sus fases, y dentro del cual el desarrollo de los subsiguientes contratos se llevará a cabo en el seno de la referida plataforma mediante los mecanismos de RdO u OdA antes analizados, según la conformación y estructura del acuerdo marco, con la diferencia de que dicha interrelación electrónica con los operadores económicos quedará limitada a aquellos que hubieran resultado adjudicatarios del acuerdo marco.

A la vista de todo lo anterior, puede concluirse cómo las *convenzioni* Consip y los acuerdos marco vienen a constituir un sistema de compra pública sometido a un procedimiento de digitalización que podríamos denominar parcial, fundamentado en la agregación de la demanda de diversos entes adjudicatarios a través de un sujeto central, como puede serlo Consip, S.p.A., en su condición de central de compras. Tal empleo parcial de medios electrónicos, que podrá circunscribirse al desarrollo de la segunda de sus fases, permitirá superar las limitaciones vistas respecto del MePA consistentes en su circunscripción a contratos que permitan su valoración mediante parámetros puramente objetivos. No obstante, dicho proceso de agregación vendrá determinado por la primera de sus fases en las que se tratará de adelantar el esbozo de unos futuros contratos encaminados a satisfacer las necesidades de un conjunto de entes adjudicatarios, conduciéndonos a una limitación diferente de este tipo de procedimiento de compra: su circunscripción a productos u obras cuya necesidad pueda ser prevista, con carácter general, por una pluralidad de entes adjudicatarios y satisfecha mediante un producto con características estandarizadas para todos ellos, y respecto del cual, requieran, con carácter general, de su abastecimiento de forma recurrente. Siendo difícil o inviable su

orientación conjunta respecto de entes adjudicadores con necesidades diversas y situaciones de provisión distintas, como podrían serlo, por ejemplo, un municipio del Sur y del Norte de Italia. Tal característica es, en cierto modo, compartida con el MePA y los sistemas dinámicos de adquisición, toda vez que se deberá contar en ambos casos con una concreta determinación de la categoría de producto respecto de la cual se lleva a cabo el diseño del procedimiento de compra; no obstante, parte de la doctrina ha venido a identificar una mayor rigidez del planteamiento de la estructura bifásica del acuerdo marco o de la convención Consip dado que la fase de habilitación del MePA o de los sistemas dinámicos de adquisición otorga a la segunda de las fases una mayor flexibilidad subjetiva y objetiva a la hora de determinar los concretos contratos de desarrollo, permitiendo en sede de esta última el diseño de procedimientos de adquisición de bienes, servicios y obras con una mayor adaptación técnica respecto del ámbito de aplicación de los acuerdos marco, donde el ámbito de los contratos de desarrollo quedará limitado en mayor medida por las disposiciones básicas iniciales del acuerdo o convención inicial³⁸⁶.

Además, la estructuración bifásica del acuerdo marco y de la convención Consip, al contrario que la estructura igualmente bifásica del MePA o, en general de los sistemas dinámicos de adquisición tal y como veremos, supone una traslación o agregación de la concurrencia competitiva de todos los concretos procedimientos de contratación efectuados en la segunda de sus fases, originando una serie de efectos de diverso signo en la configuración de la oferta y la demanda del mercado de la contratación pública, sobre los que tendremos ocasión de profundizar en el capítulo V.

2.5 SISTEMAS DINÁMICOS DE ADQUISICIÓN

En términos del d.lgs. 50/2016 —art. 3, c.1, lett. aaaa)— un sistema dinámico de adquisición es un proceso completamente electrónico para la adquisición de bienes, servicios u obras de uso corriente de necesaria renovación periódica y aprovisionamiento repetitivo³⁸⁷, generalmente disponibles en el mercado y que poseen características estandarizadas o insusceptibles de variación, para cuya obtención es

³⁸⁶ CARINGELLA, F. Y PROTTO, M., *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo. Commento organico al codice e alle linee guida ANAC alla luce del decreto correttivo del 19 aprile 2017*, n. 56, cit., art. 55, p. 286.

³⁸⁷ MARCHETTI TRICAMO, P., “Il sistema Consip e l’approvvigionamento di beni e servizi da parte della P.A. attraverso l’utilizzo di sistemi elettronici e telematici”, cit., p. 1263.

necesario la realización de un procedimiento de licitación³⁸⁸. Ello implica, en primer lugar, la exclusión de su campo de aplicación de los contratos de suministro o de servicios realizados sobre la base de especificaciones técnicas establecidas por el poder adjudicador³⁸⁹. Lo que implica un ámbito objetivo de aplicación similar al de MePA, con la particularidad de incluir dentro de éste al contrato de obras, generalmente referido a contratos de obras de carácter periódico y de previsible realización tal y como puede ser la realización de actividades de conservación y reparación, así como su extensión a contratos sujetos a una regulación armonizada.

El límite temporal de los sistemas dinámicos de adquisición se situaba inicialmente en los cuatro años, al igual que en el caso de los acuerdos marco —art. 60, c. 13 del d.lgs. 163/2006—, el cual fue posteriormente removido por las previsiones de la Directiva 2014/24/UE, recepcionada en Italia por el d.lgs. n. 50/2016 donde se ha venido a contemplar un sistema de duración indefinida que podrá adaptarse a las exigencias económico financieras del ente adjudicador³⁹⁰. Modificación del régimen de funcionamiento de los sistemas dinámicos de adquisición que no viene a constituir un evento aislado, toda vez que la configuración de esta herramienta, planteada inicialmente por la Directiva 2004/18/CE y su trasposición en el d.lgs. n. 163/2006, ha sufrido una variación sustancial en la Directiva 2014/24/UE y su correspondiente trasposición en el d.lgs. n. 50/2016.

En efecto, este sistema de adquisición en su régimen planteado en 2004 — art. 33 de la Directiva 2004/18/CE— y recepcionado en nuestro Ordenamiento Jurídico en 2006 —art. 60 del d.lgs. n. 163/2006— presentaba un procedimiento estructurado en dos grandes etapas³⁹¹, la primera de las cuales estaba destinada al establecimiento del sistema propiamente dicho mediante la publicación de un anuncio de licitación con

³⁸⁸ MELE, E., *I contratti delle Pubbliche Amministrazioni*, cit., p. 186. En este punto, cabe recordar a LUHMANN, N., «I processi decisionali dell'amministrazione», en LUHMANN, N. (coord.) *I Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Giuffrè Editore, Milano, 1995, p. 211, al señalar que la automatización de la toma de decisiones de la administración “sarà razionale soltanto ad un grado di specializzazione molto elevato, che consenta una frequente ripetizione di decisioni uguali. Essa apre al tempo stesso la possibilità di una automazione dei processi decisionali”, esto es, que “solo será racional en relación a un grado muy alto de especialización, que permita una recurrente reiteración de decisiones iguales. Al mismo tiempo, abre la posibilidad de una automatización de los procesos de toma de decisiones”.

³⁸⁹ CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE III, *Parere n. 1306/2016, 1 aprile*.

³⁹⁰ LUPO, A., «I sistemi dinamici di acquisizione», en SAITTA, F. (coord.) *Appalti e contratti pubblici. Commentario sistematico*, Wolters Kluwer; CEDAM, Milanofiori Assago, 2016, p. 852 y 858.

³⁹¹ LUPO, A., “I sistemi dinamici di acquisizione”, cit., p. 853.

específica mención de que se pretendía instituir un sistema dinámico de adquisición — *bando istitutivo*—, junto al cual se procedía a la publicación de un *capitolato di oneri* en el que se especificaba la naturaleza y características de las compras que serían objeto del referido sistema. Igualmente, los documentos anteriores debían informar de los equipos electrónicos y de los medios de conexión necesarios para la utilización del sistema dinámico de adquisición, así como de la dirección electrónico a través de la cual era posible acceder de forma gratuita, directa y completa a los documentos de la licitación —previsión que, posteriormente, como veremos, la Directiva 2014/24/UE haría extensiva a cualquier tipo de procedimiento de contratación sujeto a una regulación armonizada—.

Tras ello se abría durante toda la duración del sistema dinámico de adquisición un periodo de presentación de las llamadas *ofertas indicativas* para cuya valoración el ente adjudicador contaba con un plazo de 15 días, prorrogables por el tiempo transcurrido sin que se incoara procedimiento de licitación alguno en desarrollo del sistema dinámico de adquisición. El plazo para la presentación de las ofertas indicativas quedaba abierto durante toda la duración del sistema dinámico, pudiendo así integrarse en el mismo cualquier operador económico que fuera capaz de satisfacer los requisitos del *capitolato di oneri* —art. 3, c. 14 del d.lgs. n. 163/2006—.

Tales ofertas indicativas venían a constituir aquellas propuestas económicas efectuadas por los operadores económicos, a través de las cuales se pretendía satisfacer las necesidades del ente adjudicador, así como los requisitos técnicos expresados en el *capitolato di oneri*, declarando hallarse en posición de poder materializarlas en el caso de ser requeridos para ello. La evaluación de las mismas se llevaría a cabo, no en los términos de ser seleccionadas para su efectiva ejecución, sino como “carta de presentación” que, en su caso, avale la aceptación de la admisión del operador económico dentro del sistema dinámico de adquisición, en lo que venía a constituir una primera fase de cualificación, precalificación o preliminar de la licitación. En consecuencia, tales ofertas indicativas suponían unas condiciones mínimas de aprovisionamiento, en el sentido de que podían ser ulteriormente modificadas en un sentido favorable al ente adjudicador en el desarrollo de cada uno de los concretos procedimientos que fueran llevados a cabo. En concreto, las ofertas indicativas se componían tanto de elementos económicos como de elementos técnicos necesarios para la consecución de la preceptiva “cualificación”, actuando los primeros como límite

máximo respecto de las subsiguientes y concretas ofertas, y los segundos como un límite mínimo respecto de éstas³⁹². Así las cosas, las ofertas indicativas eran evaluadas en una suerte de lucha contra el sistema, esto es, comparadas respecto de los criterios máximos y mínimos establecidos en el anuncio de licitación y en el *capitolato di oneri*, pero sin llegar a producirse efectiva licitación entre ellas, de modo que, en el caso de superarse los criterios mínimos, los operadores económicos eran invitados o admitidos a participar en el sistema sin que se produjera ningún tipo de comparación entre estos.

Una vez establecido el sistema dinámico de adquisición del modo prescrito, se iniciaría la segunda fase en la que los entes adjudicadores podían llevar a cabo los concretos procedimientos de compra, cada uno de los cuales debía de ser publicado mediante un anuncio de licitación simplificado a través del cual se invitara a todos los operadores admitidos en el sistema a presentar sus ofertas dentro del plazo concedido al efecto, sin que el mismo pudiera ser inferior a 15 días, a computar desde la fecha de envío del anuncio simplificado en cuestión —art. 60, c. 10 del d.lgs. n. 163/2006—. De entre las ofertas presentadas se elegiría al adjudicatario sobre la base de los criterios de adjudicación contenidos en el anuncio de licitación inicial y en el simplificado, pudiendo este último precisar los criterios de adjudicación iniciales o incluso elegir entre las diversas opciones ofrecidas por el primero.

Una vez llevada a cabo la adjudicación, la formalización del contrato podría llevarse a cabo de manera inmediata, toda vez que el periodo de *stand still* de diez días previsto en la Directiva 2007/66/CE³⁹³, no era de aplicación a los sistemas dinámicos de adquisición en virtud del art. 11, c. 10-bis, lett. b) del d.lgs. n. 163/2006³⁹⁴. Tras ello, y en virtud del art. 78, c. 1 del d.lgs. n. 163/2006, era necesario que se llevara a cabo y se publicara un informe en el que se contuviera toda la información relativa al objeto y valor del sistema dinámico de adquisición, sobre los operadores económicos tomados en consideración, y de aquellos a los que les hubiera sido denegada la cualificación.

³⁹² ALBANO, G. L. Y OTROS, *Riflessioni sull'impatto economico degli istituti innovativi del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, IV, Quaderni Consip, 2007, p. 48.

³⁹³ Plazo computable desde el siguiente al del envío del aviso de adjudicación por fax o medio electrónico a los licitadores, de quince días desde el día siguiente al del envío si ello se había llevado a cabo por otros medios o de diez días desde su recepción; permitiéndose como motivo de derogación de dicha regla exclusivamente aquellos casos en los que no procediera la publicación de un anuncio de licitación en el DOUE, en los que se haya procedido la adjudicación al único licitador sin que existan otros candidatos interesados, o cuando se tratara de un sistema dinámico de adquisición en cualquier sector o de un acuerdo marco en un sector ordinario.

³⁹⁴ Excepción controvertida, toda vez que, a pesar de estar prevista en la normativa europea, no se recogía expresamente en el Ordenamiento italiano por la Legge delega n. 88/2009.

Tal caracterización de los sistemas dinámicos de adquisición llevó a parte de la doctrina a considerar innecesaria la presentación de las ofertas indicativas por representar una duplicación superflua de actuación y cargas para el operador económico, al tiempo que se producía una situación de publicación de las condiciones o requisitos económicos de las ofertas indicativas junto a la posibilidad de modificarlas durante la vida del sistema, lo que suponía la aparición de un caldo de cultivo o, al menos, una realidad que permitía la aparición de un canal de coordinación y/o colusión entre los operadores económicos. Desde estos posicionamientos se promovió la necesidad de modificar la naturaleza o función de las ofertas indicativas de modo que éstas, bien fueran evaluadas exclusivamente en el sentido de valorar la flexibilidad acreditada inicialmente por los operadores económicos a la hora de concurrir a los diversos procedimientos concretos de licitación ulteriores³⁹⁵, bien limitaran su evaluación a aspectos técnicos y no económicos de los productos a proveer, transmitiendo toda actividad de licitación relativa a los aspectos económicos a la segunda de las fases del sistema dinámico de adquisición —e iniciando así un camino de aproximación al funcionamiento del mercado electrónico—³⁹⁶. Por otro lado, se ponía de manifiesto la pérdida de agilidad de los sistemas dinámicos de adquisición respecto de los acuerdos marco, toda vez que, a diferencia de estos, en los primeros, para cada uno de los contratos individuales que se ejecutaran en su seno, sería necesaria la publicación de un anuncio de licitación, incluso cuando fuera simplificado³⁹⁷.

Necesidades de cambio de la estructura de los sistemas dinámicos de adquisición que fueron denotadas por la Directiva 2014/24/UE y traspuestas en el art. 55 del d.lgs. n. 50/2016, el cual, finalmente, ha llevado a avanzar en esta línea de un modo aún más intenso al eliminar la figura de la oferta indicativa, así como la de los anuncios de licitación simplificados, tratando de conseguir así una reducción de los costes de publicación y de los tiempos del procedimiento. Con el nuevo modelo, tras la publicación del anuncio inicial de licitación del sistema dinámico de adquisición, los operadores económicos procederán ahora a la presentación de meras solicitudes de

³⁹⁵ ALBANO, G. L. Y OTROS, *Riflessioni sull'impatto economico degli istituti innovativi del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, cit., p. 50.

³⁹⁶ ALBANO, G. L. Y ANTELLINI RUSSO, F., *Public Procurement e politica economica*, V, Quaderni Consip, 2009, p. 10.

³⁹⁷ MARTELLI, R., «Figure innovative del codice dei contratti pubblici: l'accordo quadro», en CROCCO, D. y MANDRACCHIA, L.E. (coords.) *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, DEI, Rimini, 2007, p. 178.

participación, que han venido a desplazar a las ofertas indicativas, conformándose así, tras la primera de las fases y de forma previa al inicio de la segunda, un listado electrónico de operadores que han obtenido la cualificación para ser invitados y poder participar en los ulteriores procedimientos. De esta forma, el nuevo procedimiento de los sistemas dinámicos de adquisición queda establecido de la siguiente forma manteniendo su estructura general bifásica:

I.- Fase de constitución del sistema dinámico de adquisición.

Dentro de la cual se procederá a:

i- Publicación de un anuncio de licitación o de un *avviso di indizione di gara* en el caso de que como medio de inicio del procedimiento se haya empleado un anuncio de información previa, en el que se ponga de manifiesto que se trata de un sistema dinámico de adquisición, indicando la naturaleza y la cantidad estimada de las compras previstas, los requisitos necesarios para acceder al sistema, así como el funcionamiento y modo de acceso al sistema electrónico y la duración del mismo. El sistema podrá ser dividido en diversas categorías de productos, obras y servicios, cada uno con sus propios criterios de selección, para poder entrar en el sistema.

ii- Presentación de una *istanza de partecipazione* por parte de los operadores económicos³⁹⁸, la cual ha venido a sustituir a las ofertas indicativas. Con la referida *istanza* será suficiente para dar satisfacción al funcionamiento básico del sistema dinámico de adquisición, pese a lo cual tal y como se desprende de la interpretación sistemática de los arts. 55 y 57, c. 6 y c. 4, lett. b) del d.lgs. n. 50/2016, se ha dejado abierta la posibilidad de que a tal solicitud de participación se anexe una oferta en forma de catálogo electrónico que podrá tener, bien valor meramente indicativo sin ninguna vinculación respecto de los procedimientos de concurrenciales que se desarrollen posteriormente, pudiendo ser modificada en cualquier momento siempre que sea conforme al *capitolato di oneri*, esto es, sin constituir los límites máximos y mínimos de las subsiguientes ofertas, o bien, despegar ciertos efectos vinculantes tal y como profundizaremos más adelante.

³⁹⁸ Como señala MARCHETTI TRICAMO, P., “Il sistema Consip e l’approvvigionamento di beni e servizi da parte della P.A. attraverso l’utilizzo di sistemi elettronici e telematici”, cit., p. 1267, los requisitos técnicos para la utilización de los sistemas dinámicos de adquisición serán la detentación de firma electrónica avanzada basada en un certificado cualificado o superior, así como un ordenador, acceso a Internet y un programa que permita la generación de archivos en formato “.pdf”.

En esta solicitud de participación cobrará un papel protagonista la nueva declaración responsable introducida de forma homogénea en toda la UE por la Directiva 2014/24/UE denominada Documento Único de Contratación Europeo.

El plazo mínimo para la presentación de las solicitudes de participación será de treinta días desde la fecha de transmisión del anuncio de licitación o desde la invitación a confirmar interés cuando se haya empleado como medio de incoación del procedimiento un anuncio de información previa. En el caso de los sectores especiales el plazo para la presentación de las solicitudes de participación deberá ser de treinta días o superior.

iii- Siguiendo la modificación orquestada, el art. 34 de la Directiva 2014/24/UE establece que el poder adjudicador dispondrá de diez días hábiles para la valoración de las anteriores solicitudes, prorrogables, motivadamente, por otros quince días adicionales en los casos en los que se deba proceder al análisis y evaluación de documentación adjunta, debido, por ejemplo, a la apreciación de irregularidades en la inicialmente presentada. No obstante, se mantiene la posibilidad de demorar tal evaluación siempre que no se haya procedido todavía al envío de la invitación para la presentación de las ofertas relativas al primer contrato específico del sistema.

Por su parte, el plazo adicional de subsanación establecido, en pos del favorecimiento de la concurrencia competitiva entre los operadores económicos, *ex art. 56.3* de la Directiva 2014/24/UE en relación con el considerando 64 del mismo texto legal, conlleva la admisión expresa de la posibilidad de proceder a la corrección de cualquier tipo de irregularidad, incompletitud u omisión y, en consecuencia, la necesaria rectificación de la, hasta entonces consolidada jurisprudencia nacional en virtud de la cual el art. 46, c. 1 del d.lgs. 163/2006 era interpretado de forma que solo se podría admitir la subsanación de declaraciones o extremos efectivamente manifestados, pero no de actividades de acreditación o manifestación completamente *ex novo*³⁹⁹.

II.- Fase de ejecución de los sistemas dinámicos de adquisición

Una vez constituido el sistema e invitados los operadores económicos cuya *istanza de partecipazione* cumpla con los oportunos requisitos, los posteriores

³⁹⁹ T.A.R. PUGLIA. LECCE. SEZIONE I, *Sentenza n. 233/2014, 24 gennaio*; T.A.R. BASILICATA. SEZIONE I, *Sentenza n. 103/2014, 25 gennaio*; T.A.R. LAZIO. ROMA. SEZIONE I-BIS, *Sentenza n. 361/2014, 13 gennaio*; T.A.R. CAMPANIA. NAPOLI. SEZIONE III, *Sentenza n. 5965/2013, 20 dicembre*; CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE III, *Sentenza n. 4370/2013, 2 settembre*.

procedimientos de adjudicación se llevarán a cabo conforme a las normas para el procedimiento restringido regulado en el art. 61 del d.lgs. n. 50/2016, lo que implica que para el desarrollo de aquellos los operadores económicos admitidos en el sistema o en cada una de las categorías del sistema serán invitados para la presentación de ofertas. El plazo para la presentación de ofertas será el establecido en la invitación, sin que en ningún caso pueda ser inferior a diez días desde la fecha de envío de la invitación al contrato de desarrollo, quedando, no obstante, y al igual que en la regulación anterior del sistema dinámico de adquisición, abierta durante toda la duración del mismo la posibilidad de enviar la correspondiente *istanza* de participación. La oferta adjudicataria se elegirá sobre la base de los criterios de adjudicación establecidos en el anuncio por el que se informaba de la constitución del sistema dinámico de adquisición o bien en la invitación para la presentación de las ofertas, *llevándose a cabo la valoración mediante la utilización de sistemas enteramente electrónicos*⁴⁰⁰, extremo novedoso respecto de la regulación del d.lgs. n. 163/2006, toda vez que, si bien, ya existía la obligación del recurso a medios electrónicos en el funcionamiento de los sistemas dinámicos de adquisición —art. 60, c. 5 del d.lgs. n. 163/2006—, ésta se limitaba a la gestión de las principales comunicaciones entre las partes, así como a la presentación de las ofertas por parte de los operadores económicos, sin que nada se dispusiera sobre el resto de aspectos del sistema como, por ejemplo, la valoración de las ofertas⁴⁰¹, salvo para aquellos casos en los que, recurriendo a la posibilidad del art. 85, c. 2 del d.lgs. n. 163/2006, fuera empleado como instrumento de adjudicación la subasta electrónica. Por su parte, con la introducción del art. 52 del d.lgs. n. 50/2016, todas las comunicaciones de trámite realizadas en el seno del sistema dinámico de adquisición deberán llevarse a cabo, igualmente, de forma electrónica⁴⁰².

Se introduce, además, de forma igualmente novedosa, la posibilidad de que los entes adjudicadores puedan requerir en cualquier momento la actualización del DEUC, en aras a verificar la aptitud y solvencia de los operadores económicos, debiendo ser presentada, en su caso, en el plazo de cinco días desde su petición —art. 34, c. 7 de la Directiva 2014/24/UE—.

⁴⁰⁰ Lo que limitará los posibles criterios de adjudicación establecidos tal y como hemos señalado en el apartado referido al MePA del presente capítulo.

⁴⁰¹ LUPO, A., “I sistemi dinamici di acquisizione”, cit., p. 866.

⁴⁰² Extensión del uso de las TIC observada por algunos autores como un elemento perjudicial para la PyMES. Véase, TOCCI, M., “Tecniche e strumenti per gli appalti elettronici e aggregati (artt. 54-58)”, cit., p. 216.

Adjudicado cada uno de los contratos de desarrollo del sistema dinámico de adquisición, el art. 32, c. 10, lett. b) del d.lgs. n. 50/2016 mantiene la previsión del código anterior consistente en que el periodo de *stand still* no sea de aplicación para este sistema de compra.

La finalización del período de validez del sistema dinámico de adquisición debe comunicarse a la Comisión Europea mediante un anuncio de adjudicación *ex arts.* 98 y 129 del d.lgs. n. 50/2016 por los que se traspone el art. 50 de la Directiva 2014/24/UE. En el caso de que se pretenda modificar el periodo de validez del sistema dinámico de adquisición señalado en el anuncio de licitación inicial sin ponerle fin al sistema, ello deberá comunicarse por los mismos cauces que los utilizados para la comunicación del referido anuncio inicial. En el caso de que dicha modificación pretenda poner fin al sistema dinámico, la comunicación deberá llevarse a cabo igualmente mediante un anuncio de adjudicación.

La expuesta evolución de la configuración de los sistemas dinámicos de adquisición pone de relieve, en primer lugar, que estos han dejado de tener su principal inspiración en el procedimiento abierto para pasar a basarse en el procedimiento restringido⁴⁰³, lo que ha marcado aún más sus diferencias con la figura de los acuerdos marco, los que, ya desde el inicio, se basan en el hecho de que el número de operadores económicos que pueden acceder se establece anticipadamente en las bases del mismo, mientras que en un sistema dinámico de adquisición pueden participar todos los operadores económicos que satisfagan los requisitos del *capitolato di oneri*⁴⁰⁴ o *avviso di indizione*. Además, la valoración de las ofertas iniciales de los acuerdos marco se llevan a cabo en forma de licitación competitiva entre los operadores económicos siendo seleccionados ya al término de la primera de las fases aquellas ofertas iniciales que mejor satisfagan el interés público con la consiguiente limitación de concurrencia en la segunda de las fases, mientras que en el sistema dinámico de adquisición tal valoración se hace, exclusivamente, respecto de los requisitos mínimos del sistema, reservándose la comparación competitiva de las ofertas en la segunda de ellas⁴⁰⁵, lo que

⁴⁰³ LUPO, A., “I sistemi dinamici di acquisizione”, cit., pp. 855 y 856.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 853.

⁴⁰⁵ Así, la nueva configuración de los sistemas dinámicos de adquisición ha añadido el hecho de que, mientras en la primera de las fases del acuerdo marco se procede a la valoración de los aspectos económicos de las ofertas iniciales y no solo a la del cumplimiento de los requisitos generales de solvencia, capacidad e inexistencia de motivos de exclusión y de los particulares establecidos por el

impide que, al contrario que en el caso de los acuerdos marco, sean empleables criterios como el de rotación⁴⁰⁶, fomentando una maximización o incremento respecto de los sistemas anteriores de la flexibilidad en materia de concurrencia competitiva de los operadores económicos con la que se pretende una optimización del gasto público⁴⁰⁷ en la adquisición de este tipo de productos. A lo que se une, en último lugar, el preceptivo establecimiento en los sistemas dinámicos de adquisición de una valoración automatizada de las ofertas, extremo inexistente en el ámbito de los acuerdos marco y que, a cambio de un mayor margen de discrecionalidad del ente adjudicador a la hora de la valoración de las ofertas, permitirá a éste la apreciación de productos u obras con características de evaluación más complejas o subjetivas. Tal distanciamiento en los referidos aspectos respecto de los acuerdos marco supone, de otro lado, su acercamiento al funcionamiento antes expuesto del MePA.

No obstante, parte de la doctrina ha puesto de manifiesto la inclusión en la nueva regulación del sistema dinámico de adquisición de una restricción o mayor dificultad al momento de admisión o entrada de los operadores económicos en el sistema, lo que se ha venido a contemplar como una pérdida del dinamismo, propiciado ello por la desaparición de los anuncios de licitación simplificados y exclusiva contemplación de una invitación para cada procedimiento, en concreto, de los operadores ya registrados en el sistema, impidiendo una introducción ulterior y oportuna de terceros proveedores⁴⁰⁸. Regresión en el dinamismo de los sistemas dinámicos de adquisición que, en nuestro caso, no entendemos como tal, dado que, a pesar de que no se publiquen —como en el caso del MePA— cada uno de los procedimientos de contratación con carácter *ad extra* al propio sistema, dificultando la incorporación “oportuna” de terceros operadores económicos de cara a una concreta licitación del sistema dinámico de adquisición, la apertura a nuevas inclusiones o “habilitaciones”, durante toda la vida del sistema, permite que los operadores económicos puedan conocer, *ex* anuncio de licitación inicial, la existencia y vigencia del sistema, de modo que les sea factible proceder a su incorporación sobrevenida, con independencia de que la misma sea oportuna o no para la participación en el último de los procedimientos de compra

sujeto adjudicador, el sistema dinámico de adquisición se limitará en la segunda de sus fases a estos últimos.

⁴⁰⁶ DAMONTE, R. Y MORSELETTI, M., *Il sistema di scelta del contraente: aggiornato con il D. Lgs. 31 luglio 2007, n. 113*, IPSOA, Milano, 2007, p. 143.

⁴⁰⁷ LENOCI, M. C. Y OTROS, “Le procedure, tra tradizione ed innovazione”, cit., p. 725.

⁴⁰⁸ LUPO, A., “I sistemi dinamici di acquisizione”, cit., pp. 867 y 868

efectuados, lo que nos conduce, sin duda alguna, a que debamos mantener el dinamismo del sistema por la posibilidad de que todo proveedor interesado en la categoría de producto de que se trate pueda acceder en cualquier momento.

Por otro lado, y al igual que los acuerdos marco, estos sistemas dinámicos de adquisición pueden presentarse como una importante herramienta de agregación de la demanda de los poderes adjudicadores⁴⁰⁹, con la consiguiente exclusión o imposición de barreras de entrada a las PyMEs con una estructura económica incapaz o con mayores dificultades a la hora de proveer las cantidades exigidas u obtener economías de escala. Motivo por el cual, la Directiva 2014/24/UE ha fomentado la rearticulación de los sistemas dinámicos de adquisición en torno a más concretas categorías de producto, definidas no solo por las características técnicas del bien servicio u obra, sino también por los rasgos de los contratos sucesivos, tales como el importe máximo de los contratos posteriores o el área geográfica de su desarrollo, promoviendo de esta forma la reducción de los valores de los concretos procedimientos posteriores, lo que permitirá, a su vez, matizar los criterios y requisitos de capacidad y solvencia para cada una de estas categorías ahora más reducidas, toda vez que la facturación mínima exigida en los sistemas dinámicos de adquisición es determinada sobre la base del valor máximo estimado sin IVA del conjunto de los contratos previstos dentro del concreto sistema⁴¹⁰.

Esta configuración de los sistemas dinámicos de adquisición y su factibilidad a la hora de articular procedimientos de concentración de la demanda llevó, en los documentos de trabajo del que sería el reglamento de desarrollo del d.lgs. n. 163/2006, al planteamiento de un sistema establecido por el MEF con ayuda de la Consip, S.p.A. puesto al servicio del resto de entes adjudicadores de empleo preceptivo por parte de estos o al menos de los pertenecientes a la Administración del Estado. Idea, que, finalmente, fue abandonada dado el tenor de la *adunanza* n. 3262 del Consiglio di Stato de 17 de septiembre de 2007 por la que se ponía de manifiesto la imposibilidad de prever la capacidad de cobertura financiera de la medida, así como de la falta de previsión normativa en el código de 2006⁴¹¹.

No obstante, el art. 287 *comma* 2 del d.P.R. n. 207/2010 mantuvo la previsión de esta plataforma central de sistemas dinámicos de adquisición, si bien, con carácter

⁴⁰⁹ ALBANO, G. L. Y ANTELLINI RUSSO, F., *Public Procurement e politica economica*, cit., p. 6.

⁴¹⁰ LUPO, A., “I sistemi dinamici di acquisizione”, cit., p. 853.

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 850.

potestativo en cuanto a su empleo, instituyéndose así el *Sistema dinamico di acquisizione della Pubblica Amministrazione* —SDAPA—, que sería, posteriormente, mantenido en el *comma* 14 del art. 55 del d.lgs. n. 50/2016. Así las cosas, este sistema dinámico de adquisición central *fue activado en octubre de 2011* para la provisión de productos farmacológicos, categorías que progresivamente se han ido viendo incrementadas⁴¹² y cuyo empleo se ha ido expandiendo hasta el punto de haberse convertido en una herramienta de aprovisionamiento preceptiva para los entes adjudicadores integrados en el *Servizio Sanitario Nazionale* —art. 15, c. 13 de la Legge 135/2012—.

Dado el carácter agregador del SDAPA, su funcionamiento presenta ciertas diferencias respecto del funcionamiento ordinario anteriormente expuesto. Así, el *avviso di indizione* o anuncio de licitación será llevado a cabo por la Consip, S.p.A. a través de una Comisión Permanente nombrada al efecto, la que también se encargará de la evaluación de las solicitudes de participación. En este anuncio se indicarán las categorías de mercado y los requisitos para acceso al sistema que tendrán que cumplir tanto los operadores económicos como los poderes adjudicadores.

Por otro lado, junto a las solicitudes de participación de los operadores económicos, se deberá presentar una oferta indicativa para las categorías de producto en cuestión en las que desea participar, indicando la cantidad que son capaces de suministrar para todos o parte de los productos o grupos en que se divida el sistema dinámico, respetando las características técnicas mínimas, pero sin indicación del precio. Ello no implica, exactamente, que este sistema dinámico de adquisición central regrese al sistema de ofertas indicativas propio del d.lgs. n. 163/2006, toda vez que, como puede denotarse, se prescinde del aspecto económico de la misma, empleándose meramente como información adicional, orientada a la clasificación y evaluación de la cualificación del operador en relación a la satisfacción de los requisitos de capacidad y solvencia.

Por su parte, las invitaciones para los concretos contratos que se pretendan llevar a cabo son efectuadas por los correspondientes entes adjudicadores siendo comunicadas de manera automática a todos los operadores económicos que, a la fecha de realización de la misma, hayan conseguido su admisión en el sistema para la correspondiente

⁴¹² LENOCI, M. C. Y OTROS, “Le procedure, tra tradizione ed innovazione”, cit., p. 728.

categoría de producto, la cual podrá llevarse a cabo en cualquier momento de la vigencia del sistema.

A pesar de la potestatividad del empleo del SDAPA o de otros sistemas de agregación de la demanda previstos en el Ordenamiento Jurídico Italiano se ha de poner de manifiesto que, debido a la centralización de la contratación, reforzada a partir de 2012 con la normativa de la *spending review*, la posibilidad de empleo de los sistemas dinámicos de adquisición individuales se mantuvo con un carácter residual para aquellos casos de indisponibilidad de *convenzioni* regionales o de la Consip s.p.A.⁴¹³. Extremo sobre el que tendremos oportunidad de profundizar en el capítulo V.

De esta forma, el SDAPA se constituye como un instrumento de licitación enteramente electrónico con notables similitudes respecto del MePA al que se podrá acceder a través de la plataforma de *e-procurement* gestionada por Consip S.p.A., pero que limitará su funcionamiento al sistema de RdO, sin que sea posible la utilización de OdA, dada la falta de vinculación económica de las ofertas presentadas inicialmente, y la consecuente imposibilidad de las mismas de articular un catálogo al que pudieran recurrir directamente los entes adjudicadores.

Tales similitudes, tras la reforma de la figura de los sistemas dinámicos de adquisición llevada a cabo por el d.lgs. n. 50/2016, nos llevan, inevitablemente, a plantearnos la posibilidad de acercamiento funcional del MePA y del SDAPA —y con ello de las figuras de los mercados electrónicos y los sistemas dinámicos de adquisición—, toda vez que, como ha quedado de manifiesto, no sería extraño afirmar que el MePA viene a constituir una suerte de sistema dinámico de adquisición donde el anuncio de licitación o *avviso di indizione di gara* del sistema dinámico de adquisición, se correspondería con el *bando di abilitazione*, mientras que la *istanza de partecipazione* se correspondería con la solicitud de habilitación propia del MePA. De hecho, las ofertas indicativas requeridas en el SDAPA, aun prescindiendo de la información económica, permitirían la constitución de un catálogo de productos al servicio de los entes adjudicadores que les permitiera la obtención de notables ventajas de información a la hora de conocer el funcionamiento y estado del mercado de la contratación pública al que se van a enfrentar. A dicha confluencia contribuiría significativamente la propuesta realizada anteriormente consistente en el acercamiento

⁴¹³ LUPO, A., “I sistemi dinamici di acquisizione”, cit., p. 851.

de la solicitud de habilitación del MePA al modelo del DUCE que es, efectivamente, empleado en la realización de las instancias de participación de los sistemas dinámicos de adquisición.

A pesar de que la regulación del sistema dinámico de adquisición permite la solicitud de ofertas indicativas, *ex silencio* del art. 55 en relación con los ya referidos extremos del art. 57 del d.lgs. n. 50/2016, éstas carecerán, con carácter general, del carácter vinculante propio del catálogo presentado por los proveedores en sede del mercado electrónico. Cambio respecto de la regulación de 2006 que, como hemos visto, venía motivado en aras a impedir una duplicidad innecesaria de presentación de ofertas por parte de los operadores económicos, así como para impedir actividades colusorias. Pues bien, respecto del último de estos motivos debería señalarse que tal problemática sería extensible respecto del funcionamiento del MePA, donde no solo es posible la modificación ulterior del catálogo y sus condiciones —dentro de los límites del *bando di abilitazione*—, sino que además permite —al igual que el SDAPA— la inclusión sobrevenida de operadores económicos. Al tiempo que, en el caso del funcionamiento del MePA mediante RdO, sería igualmente predicable la existencia de una “doble” presentación de ofertas.

Así las cosas, entendemos que el legislador debería tomar la decisión de hacer homogéneos todos los sistemas de adquisición electrónica, dada la estrecha relación del ámbito objetivo de estos tal y como desprende del art. 55, c. 1 del d.lgs. n. 50/2016. A lo que favorece el hecho de que la regulación introducida en el art. 57 del mismo cuerpo legal, en sede de catálogos electrónicos, impide determinar la completa eliminación del régimen anterior de ofertas indicativas en su más estricta aplicación, sino todo lo más, su transformación desde un régimen preceptivo a otro potestativo. Así, este último precepto permite expresamente en el segundo periodo del c. 6, en relación con el c. 4, lett. b) del mismo, la posibilidad de que, junto a la solicitud de participación en el sistema dinámico de adquisición, el ente adjudicador pueda solicitar la presentación de una oferta en forma de catálogo electrónico, comunicando, a su vez, su intención de valerse de la información del mismo en la segunda de las fases del sistema a la hora de proceder a la conformación de las ofertas de los concretos procedimientos de contratación, lo que exigirá vinculación de los “catálogos indicativos” y la posibilidad de que la misma se extienda a sus aspectos económicos, dada la falta de límites a este respecto del art. 57.

Es por ello, por lo que la completa comprensión del funcionamiento del sistema dinámico de adquisición requiere tener en cuenta las más que oportunas previsiones del art. 57, sobre la base de las cuales entendemos conveniente con carácter general —sin perjuicio de las particularidades de casos concretos— la vuelta a la realización de ofertas indicativas en forma de catálogo electrónico, en la línea de la operativa del SDAPA, no solo restringidas a los aspectos técnicos, sino también económicos, con el mismo carácter vinculante del que gozaban en el código de 2006 y que entendemos que llegaría a permitir el art. 57, c. 4, lett. b) del d.lgs. n. 50/2016, dadas las ventajas que ello puede suponer tanto a operadores económicos como entes adjudicadores.

Respecto de los primeros, este mantenimiento de la regulación pretérita, permitiría plantear la introducción dentro del seno del sistema dinámico de adquisición de la ágil operativa de las OdA en relación con el principio de rotación para los contratos inferiores a cuarenta mil euros, así como en aquellos casos en los que sea posible la utilización de un sistema negociado sin publicidad con participación de un solo invitado, punto este que consideramos también incluido en la órbita del meritado c. 4 del art. 57, a pesar de que el mismo venga referido, de forma expresa y exclusiva, a situaciones en las que se produzca la reapertura de la confluencia competitiva de los operadores económicos, toda vez que dicha expresión se produce en el ámbito de los acuerdos marco donde, como hemos tenido ocasión de analizar, el supuesto opuesto a la reapertura de la confluencia competitiva es la determinación, en la primera de las fases, del modo de adjudicación posterior de cada uno de los concretos contratos de desarrollo, reduciendo casi completamente el margen de maniobra o discrecionalidad por parte del ente adjudicador. Mientras, en sede del mercado electrónico o de los sistemas dinámicos de adquisición, la segunda de las fases, dada la falta de concurrencia competitiva en la primera de las mismas, requerirá, en todo caso, la apertura de una fase de confrontación competitiva de los operadores, lo que no hemos de confundir con la necesidad de nueva presentación de ofertas. En efecto, entendemos que la presentación de ofertas vinculantes en la primera de las fases permitirá su comparación por parte del ente adjudicador, de modo que éste pueda determinar cuál es la que mejor satisface el interés público, procediendo a su adjudicación directa cuando así lo permita la legislación vigente, lo que no implica la ausencia total de confluencia competitiva, sino tan solo su flexibilización a la hora de llevar a cabo la labor de comparación de ofertas.

Así, sobre la base de la información contenida en los catálogos indicativos entendemos que el ente adjudicador podrá constituir o autogenerar las ofertas concretas de los operadores económicos partícipes en el sistema, procediendo a adjudicar directamente el contrato a la que mejor satisfaga el interés público sobre la base de los criterios de adjudicación cuando así se permita por el Ordenamiento, o bien, a iniciar el procedimiento de evaluación y puntuación de tales ofertas autoconstituidas en los casos en los que el procedimiento supere los umbrales bajo los cuales es posible la adjudicación directa. Funcionamiento este último que daría lugar a una figura intermedia entre la OdA y la RdO, puesto que la segunda requiere la presentación de una nueva oferta por parte de los operadores económicos, con lo que vendría a coincidir con el sistema de funcionamiento previsto en el art. 57, c. 4, lett. a), pero no así con el sistema previsto en la letra b) del citado artículo, conducente a un tercer sistema de adjudicación que podríamos denominar *como evaluación de artículos de catálogo — EdA—*.

Respecto de los entes adjudicadores, a la mayor agilidad de las OdA, se unirían, al igual que en el caso del MePA, notables ventajas de información derivadas de las TIC al disponer de un catálogo de productos de, al menos teóricamente, oferentes ilimitados, con el refuerzo de la veracidad de la información obtenida gracias al carácter vinculante de la oferta indicativa y/o del catálogo de productos necesaria para la utilización de los sistemas de adjudicación por OdA o EdA. Al mismo tiempo, el riesgo de colusión de la publicación de tales catálogos por parte de los operadores económicos se vería matizado con la utilidad de las RdO, lo que permitiría atacar las situaciones en las que se detecte un precio de los catálogos excesivamente elevado, a lo que se une que el riesgo de la colusión en mercados de competencia perfecta, por el lado de la oferta, será reducido ante el improbable caso de que ninguno de los ilimitados oferentes se vea tentado a modificar el precio establecido en su catálogo u oferta indicativa, con el automático o cuasi automático efecto de absorber toda la demanda canalizada a través de las OdA e, incluso, de las EdA.

El auténtico riesgo de colusión se producirá, a nuestro entender, en los mercados de contratación pública en los que exista una situación de monopolio bilateral como los analizados en el capítulo I, realidad patente al margen de la utilización o no de las TIC en los procedimientos de compra pública, siendo el método idóneo para evitarlo la transparencia derivada de la utilización de aquellas, por las que se obligaría a los

operadores económicos a encuadrar en catálogos públicos sus precios pactados, con sus consiguientes riesgos ante las organizaciones de protección de la competencia. Transparencia paliativa en dicho sentido, a la que se unirían las ventajas concurrenciales de apertura del mercado a terceros Estados miembros y sus operadores económicos con la subsiguiente oportunidad de que la distancia con los nuevos proveedores y el incremento de su número permita romper los pactos colusorios.

Por tal motivo, es por lo que abogamos por la aproximación de la manera antedicha de las dos figuras: los mercados electrónicos y los sistemas dinámicos de adquisición para que, paulatinamente, permitan su fusión en solo instrumento de *e-procurement*, lo que debería conllevar, por su parte, la apertura del MePA a las obras, al menos las obras de mantenimiento, y contratos sujetos a una regulación armonizada, al tiempo que se favorezca la reducción de las barreras digitales, tanto a operadores nacionales como de la UE, a través de las iniciativas que hemos indicado en el apartado del MePA de este mismo capítulo. De esta forma se conseguiría expandir a dichos ámbitos las ventajas analizadas en el apartado del MePA del presente capítulo.

En contra de las tesis mantenidas, podría argüirse la diferente naturaleza de los productos negociados en ambas plataformas, de forma que los sistemas dinámicos de adquisición permitieran su aplicación a productos menos estandarizados, tales como las obras de mantenimiento, lo que es imposible por parte del MePA; posición que no podemos compartir por los siguientes motivos:

- En ambos casos nos encontramos ante la necesidad de elaborar un *bando di abilitazione* o anuncio de licitación, junto con el correspondiente *capitolato di oneri*, en el que se establezcan de forma análoga las características de los productos u obras que serán requeridas ulteriormente, lo que vendrá a exigir una labor de planificación e igual previsión de las necesidades, originando la necesidad de que los productos y obras objeto de los sistemas dinámicos de adquisición, al igual que en el caso del MePA, deban ser “*di uso corrente, [...] così come generalmente disponibili sul mercato*”, esto es: “de uso corriente, así como generalmente disponibles en el mercado”⁴¹⁴.

- Tanto en el SDAPA como en el MePA se requerirá la determinación por parte de los proveedores de las características técnicas de los productos y obras que se proveerán en los subsiguientes contratos de desarrollo, lo que, en buena medida,

⁴¹⁴ Art. 55, c. 1 del d.lgs. n. 50/2016.

determinará, en ambos casos, las condiciones económicas en las que será posible el potencial abastecimiento y, en consecuencia, planteará una flexibilidad del procedimiento de abastecimiento sustancialmente igual.

La verdadera diferencia entre el mercado electrónico y el sistema dinámico de adquisición en el código de 2006 consistía en la obligatoriedad de emplear sistemas automatizados de valoración en el caso del primero y su uso potestativo en el segundo. Ello permitía la utilización de los sistemas dinámicos de adquisición para procedimientos de compra donde los criterios de adjudicación permitieran una mayor subjetividad y, por tanto, una mayor flexibilidad a la hora de adaptarse a procedimientos más complejos. Diferencia que, como hemos podido apreciar, ha sido eliminada por el d.lgs. n. 50/2016 estableciendo un idéntico sistema de valoración en ambos casos. No obstante, consideramos que esta pérdida de flexibilidad por parte de los sistemas dinámicos de adquisición no es sustancial, toda vez que el referido acercamiento de ambas figuras permitirá la simplificación de la compleja regulación italiana de la contratación pública, al tiempo que permitirá dentro del ámbito objetivo propio del MePA establecer, de forma efectiva, un sistema que comparta su éxito, haciéndolo extensivo a los contratos de obras, así como a los contratos SARA, permitiendo obtener la mayor flexibilidad del empleo de los sistemas dinámicos, los cuales están previstos que se empleen, incluso o sobre todo, de manera individual por parte de cualquier ente adjudicador. Por otro lado, los contratos que, tras la reforma de 2016, por la mayor complejidad en su diseño queden fuera del MePA y de los sistemas dinámicos de adquisición y de la necesaria valoración automática de sus criterios de adjudicación, podrán ser objeto de inclusión en el ámbito del *e-procurement* por medio del fenómeno de la digitalización del procedimiento de compra pública tradicional que estudiaremos en el siguiente capítulo.

Sistemas de compra y/o negociación de la plataforma de e-procurement del Estado

Sistema	forma de entrada	método de contratación
MePA	habilitación de todo operador que satisfaga los requisitos	RdO / OdA
Conevzione Consp	adjudicación de licitación <i>ad hoc</i>	OdA
Acuerdo Marco	adjudicación de licitación <i>ad hoc</i>	RdO/OdA
SDAPA	habilitación de todo operador que satisfaga los requisitos	RdO

3. LA SUBASTA ELECTRÓNICA

La subasta electrónica no constituye, propiamente dicho, un procedimiento de compra pública, sino más bien un instrumento de negociación entre operadores económicos y entes adjudicadores gestionado de manera enteramente electrónica, con el que se pretende estimular la concurrencia competitiva de los proveedores dentro de los correspondientes procedimientos de compra, entre los cuales podrá encontrarse, entre otros, bien un acuerdo marco o un sistema dinámico de adquisición⁴¹⁵. De ahí que, en realidad, no nos encontremos ante un procedimiento de compra, sino únicamente ante una fase del mismo, previa a la adjudicación del contrato⁴¹⁶.

El art. 3, c.1, lett. ffff) viene a definir la subasta electrónica como:

un processo per fasi successive basato su un dispositivo elettronico di presentazione di nuovi prezzi modificati al ribasso o di nuovi valori riguardanti taluni elementi delle offerte, che *un proceso estructurado en fases sucesivas basado en un dispositivo electrónico de presentación de nuevos precios modificados a la baja o de nuevos valores relativos a ciertos elementos de*

⁴¹⁵ LENOCI, M. C. Y OTROS, “Le procedure, tra tradizione ed innovazione”, cit., p. 728; NUCARA, F., “Le aste elettroniche e gli altri strumenti per l’e-procurement pubblico”, cit., p. 987.

⁴¹⁶ ASSOCIAZIONE NAZIONALE COSTRUTTORI EDILI, *Nuovo codice degli appalti pubblici. Esame e commento del D.Lgs. n. 163/2006*, 2006, p. 42.

interviene dopo una prima valutazione completa delle offerte permettendo che la loro classificazione possa essere effettuata sulla base di un trattamento automatico. *las ofertas, que interviene después de una primera evaluación completa de las ofertas lo que permite que su clasificación se lleve a cabo sobre la base de un procesamiento automático.*

Con arreglo a dicha definición, debemos distinguir la subasta electrónica como instrumento, por un lado, y como fase de negociación de los sistemas definidos en el art. 3, c. 1, dddd) del d.lgs. n. 50/2016 y que han sido objeto de análisis en el epígrafe anterior, por otro. Así, mientras estos últimos constituyen, por lo general, un completo procedimiento de compra pública bifásico, caracterizado porque en la segunda de las subfases se produce una reapertura de la confrontación competitiva de los operadores económicos, la subasta electrónica como instrumento constituye la herramienta de negociación orientada a facilitar la concurrencia competitiva de aquellos bajo una determinada forma electrónica y dinámica.

Como hemos tenido ocasión de dejar entrever, se trata de una figura jurídica ya regulada en sede del d.P.R. n. 101/2002 cuyas disposiciones, no derogadas formalmente, aunque sí de manera tácita⁴¹⁷, planteaban la subasta electrónica como un instrumento de carácter excepcional de uso exclusivo para la adquisición de bienes y servicios.

Como requisitos de este sistema de negociación se requiere que los procedimientos abiertos, ya sean restringidos o negociados o, incluso, desarrollados bajo la forma de sistemas dinámicos de adquisición o acuerdos marco, dispongan de unos criterios de valoración de las ofertas lo suficientemente precisos como para permitir su descripción mediante cifras o porcentajes, lo que supone la imposibilidad de su uso para los contratos relativos a prestaciones intelectuales o de determinación cualitativa que no puedan ser expresados, en cuanto a sus parámetros, de manera matemática como, por ejemplo, los proyectos de obras —art. 56.3 del d.lgs. n. 50/2016— o también, que requieran en su valoración de actuaciones evaluativas de carácter discrecional⁴¹⁸.

⁴¹⁷ TOCCI, M., “Tecniche e strumenti per gli appalti elettronici e aggregati (artt. 54-58)”, cit., p. 220.

⁴¹⁸ T.A.R. SARDEGNA. CAGLIARI. SEZIONE I, *Sentenza n. 660/2014, 30 luglio*. Afirmación que es extensiva tal y como hemos visto, a los sistemas dinámicos de adquisición y al MePA.

El empleo de este sistema deberá ser indicado en la documentación por la que se comunique el inicio del contrato junto con la información relativa a las instrucciones y modo de funcionamiento del sistema de subasta. En concreto, para la celebración de una subasta electrónica deberá incluirse necesariamente en el *capitolato di oneri* del procedimiento en el que se inserten —art. 54 Directiva 2014/24/UE recibido en el Anexo XII del d.lgs. n. 50/2016—, lo siguiente:

- Los extremos o aspectos de los productos que serán objeto de la subasta electrónica mediante la asignación de valor a través exclusivamente de cifras o porcentajes.

- Las condiciones en las que los operadores económicos podrán contraofertar durante la duración de la subasta, así como las desviaciones mínimas de las contraofertas.

- Las especificaciones técnicas de los medios de conexión y de los medios electrónicos para la participación en la subasta.

Llevados a cabo los correspondientes anuncios para la celebración del procedimiento en cuestión, deberá procederse al análisis por el poder adjudicador de la admisibilidad de las ofertas presentadas inicialmente, las cuales podrán serlo por medio de cualquier procedimiento público de compra, incluidos aquellos basados en la utilización de sistemas tradicionales analógicos. Tales ofertas iniciales serán valoradas por el ente adjudicador, a los efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos generales y particulares de contratación, en sesiones restringidas del órgano de contratación, a fin de evitar actuaciones colusivas de aquellos⁴¹⁹, sobre la base de los criterios de ponderación establecidos en el anuncio de licitación. Valoración en la que se procederá, en primer lugar, a la evaluación las declaraciones y la documentación relativa a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar de los operadores económicos, tras lo cual, en caso de que la misma sea satisfactoria, se procederá a la evaluación técnica y/o económica de las ofertas, generando el sistema una clasificación inicial de las mismas de manera automática.

⁴¹⁹ CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE V, *Sentenza n. 6018/2014, 5 dicembre*.

Aquellos operadores económicos que superen la fase de selección de los contratistas y que presenten ofertas sin anomalías u *ofertas inadmisibles*⁴²⁰, serán invitados por vía electrónica, generalmente a través de correo electrónico, a presentar nuevos precios y/o valores relativos al resto de criterios de adjudicación —ofertas de mejora—⁴²¹, debiendo emplear, si así se ha previsto en las cláusulas reguladoras de la licitación, *el módulo oferta* previsto por el poder adjudicador que podrá conllevar la necesaria utilización de un formato especial de documento, p. ej. “.xls”, que favorezca la automatización y agilidad del procedimiento, excluyendo cualquier otro formato, por ejemplo “.pdf”⁴²². En dicha invitación se deberá incluir toda la información necesaria para el acceso al sistema electrónico de subasta, fundamentalmente las credenciales de acceso a aquel, indicando la hora y la fecha del inicio de ésta, no pudiendo señalarse antes de dos días hábiles a contar desde la fecha del envío.

De forma previa a la subasta y en cualquier momento de la misma, los poderes adjudicadores podrán anunciar el número de operadores económicos intervinientes en la misma. No obstante, queda vedada la posibilidad de hacer pública su identidad a fin de evitar, en la medida de lo posible, la realización de prácticas colusivas por parte de aquellos. Además, en el caso de que el criterio empleado no sea solo el del precio sino el de la oferta económicamente más ventajosa, deberá comunicarse, junto con dicha invitación, el resultado de la valoración de las ofertas iniciales, de modo que se pueda conocer el orden de las mismas. Por último, deberá comunicarse la fórmula matemática empleada para la clasificación de las ofertas sobre la base de los valores de precio y resto de requisitos ofrecidos por los poderes adjudicadores.

Tras ello, se procederá a la determinación de un responsable del procedimiento o sujeto que presidirá la subasta facilitándole al mismo un usuario y contraseña a fin de posibilitar su conexión al sistema.

⁴²⁰ Clasificables en: irregulares, inaceptables e inadecuadas. Son ofertas *irregulares* aquellas en las que no se respeten los requisitos establecidos en los documentos de licitación, que se hayan presentado fuera de plazo, que sean efectuadas por operadores económicos que se compruebe que promueven acciones de colusión o corrupción o que tengan carácter de ofertas anormalmente bajas. Por su parte, son *inaceptables* las ofertas de los operadores económicos que no tengan los requisitos de cualificación necesaria o que presenten precios superiores al precio de partida de la subasta. Y por último, son *inadecuadas* las ofertas que sean manifiestamente inapropiadas para la satisfacción de las necesidades que pretende satisfacer el procedimiento de compra pública.

⁴²¹ Lo que ha venido a suponer una novedad introducida en la evolución de la subasta electrónica respecto de su primera regulación en el d.P.R. n. 101/2002, en la que no se preveía la realización de pujas ulteriores a la presentación de las ofertas iniciales

⁴²² T.A.R. PIEMONTE. TORINO. SEZIONE I, *Sentenza n. 381/2014, 5 marzo*.

En todo momento y en tiempo real, durante cualquiera de las fases del desarrollo de la puja, se deberá comunicar a los participantes su clasificación y, cuando así se haya establecido en la documentación preparatoria de la subasta, los precios y valores ofrecidos por los restantes operadores económicos, así como el número de los mismos, con la prohibición expresa, al igual que en las fases anteriores de hacer pública su identidad.

Esta nueva regulación sustituye a la anterior reglamentación más intrincada en el desarrollo de la subasta (regulada en el d.lgs. n. 163/2006) en la que la duración de la subasta se dividía en dos periodos diferenciados: el tiempo base y los cinco minutos finales antes de alcanzarse la duración máxima de la subasta. Durante el tiempo base los operadores económicos podían llevar a cabo todas las ofertas de mejora que consideraran oportunas, siempre y cuando se respetaran las desviaciones mínimas señaladas, pudiendo conocer su posición en el concurso de la subasta a tiempo real. Durante los últimos cinco minutos los operadores económicos recibirían un aviso del sistema por el cual se ponía en su conocimiento la posibilidad de una única puja adicional durante el tiempo restante, cesando su posibilidad de visualizar la clasificación de los operadores en la subasta hasta su total finalización. En el caso de que no se hubieran recibido ofertas de mejora durante el tiempo base de la subasta, la subasta terminaría una vez alcanzado éste sin necesidad de dejar transcurrir los siguientes cinco minutos sucesivos hasta culminar el tiempo máximo de aquella —art. 292, cc. 3 y 4 del d.P.R. n. 207/2010—. Previsiones de la anterior normativa orientadas a evitar una acumulación de las ofertas en los últimos momentos inmediatos a la finalización de la subasta, regularizando y espaciando su realización a lo largo de su duración total⁴²³.

Por otro lado, también se supera la regulación anterior de la subasta electrónica —art. 292, c. 5 del d.P.R. n. 207/2010— por la que se establecía que en caso de que el contrato se encontrara dividido en lotes o que el criterio de selección fuera el de la oferta económicamente más ventajosa, de forma que se tuvieran en cuenta en la evaluación un conjunto de parámetros que hicieran más compleja la formulación de la oferta, el desarrollo de la subasta se podría llevar a cabo mediante la previsión de

⁴²³ NUCARA, F., “Le aste elettroniche e gli altri strumenti per l’e-procurement pubblico”, cit., p. 993.

intervalos temporales sucesivos durante los cuales solo fuera posible la realización de una oferta por cada operador económico.

Entendemos que la nueva y más escueta regulación del desarrollo de la subasta electrónica permita que los entes adjudicadores puedan establecer un sistema de funcionamiento, para sus concretos procedimientos de contratación, basado en la estructura planteada por el d.P.R. n. 207/2010, salvo en lo que respecta a la ocultación de la información relativa a la propia clasificación de los licitadores durante los últimos cinco minutos, lo cual queda vedado por el tenor literal del primer periodo del art. 56, c. 13 del d.lgs. n. 50/2016⁴²⁴.

Por su parte, la tendencia a incrementar el dinamismo de la subasta electrónica, que ya hemos contemplado respecto de la regulación inicial del d.P.R. n. 101/2002, se ha mantenido en el art. 56, c. 11 del d.lgs. n. 50/2016 al prever, al contrario de lo que hacía el código de 2006 —antiguo art. 85 del d.lgs. n. 163/2006—, que la subasta se pueda llevar a cabo en más de una fase o sesión, posibilidad que, a pesar de ser ofrecida ya por el art. 54 de la Directiva 2004/18/CE, fue desechada, en su día, por la normativa nacional de trasposición con los objetivos remarcados por la doctrina, consistentes, precisamente, en dotar de una mayor agilidad y rapidez a su desenvolvimiento, así como para evitar oportunidades de colusión entre los operadores económicos partícipes en la subasta⁴²⁵.

La subasta finalizará:

- El día y la hora establecidos en la documentación de la licitación.
- Cuando no se reciban nuevos precios o valores, siempre y cuando se haya indicado de manera anticipada el plazo o lapso de tiempo máximo desde la recepción de la última oferta recibida.
- Cuando se realizan todas las fases de la subasta previamente indicadas.

Tres momentos de conclusión de la subasta, ya previstos en el art. 54.7 de la Directiva 2004/18/CE, superiores en número a los contemplados por el d.lgs. n. 163/2006, el cual, pese al tenor de la referida Directiva, solo contemplaba el primero de ellos, lo que en su día ya produjo cierta controversia dentro de la doctrina. Así, de un

⁴²⁴ Exigencia confirmada en ANAC, *Parere n. 92/2014, 26 novembre*.

⁴²⁵ NUCARA, F., “Le aste elettroniche e gli altri strumenti per l’e-procurement pubblico”, cit., p. 993.

lado la *Associazione Nazionale Costruttori Edili* —ANCE— vio con buenos ojos esta reducción de los momentos de fijación de la finalización de la subasta, toda vez que se eliminaba de la misma el bloqueo de efectos perniciosos derivados de un exceso de reducción de las ofertas, *ex* concatenamiento de sucesivas pujas, que acabarían permitiendo la adjudicación del contrato a ofertas con presencia de bajas temerarias⁴²⁶. Posicionamiento contestado por otra parte de la doctrina en el sentido de que la inflexibilidad del término de finalización de la subasta podría llevar, precisamente y en mayor grado, a una acentuación en la progresiva reducción de precios o mejora de las ofertas tendente a la temeridad, dada la fijación de un término fijo tras el cual sería imposible la contestación a las maniobras de la competencia, al tiempo que se planteaba la posibilidad de que tal modulación del contenido de la Directiva 2004/18/CE pudiera suponer un incumplimiento de trasposición de la misma con el riesgo de poder dar lugar al inicio de un procedimiento de infracción comunitaria⁴²⁷.

Tras la finalización de la subasta, se procederá a la adjudicación del contrato en función del resultado de la subasta —Art. 56, c. 16 del d.lgs. n. 50/2016—.

La regulación expresa de la subasta electrónica ha permitido superar los impedimentos legales que inicialmente vetaban o limitaban su celebración durante la vigencia de los arts. 64 y ss. del R.D. 827/1924, aplicables a la Administración del Estado, los cuales, como es obvio, no contemplaban ni daban posibilidad alguna al empleo de medios electrónicos. Su implementación ha establecido, como principal y primera diferencia respecto del procedimiento de subasta tradicional, que el lugar de desarrollo de la misma sea “totalmente virtual, accesible solo a través de Internet”⁴²⁸, con sus consiguientes potenciales ventajas de concurrencia dada la desterritorialización producida. En efecto, de esta forma se instituye un mecanismo de licitación que incrementará la competitividad entre las empresas⁴²⁹, *ex* incremento cuantitativo de los potenciales oferentes, a lo que se unirá la exposición de aquellos a un escenario que promoverá el replanteo de sus preferencias de manera similar a la actuación de la

⁴²⁶ ASSOCIAZIONE NAZIONALE COSTRUTTORI EDILI, *Nuovo codice degli appalti pubblici. Esame e commento del D.Lgs. n. 163/2006*, cit., p. 44.

⁴²⁷ SANINO, M. Y BONACCORSI DI PATTI, D., «Contratti esclusi in tutto o in parte dall’ambito di applicazione del codice (artt. 16 - 27)», en SANINO, M. (coord.) *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Utet, Torino, 2006, p. 152.

⁴²⁸ ASSOCIAZIONE NAZIONALE COSTRUTTORI EDILI, *Nuovo codice degli appalti pubblici. Esame e commento del D.Lgs. n. 163/2006*, cit., p. 41.

⁴²⁹ *Ibid.*, p. 45.

competencia a la hora de tratar de ser elegido por el ente adjudicador, conllevando ello un replanteamiento de su oferta que les inste a igualar su curva de oferta con la curva de sus costes medios, es decir, hasta el punto en el que una reducción del precio para una determinada cantidad supusiera unos costes mayores que sus beneficios aparejados, lo que implica la contribución a la detección del verdadero punto de equilibrio natural del mercado de la contratación pública gracias a la consecución de una serie de ventajas de información.

No obstante, como ha alertado la doctrina, la presión a la baja del sistema planteado, dada la capacidad de concurrencia y la inmediatez de interacción en el mismo, puede provocar o fomentar replanteamientos irreflexivos o temerarios de la curva de oferta de los operadores económicos desligados de su estructura de costes que tengan como consecuencia la selección de una oferta económicamente inviable, esto es, la sorprendente posibilidad de que las ventajas de información devengan en una serie de deformaciones informativas del punto de equilibrio del mercado.

De todos modos, no se trata de un riesgo completamente desconocido al de la contratación pública analógica, dado que la posible incentivación de ofertas con bajas temerarias ya existía en sede de la subasta regulada en el R.D. 827/1924 dada una estructura de la operativa de funcionamiento análoga. En todo caso, nos encontraríamos ante una intensificación de dicho riesgo derivada del empleo de las TIC fruto de las ventajas de concurrencia introducidas por éstas. De todas formas, no consideramos oportuno que dicha intensificación del riesgo deba ser combatida con una correlativa intensificación del empleo de la exclusión de ofertas por ser anormalmente bajas o, al menos, sin que ello lleve a desconocer que el establecimiento de las ofertas

anormalmente bajas requerirá de un considerable conocimiento de la estructura del mercado de la contratación pública que evite los efectos perniciosos que se producirían ante un establecimiento del nivel de ofertas anormalmente bajas, por encima del punto de equilibrio natural del mercado que podemos observar en la figura III.3.1, condenando a que el intercambio se sitúe, en el mejor de los casos, en el punto ($Q^{*''}$, $P^{*''}$), en lugar de estar en el nivel óptimo al que podría

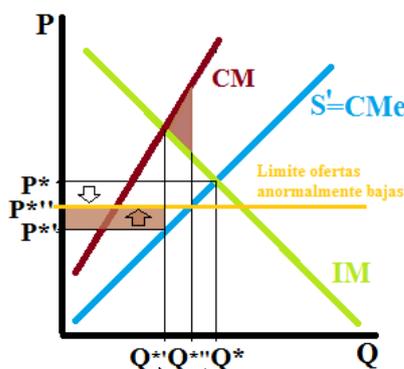


Figura III.3.1

dar lugar el mercado (Q^* , P^*) con sus consiguientes pérdidas de eficiencia, sombreadas de color marrón en la referida figura, neutralizando así, no solo las ventajas de concurrencia, sino las ventajas de información propias de la subasta electrónica.

Así las cosas, entendemos que este riesgo intensificado, propio de la subasta electrónica cuando el ente adjudicador no cuenta con la suficiente información sobre la estructura de costes del mercado, que entendemos como el escenario más probable dado el dinamismo de la industria y de la economía actual, deberá ser combatido *ex post* con la aplicación rigurosa por parte de los entes adjudicadores del motivo de exclusión contemplado en el art. 80, c. 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016, de modo que el castigo a la falta de profesionalidad de los operadores económicos, consistente en la formulación de ofertas de imposible cumplimiento, actúe como medida disuasoria *ex ante* de este nuevo riesgo.

4. LOS NUEVOS SISTEMAS DE E-PROCUREMENT INTRODUCIDOS POR LA DIRECTIVA 2014/24/UE

Las Directivas europeas de cuarta generación han introducido dos nuevos sistemas de *e-procurement*: el catálogo electrónico y las plataformas telemáticas de negociación. Tales sistemas han sido incorporados al Ordenamiento Jurídico Italiano por el d.lgs. n. 50/2016.

4.1 EL CATÁLOGO ELECTRÓNICO

Se trata de una modalidad de presentación de ofertas incluida de forma novedosa por el art. 57 del d.lgs. n. 50/2016 en el proceso de trasposición de los arts. 36 de la Directiva 2014/24/UE y 54 de la Directiva 2014/25/UE, en virtud del cual se permite a los operadores económicos presentar sus ofertas mediante un canal telemático estandarizado⁴³⁰. En concreto, el referido artículo prevé la posibilidad de que el poder adjudicador, en el caso de que se empleen comunicaciones electrónicas, pueda requerir que las ofertas se presenten en forma de catálogo electrónico, debiendo especificarse tal circunstancia en los documentos de la contratación, así como las especificaciones técnicas, formato y funcionamiento del mismo. Esta forma de presentación de las ofertas puede ser empleada en cualquier procedimiento de contratación en el que se

⁴³⁰ LENOCI, M. C. Y OTROS, “Le procedure, tra tradizione ed innovazione”, cit., p. 732.

prevea el empleo de medios de comunicación electrónicos, incluidos los acuerdos marco y los sistemas dinámicos de adquisición. En todo caso, su utilización deberá venir establecida en el anuncio de licitación o en el anuncio de información previa empleado como sistema de inicio de la licitación.

A pesar de que se carece en el texto legal de una definición de catálogo electrónico, éste puede ser definido, sobre la base del concepto de documento electrónico, como el conjunto o agregación de una pluralidad de documentos electrónicos tendentes a la conformación de un solo elemento agregado, cuya validez dependerá del cumplimiento de los requisitos del d.lgs. n. 82/2005 por cada uno de sus componentes⁴³¹.

La actual regulación de los catálogos electrónicos supone la introducción de una figura que, respecto de los procedimientos de contratación ordinarios con necesaria utilización de medios electrónicos en las comunicaciones, cuestión sobre la que profundizaremos en el capítulo siguiente, facilitará la formulación y recepción de las ofertas que deban incluir y valorar de manera conjunta varios productos y/u obras relacionados, así como el empleo, como criterio de valoración, del coste de ciclo de vida, incrementando, paralelamente, la información obtenida por parte del ente adjudicador a través de las ofertas recibidas, toda vez que un mismo operador económico podrá aunar en una misma oferta el ofrecimiento de productos u obras de diferentes calidades y precio.

Especial relevancia adquieren los catálogos electrónicos en relación a los acuerdos marco y los sistemas dinámicos de adquisición, en el seno de los cuales vienen a permitir la introducción de sistemas de adjudicación similares a los tradicionalmente empleados en sede del MePA, en concreto la RdO —art. 57, c. 4, lett. a) del d.lgs. n. 50/2016 — y la OdA —art. 57, c. 4, lett. b) en relación con el art. 36, c. 2, lett. a) del d.lgs. n. 50/2016—, a lo que se uniría tal y como se ha analizado en el apartado 3 del presente capítulo relativo a sistemas dinámicos de adquisición, la inclusión de un nuevo sistema de adjudicación, que hemos venido a denominar como *Evaluación de Artículos de catálogo* —EdA—, consistente en la autogeneración por parte del ente adjudicador de las ofertas concurrentes en la segunda de las fases de ambos tipos de sistema de negociación y/o de compra, sobre la base de los catálogos electrónicos presentados en la

⁴³¹ TOCCI, M., “Tecniche e strumenti per gli appalti elettronici e aggregati (artt. 54-58)”, cit., p. 221.

primera de aquellas, para su posterior evaluación y puntuación. En caso de aplicación de este sistema EdA, el ente adjudicador deberá indicar a los operadores económicos con la suficiente antelación la fecha y la hora en la que procederá a recoger la información pertinente de los correspondientes catálogos electrónicos a fin de autogenerar —o *constituire* en términos del art. 57, c. 5 del d.lgs. n. 50/2016— las ofertas adaptadas a los requisitos de los concretos contratos de desarrollo efectuados en la segunda de las fases de los referidos sistemas. Anuncio de recogida de información ante el que los operadores económicos tendrán la oportunidad de no participar quedando fuera de la concreta licitación. Posibilidad completamente libre de rechazo que entendemos que supone una completa novedad respecto del MePA cuando la adjudicación en el mismo se pretenda llevar a cabo a través de Oda. Una vez alcanzado el momento indicado se procederá a la recogida de la información, la cual será puesta a disposición de cada uno de los correspondientes operadores económicos con la finalidad de que los mismos puedan confirmar o rectificar la presencia de errores materiales.

De este modo, gracias a los catálogos electrónicos previstos en el art. 57 del d.lgs. n. 50/2016, se conseguirán incrementar, de forma notoria, las posibilidades de funcionamiento del procedimiento ordinario de licitación, de los acuerdos marco y, especialmente, de los sistemas dinámicos de adquisición, intensificando los potenciales beneficios esperables del empleo de las TIC y poniendo de manifiesto las sinergias que ofrece respecto de instrumentos de centralización de la demanda⁴³².

4.2 PLATAFORMAS TELEMÁTICAS DE NEGOCIACIÓN

El art. 58 del d.lgs. n. 50/2016 viene a establecer que los entes adjudicadores puedan prever de manera individual la realización de los procedimientos de contratación de forma completamente desarrollada a través de medios electrónicos, incluso respetando las condiciones de interoperabilidad indicadas por la AgID —art. 58, c. 10 del d.lgs. n. 50/2016 en relación con el art. 117 lett. r) de la *Costituzione*—. Para ello se prevé la posibilidad de constitución por aquellos de plataformas telemáticas de negociación para cuya utilización se facilite a los operadores económicos participantes una cuenta de usuario y una contraseña para su registro en el sistema, tras lo cual puedan proceder, dentro de la plataforma en cuestión, a la presentación de sus ofertas

⁴³² CARINGELLA, F. Y PROTTO, M., *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo. Commento organico al codice e alle linee guida ANAC alla luce del decreto correttivo del 19 aprile 2017*, n. 56, cit., art. 57, p. 293.

con su correspondiente certificación y seguridad en el envío. La valoración y evaluación de las mismas deberá llevarse a cabo, igualmente, de manera automática, lo que implicará la reducción de su ámbito objetivo a aquellos contratos en los que la evaluación de las ofertas no dependa de criterios de adjudicación que requieran de tal abstracción o elaboración impidiendo su reducción a cualquier sistema de ponderación numérico, como podría ocurrir en relación a contratos de servicios relativos a prestaciones intelectuales.

Obviamente, como recuerda el epígrafe 1 del art. 58 del d.lgs. n. 50/2016, estas plataformas telemáticas de contratación deberán respetar las indicaciones del *codice de amministrazione digitale* en materia de documento informático y firma digital, así como, en sede del propio d.lgs. n. 50/2016, las comunicaciones electrónicas, debiendo impedirse que la utilización de los medios telemáticos pueda llevar a la ruptura del principio de igualdad de trato y libre concurrencia de los operadores económicos, empleando, con carácter general, sistemas de libre acceso, o facilitando el software o accesos necesarios, en otro caso.

El art. 37, c. 1 lett. a) y b) del d.lgs. n. 56/2017 ha procedido a la derogación de los *comma 3 y 6* del art. 58 del d.lgs. n. 50/2016, relativos ambos a la determinación de los controles de solvencia necesaria e inexistencia de prohibiciones para contratar. En concreto, se ha procedido a la derogación de la obligación general de establecer un mecanismo automático de muestreo de los operadores económicos, a fin de comprobar que cumplen los requisitos generales y particulares para contratar, que vendrán acreditados, en primera instancia, mediante la formulación de declaraciones responsables, así como la obligación de que se proceda a la comprobación de tales declaraciones y de la documentación acreditativa de forma previa al análisis técnico y económico de la oferta. Modificación que hemos de valorar de manera positiva, toda vez que dotará al funcionamiento de estas plataformas de una mayor agilidad al permitir prescindir de las comprobaciones de muestreo iniciales relativas a la posesión de los requisitos necesarios para contratar, incrementando de este modo la eficacia de las declaraciones responsables hasta el punto de que pueda llegar a resultar tan solo necesaria la comprobación de aquella presentada por el operador económico que resulte adjudicatario. Mayor agilidad que consideramos del todo oportuna dada la amplia proyección del campo de aplicación de estas plataformas telemáticas.

Visto lo anterior, podemos concluir que la novedad del art. 58 del d.lgs. n. 50/2016 no recae en la introducción de tales plataformas, las cuales eran de sobra conocidas y empleadas en nuestro Ordenamiento Jurídico tal y como hemos tenido ocasión de analizar extensamente en los anteriores epígrafes del presente capítulo⁴³³, sino en la extensión de su potencial utilización por parte de todos los entes adjudicadores, atendidas las matizaciones o restricciones de su actuación autónoma sobre las que profundizaremos en el capítulo V y que permitirán una convivencia en nuestro sistema de contratación electrónica de plataformas telemáticas de carácter centralizador —estatal o regional— e individuales de cada concreto ente adjudicador. Baste por el momento destacar que las plataformas individuales de cada operador económico podrán prescindir, a la vista del art. 58 del d.lgs. n. 50/2016, de los rasgos propios de generalidad propios de los sistemas de habilitación que suelen acompañar a las plataformas “agregadoras” de la actividad de contratación de una pluralidad de entes adjudicadores, de modo que se permita la extensión de su utilización a productos u obras de empleo no recurrente o periódico, aunque para lo cual, en aras a la sostenibilidad del sistema, entendemos necesaria la posible reutilización de la misma plataforma para el desarrollo de diversos procedimientos de compra pública. De esta forma, se prevé la posible utilización de las plataformas de *e-procurement* de manera desligada del fenómeno de concentración de la demanda y de sus consiguientes posibles restricciones de acceso a los operadores económicos de pequeño y mediano tamaño, ampliando la posibilidad de empleo de sistemas de contratación de funcionamiento eminentemente electrónico, como los analizados en el presente capítulo, a licitaciones orientadas a la compra de productos que, aunque mantengan la necesidad de su evaluación puramente objetiva y sin margen a la discrecionalidad, no deban ser necesariamente productos estandarizados o de necesidad común en el funcionamiento de una pluralidad de entes adjudicadores.

⁴³³ Cabe destacar en este punto el respaldo legal a la inclusión de las *convenzioni* Consip dentro de la plataforma de *e-procurement* del Estado derivada del art. 58, c. 8 del d.lgs. n. 50/2016.

CAPÍTULO IV

LA DIGITALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN GENERAL. DE LA COMUNICACIÓN EN PAPEL A LA COMUNICACIÓN ELECTRÓNICA

Al margen de los sistemas de compra y negociación electrónicos y de específicas herramientas diseñadas expresamente para su desarrollo en un contexto enteramente virtual, con el fin de realizar concretas operaciones, tales como la presentación de ofertas o la evaluación de las mismas, el proceso de digitalización de la contratación pública, especialmente a raíz de la Directiva 2004/18/CE, ha alcanzado al procedimiento ordinario de licitación, con especial intensidad en lo atinente a las comunicaciones entre las partes.

Ámbito de introducción de las TIC que no resulta casual, toda vez que las comunicaciones en el ámbito de la contratación pública constituyen el instrumento por medio del cual se garantiza el principio de competencia y de no discriminación, permitiendo al ente adjudicador proceder a la selección del contratante en el contexto de una ventajosa situación concurrencial en la que se maximice la oferta accesible⁴³⁴, de modo que el incumplimiento de las prescripciones normativas al respecto supondrá una violación de tal principio que debe acarrear la nulidad del procedimiento⁴³⁵, así como una limitación directa y contundente de la obtención del punto de equilibrio natural del mercado de la contratación pública, por la generación de restricciones, por el lado de la oferta. Precisamente por ello, el uso de estos canales deberá respetar, en todo caso, el principio de no discriminación mediante la utilización de TIC de uso generalizado, conllevando la obligación general de empleo de sistemas de comunicación electrónicos

⁴³⁴ En este sentido, véase el Considerando 52 de la Directiva 2014/24/UE.

⁴³⁵ LENOCI, M. C. Y OTROS, “Le procedure, tra tradizione ed innovazione”, cit., p. 709.

abiertos o de uso extendido, de modo que, en los casos excepcionales en los que ello no fuera posible, el recurso a dispositivos y/o programas electrónicos no abiertos y de uso no extendido, deberá ir acompañado de canales alternativos de acceso o bien, de la puesta a disposición por parte del ente adjudicador del acceso a dichos programas o dispositivos de manera gratuita.

A este respecto, los arts. 40 y 52 del d.lgs. n. 50/2016, en relación con el considerando 53 y art. 22 de la Directiva 2014/24/UE y el art. 1, c. 1, lett. i) y s) de la Legge delega n. 11/2016, prevén que, con carácter general, y a partir del 18 de octubre de 2018, todas las comunicaciones en el procedimiento de compra pública se lleven a cabo mediante la utilización de medios electrónicos⁴³⁶ de conformidad con lo dispuesto en el d.lgs. n. 82/2005⁴³⁷ excepto en el caso de las centrales de compra, para las cuales tal obligación será aplicable desde la entrada en vigor del d.lgs. n. 50/2016 en aplicación de lo dispuesto en el considerando 72 de la Directiva 2014/24/UE, así como en el caso de los sistemas de contratación específicamente electrónicos que hemos tenido ocasión de analizar en el capítulo precedente.

Tal disposición transitoria, contenida en el art. 40, c. 2, parece extender racionalmente su aplicación a lo dispuesto en el art. 52 del d.lgs. n. 50/2016, al tiempo

⁴³⁶ Es decir, se establece la necesidad de llevar a cabo comunicaciones electrónicas, las cuales podríamos definir como todo aquel intercambio de información entre demandante y oferentes del mercado de la contratación pública efectuado a través de un medio electrónico en el sentido en que es definido por el art. 3, c. 1, lett. pppp) del d.lgs. n. 50/2016. Esto es, a través de “*un mezzo che utilizza apparecchiature elettroniche di elaborazione, compresa la compressione numerica, e di archiviazione dei dati e che utilizza la diffusione, la trasmissione e la ricezione via filo, via radio, attraverso mezzi ottici o altri mezzi elettromagnetici*”, esto es, “un medio que utilice equipos electrónicos de tratamiento, incluida la compresión digital, y almacenamiento de datos y que se sirva de la difusión, el envío y la recepción por cable, por radio, por medios ópticos o por otros medios electromagnéticos”. Amplia definición que, como señala CARINGELLA, F. Y PROTTO, M., *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo. Commento organico al codice e alle linee guida ANAC alla luce del decreto correttivo del 19 aprile 2017*, n. 56, cit., art. 40, p. 215, incluye el teléfono, el correo electrónico, sea certificado o no, el fax y las plataformas digitales.

⁴³⁷ A pesar de la amplitud del término de medio electrónico analizado en la nota anterior, ésta debe entenderse fuertemente constreñida ante la remisión del propio art. 52 del d.lgs. n. 50/2016 al d.lgs. n. 82/2005 tal y como ya ocurrió en sede del art. 77 del d.lgs. n. 163/2006 y su correspondiente remisión al mismo *codice di amministrazione digitale*, toda vez que, en relación a este último, vino a establecer el CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE IV, *Sentenza n. 1716/2016, 3 maggio*, que: “*qualora ricorra l’ipotesi di una amministrazione pubblica tenuta ad operare nel rispetto delle disposizioni del Codice dell’amministrazione digitale, le comunicazioni stesse non possono che avvenire per il tramite di posta elettronica certificata*”, esto es, que “siempre que nos encontremos ante el caso de una administración pública obligada a operar en el respeto de las disposiciones del código de la administración digital, tales comunicaciones no podrán ser efectuadas por medio diverso al del correo electrónico certificado”, salvo la disposición de normativa especial al respecto. Regla general, por tanto, a favor de la comunicación a través del correo electrónico certificado que hemos de entender a día de hoy tal y como hemos podido analizar en el capítulo II referida al domicilio digital del administrado.

que viene a suponer una salvedad respecto de las obligaciones de comunicación electrónica entre Administración y administrado contenidas, con carácter general, en el d.lgs. n. 82/2005 respecto de las que nos hemos detenido en el capítulo II, debiendo entenderse que nos encontramos ante una aplicación prioritaria de lo establecido en el art. 40, c. 2 del d.lgs. n. 50/2016 por efecto del criterio de la especialidad, pero que en la práctica puede suponer que respecto de los entes adjudicadores que entren dentro del ámbito subjetivo de aplicación del d.lgs. n. 82/2005 no tenga una eficacia real en aquellos casos en los que su implantación suponga una regresión respecto de los sistemas de comunicación electrónica que se han ido implementando desde el año 2005, lo que supondría deshacer, en virtud de la norma especial, lo avanzado *ex norma general* previa y, consiguientemente, la virtual violación de los principios contenidos en las directivas europeas, así como en la legge delega n. 11/2016⁴³⁸.

Las únicas excepciones a tal regla general de utilización de comunicaciones electrónicas, en relación directa con lo dispuesto en el considerando 54 de la Directiva 2014/24/UE, se darían en relación a la presentación de ofertas en los siguientes casos⁴³⁹:

- Cuando los documentos que deban ser remitidos, por su especificidad o formato, no puedan ser transmitidos electrónicamente por medio de los medios de acceso general y/o abierto.

- Cuando los programas capaces de gestionar electrónicamente los documentos necesarios para describir la oferta utilicen formatos que no puedan ser gestionados mediante otros programas abiertos, estando protegidos por licencias de propiedad o que puedan ser facilitados por la administración en cuestión.

- Cuando la utilización de los medios electrónicos requiera necesariamente la obtención de equipamiento especial que no se encuentre habitualmente disponible para los poderes adjudicadores.

⁴³⁸ CARINGELLA, F. Y PROTTO, M., *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo. Commento organico al codice e alle linee guida ANAC alla luce del decreto correttivo del 19 aprile 2017*, n. 56, cit., art. 40, p. 217.

⁴³⁹ Justificación que ha de ser incluida en la *relazione unica* contenida en el art. 99 del d.lgs. n. 50/2016, debiendo suponer una motivación suficiente sobre los principios de proporcionalidad y seguridad tal y como señala MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., “El uso de medios electrónicos en la contratación pública. La relación entre las Leyes 39 y 40 de 2015 y las Directivas 24 y 55 de 2014 de contratación pública y facturación electrónica. Propuestas para su transposición”, cit., pp. 300 y 301.

- Cuando los documentos para la descripción de la oferta deban de ser presentados necesariamente a través de un modelo físico de imposible transmisión o equivalencia informática.

- Cuando por motivos de seguridad en la transmisión de las comunicaciones, se requiera la obtención de un nivel en la misma que no pueda ser garantizado a través del empleo de los medios electrónicos que generalmente están a disposición de los operadores económicos⁴⁴⁰.

- En relación a las comunicaciones en las que no se recoja expresamente el uso obligatorio de medios electrónicos cuando se trate de contratos de concesión.

Respecto de estas previsiones, el d.lgs. n. 163/2006 actuó a modo de antesala y de importante avance previo gracias a la regulación contenida en su artículo 77 en el que, recibiendo las disposiciones del art. 42 de la Directiva 2004/18/CE, si bien no se establecía directamente la obligatoriedad del empleo de medios electrónicos en la presentación de las ofertas y, por tanto, su preferencia respecto de los medios analógicos, sí se tendió a su equiparación⁴⁴¹, previéndose expresamente que, tras el cumplimiento del periodo transitorio de tres años desde la entrada en vigor de tal disposición incluida en el art. 253, c. 12 del mismo cuerpo legal, sería posible, a instancias del ente adjudicador, establecer la necesaria realización de las comunicaciones por medios telemáticos, en cuyo caso y a la luz del epígrafe 5 del mencionado art. 77, el sistema para el intercambio de la información debía ser el correo electrónico certificado. Periodo transitorio que no era de aplicación a la subasta electrónica ni a la contratación llevada a cabo mediante sistemas de licitación gestionados enteramente con medios telemáticos, tales como los analizados en los epígrafes anteriores.

⁴⁴⁰ Como señala MARTÍN DELGADO, I., “La difusión e intercambio de información contractual a través de medios electrónicos. Publicidad, notificaciones y comunicaciones electrónicas”, cit., p. 1942, deberá tenerse presente la posibilidad de emplear especialmente esta causa de excepción al uso de medios electrónicos, así como la referida a la ausencia de equipamiento especial como medio de encubrimiento de la simple falta de esfuerzo en la implantación de medios electrónicos que origine un “círculo vicioso” que derive en la ausencia de generalización de la práctica de comunicaciones electrónicas.

⁴⁴¹ CARINGELLA, F. Y PROTTO, M., *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo. Commento organico al codice e alle linee guida ANAC alla luce del decreto correttivo del 19 aprile 2017*, n. 56, cit., art. 52, pp. 270 y 271.

En todo caso, las comunicaciones electrónicas consistentes en la remisión de la oferta o solicitud de participación deberán cumplir con los requisitos técnicos del anexo XI del d.lgs. n. 50/2016 consistentes en⁴⁴²:

- Garantizar la autoría y procedencia del acto.
- Garantizar la certificación de la hora y la fecha de recepción de ésta.
- Garantizar de forma razonable que ningún sujeto haya tenido acceso al documento transmitido antes de la finalización de los plazos de transmisión establecidos.
- Que solo el personal autorizado pueda fijar o modificar las fechas de apertura de los datos recibidos.
- Que solo las personas autorizadas puedan tener acceso a la totalidad o parte de los datos transmitidos a lo largo de las diferentes fases del procedimiento de contratación.
- Que solo el personal autorizado pueda dar acceso a los datos transmitidos y solo tras la fecha de finalización de los plazos de presentación correspondientes.
- Que tales documentos permanezcan accesibles solo al personal autorizado.
- Que se establezcan dispositivos por los que se ponga de manifiesto y sea revelada cualquier violación de los requisitos de confidencialidad, secreto y prohibición de acceso anterior —trazabilidad—.

Por su parte, el epígrafe 5 del art. 52 del d.lgs. n. 50/2016 exige la garantía de integridad y de confidencialidad de las ofertas y de las solicitudes de participación, así como el secreto del contenido de las mismas hasta la finalización del plazo establecido para su presentación. Requisito de integridad que deriva directamente del principio de conservación documental y del correlativo derecho de acceso a los documentos del procedimiento por parte de los interesados contenido en el art. 53 del d.lgs. n. 50/2016, así como, con carácter general, en los arts. 22 y ss. de la Legge n. 240/1990. Relación entre la normativa general de *e-government* y la particular de *e-procurement* respecto de la que debe destacarse la preocupación de la doctrina relativa a que el código de

⁴⁴² Estos requisitos reducirán fuertemente el elenco de posibilidades contenido dentro del concepto de medio electrónico referido por el art. 3, c. 1, lett. pppp) del d.lgs. n. 50/2016, al que hacíamos referencia en la nota 436.

contratación pública solo lleva a cabo remisiones normativas respecto del CAD sobre la firma digital pero no en relación a las normas técnica de formación, gestión y conservación de los documentos electrónicos, lo que genera serias dudas acerca de si en materia de contratación deben ser aplicadas las disposiciones técnicas contenidas en el d.P.C.M. n. 78954/2014 y en el d.P.C.M. n. 73824/2013⁴⁴³.

En cualquier caso, los anteriores requisitos conducirán a la necesaria utilización de la firma electrónica en sus formas avanzadas ante la imposibilidad de que aquellos sean satisfechos mediante el empleo de sistemas de firma electrónica simple⁴⁴⁴. En virtud de ello, se estableció la previsión de que en la concreta comunicación de presentación de ofertas, ésta deba ir acompañada de firma digital —art. 77, c. 6, lett. b) del d.lgs. n. 163/2006—. No obstante, como ya hemos tenido ocasión de analizar en el capítulo II del presente trabajo, dicho nivel de firma electrónica, debido a la necesidad de adecuación a los mandatos de interoperabilidad establecidos por la Directiva 2014/24/UE, ha sido modificado en virtud del art. 52, c. 8 del d.lgs. n. 50/2016, el cual recoge los postulados más “radicales” de la normativa europea al permitir que sean los propios entes adjudicadores los que determinen el nivel de seguridad de las comunicaciones y, con ello, el nivel de firma electrónica exigido, determinación que deberán llevar a cabo de acuerdo con los riesgos existentes, con la salvedad de que, fuera el que fuere el nivel establecido, deberá aceptarse en cualquier caso la utilización por parte de los operadores económicos de niveles de firma electrónica avanzada basada en un certificado cualificado emitido por un prestador del servicio, registrado en el Registro de Prestadores de Confianza establecido en virtud de la decisión de la comisión 2009/767/CE, con independencia de la existencia o no de un dispositivo seguro de creación de firma. Por su parte, cuando se trate de una firma electrónica avanzada basada en un certificado cualificado, pero que no obre en una lista de confianza, se reconocerá inmediatamente la posibilidad de empleo de los formatos recogidos al hilo del d.lgs. n. 82/2005, así como la posibilidad de proceder a la convalidación de otros formatos de firma, para lo cual se deberá facilitar información, también accesible para los sujetos de lengua distinta a la italiana, con la posibilidad de hacerlo *on line* y de manera gratuita —art. 52, c. 8, lett. c) num. 1)—.

⁴⁴³ UNGARO, S., «Appalti, digitale sì ma non troppo: le zone d’ombra del nuovo codice», *Forum PA Digital* 360, 2016.

⁴⁴⁴ T.A.R. PUGLIA. BARI. SEZIONE I, *Sentenza n. 1019/2012, 24 maggio*. Se modula así, de forma coherente con lo que se sostiene en este trabajo, la aplicación del principio de instrumentalidad de la forma.

Finalmente, en cuanto a los documentos generados por la Administración pública, el d.lgs. n. 50/2016 se remite en el c. 9 del art. 52 a las prescripciones establecidas por el d.lgs. n. 82/2005.

A la vista de lo anterior, la introducción de las TIC viene a aportar a las comunicaciones llevadas a cabo en el seno del procedimiento de contratación una serie de características que, junto a la desmaterialización y desterritorialización, permiten fijar como objetivos la mayor trazabilidad y transparencia del procedimiento, la simplificación de la acción del poder adjudicador, su mayor eficacia y la apertura de una vía de funcionamiento que facilite el acceso a la pequeña y mediana empresa⁴⁴⁵. De hecho, dado lo anterior, ya durante la vigencia del d.lgs. n. 163/2006, el empleo de medios electrónicos en la realización de las comunicaciones fue vislumbrado por el *Consiglio di Stato* como un instrumento garante de la transparencia y de la trazabilidad de las ofertas remitidas por los operadores económicos, hasta tal punto que se hacía extensible a todos los procedimientos en los que se utilizara este tipo de comunicación la posibilidad de que la sesión para la apertura de las ofertas se realizara de manera reservada. Posibilidad, en principio, reservada en sede de subasta electrónica⁴⁴⁶, excepcionando de este modo, con carácter general, la regla establecida previamente por el propio *Consiglio di Stato*, en virtud de la cual, en aras a dar cumplimiento al principio de transparencia que ha de regir todo procedimiento de licitación, la operación de apertura de los sobres de oferta debía llevarse a cabo mediante sesión pública⁴⁴⁷.

Decisión jurisprudencial que, en su día, fue aceptada de buen grado por parte de la doctrina, toda vez que, como señala LENOCI, el control de la actividad del poder adjudicador no se agota con la verificación de la integridad de la documentación producida por aquella, sino que requiere la verificación de que todas las actividades han sido llevadas a cabo bajo los parámetros de imparcialidad e igualdad de trato de todos los operadores económicos, lo cual solo podrá asegurarse con la presencia de estos

⁴⁴⁵ CARINGELLA, F. Y PROTTO, M., *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo. Commento organico al codice e alle linee guida ANAC alla luce del decreto correttivo del 19 aprile 2017*, n. 56, cit., art. 40, p. 215 y art. 52, p. 272.

⁴⁴⁶ CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE V, *Sentenza n. 6018/2014*, 5 dicembre; *Sentenza n. 6017/2014*, 5 dicembre; CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE III, *Sentenza n. 4990/2016*, 25 novembre; CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE V, *Sentenza n. 4050/2016*, 3 ottobre.

⁴⁴⁷ CONSIGLIO DI STATO. ADUNANZA PLENARIA, *Decisione n. 31/2012*; *Decisione n. 13/2011*.

durante la realización de las operaciones de licitación⁴⁴⁸. Mismos argumentos que han de llevarnos a considerar un error la nueva línea establecida por el *Consiglio di Stato* consistente en hacer extensiva la excepción concreta de la subasta electrónica a todos los procedimientos con presentación telemática de ofertas —la totalidad con la entrada en vigor del d.lgs. n. 50/2016—, toda vez que ello lleva a desconocer los concretos motivos de la regla especial, esto es, la existencia de una fase posterior a la clasificación inicial de las ofertas en las que los operadores económicos podrán presentar nuevas pujas que serán evaluadas automáticamente por el sistema, característica justificativa de la excepción relativa a las subastas electrónicas, con el fin de evitar actuaciones de colusión, que es inexistente en el resto de procedimientos telemáticos.

Es por ello, por lo que se concluye que la limitación de las disposiciones generales de transparencia relativas a la publicidad de las sesiones de la licitación no deben de derivar automáticamente de la utilización de medios electrónicos y de sus efectos de trazabilidad y transparencia, sino tan solo en aquellos casos en los que el buen funcionamiento de tales medios requiera modular dicha publicidad, al tiempo que permita suplir sus efectos mediante su completa, y no parcial, inclusión en el funcionamiento del procedimiento de contratación, como lo sería en este caso la necesaria valoración automática de las ofertas en aras a señalar al adjudicatario final, so pena de que todos los procedimientos de compra pública, en los que ahora resulta necesario el envío de las ofertas de manera telemática, reciban el mismo tratamiento que la subasta pública cuando sus circunstancias y aplicación de las TIC es marcadamente distinta⁴⁴⁹. En definitiva, se trata de un posicionamiento jurisprudencial que nos conduce a una regulación lineal del fenómeno de la contratación pública electrónica desconocedora de sus particulares y de su realidad, que avoca no solo a la reducción de los impactos positivos de la implementación de las TIC —como podría ser la retransmisión mediante medios electrónicos de las sesiones de apertura de sobres—, sino a una involución respecto de la Administración analógica.

Sea como fuere, la digitalización de las comunicaciones, unida a la exigencia de que se dé acceso gratuito a toda la documentación de la licitación por medio de canales electrónicos, genera una virtualización generalizada de los documentos de la misma que

⁴⁴⁸ LENOCI, M. C., «La simbiosi tra aste elettroniche e procedure telematiche», *Urbanistica e appalti*, vol. 3, 2015, p. 299, en relación con CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE IV, *Sentenza n. 1380/2013, 6 marzo*.

⁴⁴⁹ LENOCI, M. C., “La simbiosi tra aste elettroniche e procedure telematiche”, cit., p. 304.

ha sido aprovechada en sede del art. 53, c. 1 segundo periodo del d.lgs. n. 50/2016, por el que se prevé expresamente que el acceso a la documentación se pueda llevar a cabo mediante el acceso al archivo electrónico de los documentos del expediente en cuestión tal y como ya se había previsto desde la entrada en vigor del art. 294 del d.P.R. n. 207/2010. Derecho de acceso potenciado por la generalización de la preceptividad del empleo de las TIC en el modo analizado que, en aras a la salvaguarda del procedimiento y de los principios básicos que lo fundamentan, tendrá carácter diferido en determinadas circunstancias planteadas por el art. 53, c. 2 del d.lgs. n. 50/2016, fundamentalmente tendentes a evitar el conocimiento de la identidad del resto de licitadores hasta la finalización del periodo de presentación de las ofertas, así como a restringir el acceso al detalle del resto de ofertas hasta que se efectúe la adjudicación con la finalidad de evitar actuaciones de colusión entre los operadores económicos.

Por su parte, el nuevo régimen de medios de comunicación establecido por el d.lgs. n. 50/2016, en trasposición de la Directiva 2014/24/UE, prevé que, junto al empleo de los medios de comunicación telemáticos, se permita la utilización de comunicaciones orales “suficientemente documentadas”⁴⁵⁰ siempre que no versen sobre elementos esenciales del procedimiento de contratación, entendiéndose como tales los documentos de licitación, la solicitud de participación, la confirmación de interés y las ofertas. Tal decisión de empleo complementario de comunicaciones orales ha hecho surgir dudas en la doctrina, por cuanto puede minar la transparencia del procedimiento⁴⁵¹, pero que, en nuestra opinión, consideramos que responde al principio de simplificación del procedimiento de manera correcta toda vez que, siendo restringida respecto de aquellos elementos clave del procedimiento de compra pública, se permite en el resto de procedimientos de trámite, salvaguardando la transparencia mediante la previsión del correspondiente “acta” que deje constancia de las comunicaciones en forma oral.

En cualquier caso, en la digitalización de las comunicaciones de los procedimientos de licitación destaca la de los anuncios relativos al procedimiento de licitación, donde, siguiendo a SIMONE, podemos distinguir tres niveles en las

⁴⁵⁰ Documentación de las interacciones entre ente adjudicador-administración pública y operador económico que ya estaban previstas en el d.lgs. n. 165/2001 en relación con el art. 9, c. 2 del d.P.R. n. 62/2013.

⁴⁵¹ SAVINO, A., «Modalità comuni alle procedure di affidamento (artt. 49-53)», en CORRADINO, M. y DAMIANI, S.S. (coords.) *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, Giuffrè Editore, Varese, 2017, p. 200.

comunicaciones principales llevadas a cabo por los poderes adjudicadores en relación a los procedimientos de compra⁴⁵²: – Un nivel de *preinformación* o *información anticipada*, por el cual se comunica a los operadores económicos sobre las intenciones relativas a la futura incoación de procedimientos de licitación. – Un segundo nivel de información que podríamos denominar de *información inicial*, coetáneo al inicio del concreto procedimiento de contratación y destinado a poner en conocimiento la apertura del mismo a fin de favorecer la concurrencia de los operadores económicos – Y, en tercer lugar, un nivel de información *a posteriori*, tendente a comunicar el desarrollo y culminación del procedimiento de contratación con el fin de permitir el control *ex post* del respeto a la legalidad durante su tramitación. Comunicaciones que, sin perjuicio de la centralidad del concepto de documento informático, el cual permitirá el desarrollo telemático del procedimiento de contratación, pondrán de manifiesto la trascendental importancia del adecuado tratamiento, regulación y transmisión de la llamada “información digital”⁴⁵³ para el buen desenvolvimiento del procedimiento de contratación pública incluso en su modalidad ordinaria.

1. LA DIGITALIZACIÓN DE LOS ANUNCIOS RELATIVOS AL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN EN EL NIVEL DE PREINFORMACIÓN: EL ANUNCIO DE INFORMACIÓN PREVIO Y LOS PROGRAMAS PLURIANUALES DE COMPRA PÚBLICA

Las comunicaciones relativas a los procedimientos de compra efectuadas en el nivel de preinformación se encuadran dentro de las actuaciones de preparación de la contratación pública, esto es, en una fase del procedimiento de contratación previa a la confección definitiva de los pliegos de contratación y de su puesta en conocimiento respecto de terceros con la finalidad de incoar el procedimiento de licitación en sentido estricto⁴⁵⁴. Durante esta fase, se producirá la evaluación de las necesidades y

⁴⁵² SIMONE, H., «Bandi, avvisi e misure di pubblicità», en SAITTA, F. (coord.) *Appalti e contratti pubblici. Commentario sistematico*, Wolters Kluwer; CEDAM, Milanofiori Assago, 2016, p. 924

⁴⁵³ TESSARO, T. Y PIOVESAN, S., *La riforma Madia del procedimento amministrativo. La legge 241/90 dopo la legge 124/2015*, cit., p. 126.

⁴⁵⁴ Siguiendo lo establecido por SCOCA, S. S., *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, cit., p. 94, nota (134) y la profusa doctrina por él citada, no podría afirmarse que estemos ante una fase previa al inicio del procedimiento de contratación, sino ante la fase de “*deliberazione di contrarre*” consistente en “*un vero e proprio atto amministrativo recante la fissazione della norma alla quale dovrà attenersi nonché la giustificazione del promovimento del procedimento*”, esto es: “un acto

disponibilidades económicas por parte del ente adjudicador, las cuales justificarán, posteriormente, la incoación del procedimiento de compra pública, así como los términos técnicos y económicos que figuren en los pliegos. Por tanto, aquella viene a englobar una serie de actuaciones previas indispensables para la obtención de una actuación racional del ente adjudicador, tendente al correcto funcionamiento y eficacia de los procedimientos de compra pública⁴⁵⁵.

En consecuencia, con estas actuaciones el ente adjudicador procederá o deberá proceder a la construcción de las curvas de ingreso público marginal, coste público marginal y a una previsión de la curva de oferta a la que se enfrentará en relación a cada uno de los tipos de productos u obras existentes en el mercado respecto de los que haya detectado cierta necesidad en cuanto a su utilización o disposición. Actuaciones de cuyo éxito dependerán, en buena medida, los parámetros trazados en los pliegos de contratación, por ende, el punto de equilibrio que se alcanzará en el mercado de la contratación pública y, consecuentemente, la potencial eficiencia del procedimiento. Tales extremos vienen a explicar la correlación puesta de manifiesto por la AVCP entre la fase de proyectación del contrato y las carencias detectadas durante la ejecución del mismo⁴⁵⁶, así como la aparición en el d.lgs. n. 50/2016 de una fuerte regulación de esta fase previa en sus arts. 21 a 27 y el reconocimiento expreso en su art. 32 c. 2 de una verdadera y preceptiva actividad administrativa a estos efectos.

No obstante, a pesar de su referida trascendencia en el posterior desenvolvimiento de la licitación, se trata de una fase del procedimiento de compra que tradicionalmente ha limitado sus efectos jurídicos *“nell’ambito della struttura burocratica dell’ente, senza che la stessa possa determinare effetti di qualsiasi genere*

administrativo adecuado que establezca la norma correcta a la que deberá atenerse, así como la justificación para la incoación del procedimiento”.

⁴⁵⁵ SCIANCALEPORE, V. D., «Pianificazione, programmazione e progettazione», en CORRADINO, M. y DAMIANI, S.S. (coords.) *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, Giuffrè Editore, Varese, 2017, p. 44.

⁴⁵⁶ AVCP, documento di consultazione, “Servizi e forniture: programmazione, progettazione ed esecuzione del contratto” en el que se viene a expresar la falta de planificación previa como origen de efectos indeseados *“quali la frammentazione degli affidamenti, il frequente ricorso a proroghe contrattuali illegittime, l’avvio di procedure negoziate senza bando motivate dalla mera urgenza di provvedere, l’imprecisa definizione dell’oggetto del contratto con riguardo alle specifiche tecniche e/o alle quantità, la perdita di controllo della spesa”*, esto es, “tales como la fragmentación de las adjudicaciones, el recurso frecuente a prórrogas contractuales ilegítimas, el inicio de procedimientos negociados sin publicidad motivados exclusivamente por la urgencia de la provisión correspondiente, la definición inexacta del objeto del contrato con respecto a las especificaciones técnicas y/o las cantidades, la pérdida del control del gasto”.

*al di fuori della struttura medesima*⁴⁵⁷, esto es: “dentro del ámbito de la estructura burocrática del ente contratante, sin que la misma pueda suponer efectos de ningún género fuera de dicha estructura”. Hecho que, como veremos, la nueva regulación de las comunicaciones relativas a este nivel de preinformación ha modificado, fundamentalmente, a través de las programaciones plurianuales de contratos públicos, por las cuales se viene a exigir una realización de una transparente y rigurosa determinación de contratar.

Por todo ello, como pasamos a analizar en detalle, el hecho de exigir la transparencia de las operaciones efectuadas, o que deberían serlo durante esta primera fase que podríamos determinar como estructuralmente interna del ente adjudicador, mediante la publicación obligatoria de las contrataciones futuras que desean ser efectuadas con una determinada anticipación, unido ello a la existencia de mandatos imperativos relativos a su formulación que conectan con su posterior ejecución, supondrá instituir, realmente, una obligación de cumplir fielmente con las actuaciones propias y esperables de dicha fase inicial en el ámbito de unos agentes económicos como son los entes adjudicadores en los que la disociación analizada en el capítulo I del presente trabajo entre los responsables de la contratación y los “accionistas” proveedores de los fondos y beneficiarios de los resultados de la misma, puede conducir a que no se realicen con el debido rigor —o, directamente, no se realicen— las actividades de planificación y preparación de los procedimientos de contratación, al tiempo que permite el establecimiento de un importante foco sobre una fase en la que se desarrollará, inevitable y naturalmente, buena parte de la actividad discrecional del ente adjudicador, permitiendo su “monitorización”⁴⁵⁸.

1.1.- PROGRAMACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE COMPRA PÚBLICA

El principal tipo de las comunicaciones de “información digital” previstas en la normativa italiana durante la fase de preinformación lo encontramos regulado en el art. 21 del d.lgs. n. 50/2016, por el que se viene a establecer la *necesaria* realización por parte de las administraciones contratantes —ámbito de los entes adjudicadores al que se circunscriben las previsiones objeto de análisis— de un *programa bienal de adquisición de bienes y servicios* que alcancen o sobrepasen los 40.000 euros y de *otro de carácter*

⁴⁵⁷ MELE, E., *I contratti delle Pubbliche Amministrazioni*, cit., pp. 42 y 43.

⁴⁵⁸ CLARICH, M., “Contratti Pubblici e concorrenza”, cit., p. 301.

trienal para la adquisición de obras que alcancen o sobrepasen los 100.000 euros⁴⁵⁹, así como las obras complejas que probablemente se lleven a cabo mediante contratos de concesión o de colaboración público privada, debiendo procederse, respecto de ambas planificaciones, a su actualización anual.

Ambos tipos de planificación vendrán a exigir a los entes adjudicadores la elaboración de una estrategia de aprovisionamiento con ciertos efectos cogentes⁴⁶⁰, al tiempo que se instituyen sendos tipos de comunicaciones de nivel de preinformación tendentes a la externalización de aquella en una estrecha relación con la implementación de soluciones de contratación pública electrónica y la generación de “información digital”, dado que tanto el programa bienal de bienes y servicios como el trienal de obras públicas y sus actualizaciones anuales deben de ser publicados en el perfil del contratante, en la web del Ministerio de Infraestructuras y transportes, y en el Observatorio de la contratación pública⁴⁶¹ —art. 21, c. 7 del d.lgs. n. 50/2016—, con el formato de *open data*, tal y como viene a determinar expresamente en relación a la programación trienal de obras públicas el art. 5, c. 5 del *Decreto n. 14/2018, 16 gennaio, del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti*, sin perjuicio de que también deba adoptarse dicho formato para las programaciones bienales por aplicación de la normativa general, tal y como tendremos ocasión de analizar más adelante. Transformación de esta preinformación en información digital que presenta, a primera vista, una importante carencia ante la previsión de que las programaciones sean publicadas solo en la plataforma del *Osservatorio* o en el apartado de “Administración transparente” de la futura plataforma general de la ANAC —art. 29, c. 2 del d.lgs. n. 50/2016— y no en el apartado de información operativa de esta plataforma central, a

⁴⁵⁹ Como señala la CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza n. 485/1995, 10 novembre*, la exigencia de la programación de las obras públicas consiste en la determinación de las obras que pueden ser efectiva y completamente realizadas sobre la base de las disposiciones financieras y de las prioridades existentes derivadas de la valoración de sus coste-beneficio, lo que podemos enlazar con la definición de programación establecida por GIANNINI, M. S., *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1977, p. 292 como “*l'averne un disegno ordinato di condotte composte proiettate in un futuro di durata*”, esto es: “la obtención de un diseño ordenado de actuaciones proyectadas en un futuro duradero”.

⁴⁶⁰ CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE IV, *Sentenza n. 651/2016, 18 febbraio*.

⁴⁶¹ Tal y como estableció el Comunicado del Presidente de la ANAC, de 26 de octubre de 2016: “*nelle more dell'adeguamento definitivo dei sistemi informatici dell'Autorità, le amministrazioni aggiudicatrici devono adempiere agli obblighi previsti dall'art. 21, comma 7, del Codice mediante la pubblicazione dei programmi sul proprio profilo di committente e sul sito del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti*”, esto es, “a la espera de la adecuación definitiva de los sistemas informáticos de la Autoridad, las administraciones públicas cumplirán las obligaciones previstas en el art. 21, párrafo 7, del Código publicando los programas en el propio perfil del comprador y en el portal web del Ministerio de Infraestructuras y Transportes”.

pesar de que nos encontramos ante una información no solo destinada al control general y difuso de la ciudadanía respecto de la actuación de las Administraciones Públicas, sino también ante una información o preinformación sobre los procedimientos de contratación pública que presentará un muy concreto interés directo en el ámbito de los potenciales operadores económicos que participarán en las futuras licitaciones.

Estas programaciones deberán confeccionarse “*nel rispetto dei documenti programmatici e in coerenza con il bilancio*”, esto es, “en el respeto de los documentos de programación y en coherencia con el presupuesto” —art. 21, c. 1 del d.lgs. n. 50/2016— lo que entendemos que supone un planteamiento más acertado que el sostenido por el d.lgs. n. 163/2006⁴⁶², el cual preveía su realización de manera conjunta a los presupuestos del ente adjudicador, toda vez que permitirá el desarrollo de aquella a la vista de los recursos disponibles para el respaldo de las actuaciones de aprovisionamiento en los mercados de compra pública.

Además, dicha regulación viene a suponer una importante novedad normativa respecto del art. 128 del d.lgs. n. 163/2006 en el que se limitaban sus previsiones al programa trienal de obras públicas⁴⁶³. No obstante, no podemos concluir que el art. 21 del d.lgs. n. 50/2016 suponga la introducción *ex novo* del programa bienal de compra de bienes y servicios, sino, en todo caso, un endurecimiento de su regulación. En efecto, este programa bienal ya era previsto en el art. 271, c. 1 del d.P.R. n. 207/2010⁴⁶⁴ con carácter facultativo⁴⁶⁵ y periodicidad anual, tras lo cual se daría un paso hacia la regulación actual mediante la *Legge* n. 208/2015⁴⁶⁶ la cual, en el c. 505 de su art. 1 vino a adelantar la preceptividad de tal programación bianual a los contratos de bienes y servicios de más de un millón de euros.

⁴⁶² *Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.*

⁴⁶³ D.lgs. n. 163/2006 que supuso en su día un importante avance respecto de las preocupaciones respecto de la fase de programación, normada positivamente por primera vez por el legislador *ex art.* 14 de la *Legge* n. 109/1994 y su desarrollo contenido en los arts. 11 a 14 de su reglamento de desarrollo el d.P.R. n. 554/1999.

⁴⁶⁴ *Decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207. Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.*

⁴⁶⁵ No obstante, como determina la ANAC, *Determinazione n. 5/2013, 6 novembre: Linee guida su programmazione, progettazione ed esecuzione del contratto nei servizi e nelle forniture*, cit.: “una vez adoptada la programación anual, los servicios y los suministros no recogidos en aquella o no incluidos en las excepciones del epígrafe 5, segundo periodo, no pueden recibir financiación alguna por parte de las administraciones públicas”

⁴⁶⁶ *Legge 28 dicembre 2015, n. 208. Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato. Legge di stabilità 2016.*

A) Contenido de la programación de la contratación pública

Las programaciones de contratos de obras y de contratos de bienes y servicios deberán contener la previsión de todos y cada uno de estos contratos que se pretendan llevar a cabo, siendo ya detallado el contenido de ambos en el Decreto del *Ministero delle Infrastrutture* n. 77323/2014 y, previamente, en el Decreto n. 59082/2011, a lo que se unieron las determinaciones de la AVCP por las que se procedió a precisar que su contenido debía versar sobre los siguientes extremos⁴⁶⁷:

- Un análisis de las exigencias a satisfacer con la contratación pública en el que se tengan en cuenta experiencias anteriores, tanto propias como de otras Administraciones Públicas.

- Una cualificación del objeto del contrato, el importe máximo y la información relativa a su financiación.

- Una valoración de las alternativas de contratación y de procedimiento posibles a la hora de identificar las soluciones más eficientes para la satisfacción de las necesidades, sobre la realización del procedimiento de forma individual o a través de uno de los instrumentos de centralización.

Actualmente, el contenido de las programaciones se halla regulado por las disposiciones del *Decreto n. 14/2018*⁴⁶⁸. En concreto, su artículo 6, c. 2, en relación con su Anexo II, viene a exigir que las programaciones anuales de bienes y servicios incluyan los siguientes dos extremos: (i) la identificación de los recursos necesarios para la realización de las compras previstas en el programa, desglosadas por anualidad y fuente de financiación; y (ii) la identificación de cada una de las compras programadas. Dicha identificación se debe ajustar al *Codice Unico di Intervento* —CUI— asignado en función de su primera inserción en el programa —art. 2, c. 1, lett. d) del decreto en

⁴⁶⁷ AVCP, *Determinazione n. 5 del 6 novembre 2013. Linee guida su programmazione, progettazione ed esecuzione del contratto nei servizi e nelle forniture.*

⁴⁶⁸ Respecto del referido decreto, huelga decir que entra en vigor a partir de la conformación de las programaciones triales de obras públicas correspondientes al periodo 2019-2021 y a las programaciones bienales de bienes y servicios correspondientes al periodo 2019-2020 tal y como señala su propio art. 9. Por otro lado, en cuanto a su ámbito de aplicación hay que destacar que como expresa el CONSIGLIO DI STATO. COMMISSIONE SPECIALE DEL 9 GENNAIO 2017, *Adunanza n. 351/2017, 13 febbraio*, punto 8, en atención a la llamada y autorización llevada a cabo por el propio d.lgs. n. 50/2016 en la redacción original del c. 8 de su art. 21, nos encontramos ante un reglamento de desarrollo que adquirirá el mismo ámbito de aplicación que la norma desarrollada. Dicho decreto viene a derogar y sustituir el desarrollo efectuado en materia de programación de obras públicas llevado a cabo por el *Decreto del Ministero delle Infrastrutture n. 77323/2014 de 24 de octubre.*

cuestión—, el *Codice Unico di Progetto* —CUP— establecido por el art. 11 de la Legge n. 3/2003 para la identificación de cada proyecto de inversión pública, el *codice fiscale* de la Administración contratante, la región o regiones en las que se llevará a cabo la ejecución de la compra, el código CPV, descripción mediante texto de la compra y finalmente, si se trata de un suministro o un servicio.

A dichos elementos de identificación-clasificación se deberá añadir información adicional sobre (i) la primera anualidad en la que el proyecto de compra programado haya sido introducido; (ii) la anualidad en la que se pretende dar inicio a la contratación; (iii) si se trata o no de una compra integrada dentro del importe de otros procedimientos de contratación en su correspondiente programación bianual o trienal, así como el CUI del mismo, si se trata de un lote funcional según la definición contenida en el art. 3, c. 1, lett. qq) del d.lgs. n. 50/2016; (iv) su nivel de prioridad; (v) el responsable del procedimiento —RUP—; (vi) la duración del contrato; (vii) si se trata de una nueva partida relativa a un contrato en activo; (viii) el desglose de la estimación del gasto en cada uno de los dos años y, en su caso, en años sucesivos, así como su importe total y la aportación, si la hay, de capitales privados; y (ix) la identificación, en su caso, de la central de compras o sujeto agregador al que se recurrirá para la realización de la correspondiente licitación, así como se si se trata de un elemento introducido *ex* variación de la programación por causa normativamente prevista.

En cuanto al contenido de la programación trienal de obras —art. 3, c. 2 del decreto—, ésta deberá individualizar las obras que se iniciarán en la siguiente anualidad, indicando los medios financieros con los que se cubrirá su realización especificados por anualidad y fuentes de financiación. En el caso de las obras de importe superior al millón de euros se aprobará además, de manera anticipada, el proyecto de factibilidad técnica y económica.

Las obras programadas serán identificadas por el código CUI, por el CUP y por el código interno utilizado por el ente adjudicador. Igualmente, se emplearán los códigos ISTAT y NUTS. Con ello se conseguirá codificar la información de las obras programadas relativa al lugar de ejecución de la obra, tipología y sector y subsector de la obra, a lo que se unirá una descripción mediante texto de la obra. Si bien, es más que destacable, en este punto, el negativo hecho de que se haya decidido prescindir de la identificación mediante código CPV de las obras programadas al contrario de lo previsto en relación a las programaciones bianuales de bienes y servicios.

Adicionalmente, para cada una de las obras se ha de incluir información sobre (i) la anualidad en la que se prevé el inicio del procedimiento de licitación correspondiente; (ii) el responsable del procedimiento —RUP—; (iii) si constituirá o no un lote funcional; (iv) si se trata o no de una obra compleja a la vista de la definición contenida en el art. 3, c. 1, lett. oo) del d.lgs. n. 50/2016; (v) el nivel de prioridad de la obra; (vi) el importe total estimado de gasto, así como el desglose del mismo por cada uno de los tres primeros años y sucesivos; (vii) la aportación de capitales privados; (viii) el vencimiento de los capitales obtenidos mediante financiación externa para la realización de la obra; (ix) el valor de los bienes inmuebles disponibles por parte del ente adjudicador que hayan sido transferidos para la realización del objeto de la obra; (x) y si la obra en cuestión responde a una modificación sobrevenida de la programación.

Indicado lo anterior, para cada una de las concretas intervenciones contenidas en las actuaciones de obra programadas se especificará su finalidad⁴⁶⁹; si existe o no conformidad urbanística; si se ha llevado a cabo la verificación de las obligaciones ambientales; el nivel en el que se encuentre su proyectación; y la identificación de la central de compras en la que en su caso se vaya a confiar su licitación —*Schede D y E del Anexo I del decreto*—.

Con carácter innovador, el c. 2 del art. 21 del d.lgs. n. 50/2016 establece la obligación de reconocer en sede de los planes de programación trienales las obras que por cualquier motivo, una vez iniciadas, hayan quedado incompletas, expresión ésta, en última instancia, de “un uso poco eficiente de los recursos públicos, así como de la imposibilidad de satisfacer la necesidad de la colectividad a la cual estaba destinada”⁴⁷⁰. Debiendo valorarse respecto de tales obras incompletas si, según las circunstancias de cada caso, existen las condiciones para su culminación, o bien, la posibilidad de su reutilización y destino a uso alternativo, de su cesión como medio de pago para la realización de otra obra pública, de su venta, o, finalmente, tan solo de su demolición. Extremo que ha sido desarrollado en sede del art. 4 y en el Anexo I, *Scheda B del decreto n. 14/2018*.

⁴⁶⁹ Finalidad clasificable en adecuación normativa, calidad ambiental, realización de obra incompleta, conservación de patrimonio, mejora o incremento de servicios, calidad urbana, revalorización de bienes vinculados, demolición de obra incompleta o demolición de obra preexistente cuyo uso ha sido abandonado.

⁴⁷⁰ CONSIGLIO DI STATO. COMMISSIONE SPECIALE DEL 9 GENNAIO 2017, *Adunanza n. 351/2017, 13 febbraio*, cit.

Por otro lado, deberán de relacionarse los bienes inmuebles disponibles que pueden ser objeto de cesión, los que presenten un derecho de uso que haya sido cedido con carácter instrumental y conexión técnica respecto de trabajos asignados por concesión —art. 21, c. 5 del d.lgs. n. 50/2016—, así como aquellos que se encuentren disponibles por inexistencia de interés público tras completar una obra pública, resultado representativo de la actuación irreflexiva y poco planificada de las Administraciones Públicas en materia de contratación pública —art. 3, c. 2 en relación al Anexo I, *Scheda C* del decreto n. 14/2018—.

Finalmente, tanto en el caso de la programación trienal de obras públicas, como en la programación bienal de bienes y servicios deberá informarse acerca de los procedimientos de compra de bienes y servicios y de las obras que hubieran sido anteriormente programados y que no sean reproducidos en programas sucesivos sin que se haya llevado a cabo el correspondiente procedimiento de licitación, debiendo especificarse el motivo de ello —art. 7, c. 3 y Anexo I, *Scheda F* del decreto n. 14/2018—.

En el caso de que no se tenga intención de proceder a la realización de ninguna obra pública o compra de bienes y servicios, tal y como establece el art. 5, c. 8 y el art. 7, c. 4 del decreto n. 14/2018, ello deberá ponerse de manifiesto en el apartado de “Administración Transparente” en la sede electrónica, así como en los portales electrónicos normalmente habilitados para la publicación de las programaciones efectuadas.

B) Modificaciones ulteriores de la programación y posibles excepciones a la misma

La programación tanto de adquisición de bienes y servicios, como de obras, presenta un sistema de flexibilización de su carácter preceptivo ante determinados supuestos.

El primero de tales instrumentos, recogido en los arts. 5.6 y 7.6 del decreto n. 14/2018, consiste en la posibilidad de actualización o reformulación de la programación en cuestión dentro de los noventa días siguientes desde la entrada en vigor de la *legge di bilancio* —equivalente a la Ley de Presupuestos Generales del Estado— para el caso de los entes estatales y desde la aprobación del correspondiente presupuesto o documento análogo en el resto de entes adjudicadores.

El segundo de dichos sistemas de flexibilización vendrá constituido por la posibilidad de proceder a la modificación de la programación a lo largo del año corriente, siempre y cuando el objetivo de la modificación se realice a fin de —arts. 5.9 y 7.8 del decreto n. 14/2018—⁴⁷¹:

- Cancelar una o más obras o compras de bienes y servicios ya previstas en el listado anual.

- Agregar una o más obras o compras de bienes y servicios como producto de un acto administrativo adoptado a nivel estatal o regional.

- Agregar una o más obras o compras por el incremento sobrevenido de las disponibilidades financieras del ente adjudicador no previsible al momento de elaboración de la programación, incluidos aquellos incrementos que se produzcan por rebajas en los precios de adquisición previstos en los procedimientos de licitación previamente ejecutados.

- Anticipar la realización de obras o compras programadas para anualidades posteriores.

- Modificar el cuadro económico de financiación incluido en la programación, al detectarse la necesidad de recursos adicionales.

Finalmente, los arts. 5.11 y 7.9 del decreto permiten que se lleven a cabo con total libertad y con independencia de la programación aquellas obras cuya necesidad derive del acaecimiento de eventos imprevisibles o catastróficos o por el establecimiento sobrevenido de disposiciones legales o reglamentarias.

⁴⁷¹ Tal disposición viene a restringir la libre modificación de la programación permitida por el *Decreto del Ministero delle Infrastrutture n. 77323/2014 de 24 de octubre*, lo que obligará a la matización de la jurisprudencia anterior recogida, entre otras, en T.A.R. SICILIA. CATANIA. SEZIONE I, *Sentenza n. 1625/2016, 16 giugno*, por la que se establece que podrá procederse a su variación sin necesidad de motivación particular alguna. En efecto, la regulación del nuevo decreto de 2018 sí obligará a la motivación para la inclusión sobrevenida en la programación y listado anual de obras —o bienes y suministros en el caso de la programación bianual— de modo que se justifique su inclusión dentro de alguna de las causas habilitantes. No obstante, la cancelación de obras programadas, dada la amplitud con la que se contempla su posibilidad dentro del decreto y la inexistencia de un deber de motivación expresamente contemplado, como en el caso del art. 5.7 del decreto, podría mantener la solución jurídica dada por la referida Sentencia, así como en lo referente a las actualizaciones de la programación que se lleven a cabo.

C) Prescripciones estatales sobre la priorización de los procedimientos de compra pública en la actividad de programación

Al margen de las excepciones que puedan suponer los tres instrumentos de flexibilidad otorgados en sede de planificación de la contratación pública, tanto en relación a la programación trienal de obras públicas como a la programación bienal de bienes y servicios, deberá respetarse el orden de prioridad contenido en el mismo el cual podrá quedar fijado en tres categorías: mínima, media y máxima⁴⁷².

A este respecto, el decreto n. 14/2018 viene a establecer que, en todo caso, vendrán determinados como prioritarios (i) los contratos derivados de eventos catastróficos; (ii) el aprovisionamiento de bienes y servicios relativos a necesidades primarias; (iii) la finalización de obras incompletas; (iv) la realización de obras de mantenimiento; (v) la recuperación del patrimonio existente; (vi) la realización de obras con proyectos definitivos o ejecutivos ya aprobados; (vii) la realización de obras o adquisición de bienes y servicios cofinanciadas con fondos europeos, así como aquellos casos en los que sea posible la realización de la obra o la adquisición del bien o servicio con posibilidad de financiación mayoritaria mediante capitales privados; (viii) y la realización de pedidos complementarios para completar compras de bienes y servicios incompletas —arts. 3. c. 11 y 6, c. 10 del decreto n. 14/2018—. Por su parte, los procedimientos de compra pública cuya necesidad venga motivada por el acaecimiento de actos administrativos adoptados a nivel estatal o regional podrán, a elección de la Administración contratante, ser previstos con cualquier nivel de prioridad, incluidos los referidos niveles superiores —art. 3, c. 13 y art. 6, c. 11—.

Dentro de tales casos prioritarios —“*nell’ambito dell’ordine di priorità di cui al comma 11[...]*”, esto es: “en el ámbito del orden de prioridad referido en el epígrafe 11”— deberán ser de un grado de prioridad mayor a los anteriores la terminación de obras incompletas y de un grado aún mayor la relativa a la realización de obras cuya necesidad derive de catástrofes naturales —art. 3, c. 12 del decreto—, lo que, en relación a la programación trienal de obras públicas, nos conduce a una nueva subdivisión de prioridades dentro de la propia categoría de prioridad superior de los tipos de contratos relacionados en el art. 3, c. 11, la cual quedaría estructurada en una prioridad superior-mínima —las señaladas en el art. 3, c. 11—, superior-media —las

⁴⁷² Anexo I, *Scheda D, Tabella D.3* y Anexo II, *Scheda B, Tabella B.1* del decreto n. 14/2018.

obras de finalización de obras incompletas— y superior-máxima —las obras derivadas de catástrofes naturales—.

Ello viene a suponer la determinación normativa, no ya de la obligación de planificación estratégica de la acción de compra pública y de su correspondiente publicación, sino la propia orientación en determinados aspectos de la misma. Orientación respecto de la que podría surgir la duda acerca de si el tenor de los arts. 3. c. 11 y 6, c. 10 del decreto establecen una categoría de prioridad exclusiva para los procedimientos de compra que se encuentren en alguno de los casos anteriormente citados o, sencillamente, obliga a su categorización con la máxima prioridad sin perjuicio de que dicha categoría sea empleada para otro tipo de contratos.

En este punto, debe destacarse que el tenor de los preceptos en cuestión, en relación con sus correspondientes anexos, tras establecer que los entes adjudicadores deben proceder a la elaboración de la programación con la valoración de cada una de las obras programadas como prioridad máxima, media o mínima, determinan que, en todo caso, aquellos “establecerán como prioritarios” —*“individuano come prioritari”*— los contratos que se encuentren en alguno de los casos enumerados. Debemos fijarnos, por tanto, que ello viene a expresar literalmente, no ya que se sitúe a los contratos comprendidos en estas categorías dentro de una de las tres desglosadas, sino que se les establezca en una categoría superior o “prioritaria” a la de todos los demás. De este modo, al establecer la catalogación imperativa de su prioridad de manera relativa, en el caso de que se incluyera una categoría de contratación distinta de las detalladas en los arts. 3. c. 11 y 6, c. 10 en el mismo orden de prioridad o superior al de éstas, se estaría incumpliendo el tenor de los referidos preceptos.

Al margen del cumplimiento estricto del orden contenido en la programación, y como se ha tenido ocasión de apuntar anteriormente, las Administraciones Públicas contarán con una total libertad a la hora de proceder a la realización de contratos cuya necesidad derive del acaecimiento de eventos imprevistos o catastróficos⁴⁷³ o de

⁴⁷³ Alusión a contratos derivados de eventos catastróficos que, en cierto modo, constituye una reiteración de la regulación antes expuesta, toda vez que se trata de tipos de contratos que deberán disponer, en todo caso, de una prioridad superior. Vemos cómo la normativa de programación recoge las disposiciones más generales en materia de contratación pública tendentes a la simplificación del procedimiento y a la presteza en la selección del operador adjudicatario en caso de situación catastrófica, tal y como señala y desarrolla DUGATO, M., «Terremoto, ricostruzione e regole degli appalti», *Munvs*, vol. 3, 2017, pp. 490, 491, 493 y 494, pudiendo destacar como el autor señala que, incluso en estas situaciones, podría ser recomendable orientar la actuación rápida y de emergencia con la realización de

disposiciones legales o reglamentarias sobrevenidas —arts. 3, c. 13, 5, c. 11, 6, c. 11 y 7, c. 9 del decreto n. 14/2018⁴⁷⁴— hasta el punto de ser posible su ejecución *extra* programación. En consecuencia, la orientación-mandato de prioridades contenido en el decreto n.14/2018 implica a la hora de formular la correspondiente programación:

- Que a todos los procedimientos de contratación programados se les otorgue una prioridad mínima, media o máxima.

- Que la superior de las categorías empleadas se reserve en exclusiva a los tipos de contratación enumerados en los correspondientes segundos periodos de los arts. 3. c. 11 y 6, c. 10 del decreto n. 14/2018 y subdivisión del art. 3, c. 12, de modo que a ningún otro procedimiento de contratación le pueda ser otorgado el mismo o superior nivel de prioridad.

- Que los contratos derivados de eventos imprevistos, de disposiciones legales o reglamentarias sobrevenidas, o de actos administrativos adoptados a nivel estatal o regional se pueda optar libremente por cualquier tipo de prioridad, incluida aquella reservada referida en el guión anterior.

- Que los contratos derivados de eventos imprevistos catastróficos y de disposiciones legales o reglamentarias sobrevenidas puedan ser desarrollados con independencia de la programación vigente.

De este modo, la estructura de división de prioridades a las que generalmente dan lugar los entes adjudicadores será la siguiente:

una programación acelerada abierta al debate público que permita replantear la situación y la “re-construcción” de la estructura urbana de cara al futuro, previendo, entre otras cosas, posibles soluciones o paliativos ante repeticiones de la catástrofe en cuestión.

⁴⁷⁴ Que vienen a suceder las disposiciones previamente contenidas en el art. 128, c. 5 del d.lgs. n. 163/2006, a excepción de lo relativo a procedimientos de compra que hundan su motivación en actos administrativos de carácter nacional o regional, cuya inserción necesitará, como hemos visto, del correspondiente procedimiento de modificación de la programación, aunque con una especial flexibilidad a la hora de determinar su prioridad.

Grados de prioridad en las programaciones trienales y bienales de contratos públicos

1. Prioridad máxima —reservada necesariamente a los tipos de contratos relacionados en los arts. 6, c. 10 y 3. c. 11 y otorgable a los de los arts. 3, c. 13 y 6, c. 11—

Subdividido en relación exclusivamente a los contratos de obras en:

1.1 Prioridad máxima-máxima —art. 3, c. 12, segundo periodo—

1.2 Prioridad máxima-media —art. 3, c. 12, tercer periodo—

1.3 Prioridad máxima mínima —el resto—

2. Prioridad media —prioridad superior de los contratos no incluidos en los arts. 6, c. 10 y 3. c. 11 y otorgable a los relacionados en los arts. 3, c. 13 y 6, c. 11—

3. Prioridad mínima —prioridad inferior de los contratos no incluidos en los arts. 6, c. 10 y 3. c. 11 y otorgable a los relacionados en los arts. 3, c. 13 y 6, c. 11—

En este punto, no podemos dejar de poner de manifiesto las dudas constitucionales que surgen, al menos respecto del ámbito de aplicación otorgado a estas disposiciones por el art. 2, c. 2 del d.lgs. n. 50/2016, respecto de las previsiones atinentes a la prioridad de los procedimientos de compra programados y de las disposiciones imperativas contenidas en los arts. 3, c. 11 y 6, c. 10 del decreto n. 14/2018, las cuales podrían entenderse como una merma a la autonomía de los órganos de contratación integrados en un ámbito territorial regional o local.

A la hora de abordar dicha cuestión deberá procederse al análisis individuado de cada uno de los motivos por los que se pretende el establecimiento de un sistema imperativo de prioridad superior que deberán respetar todos los entes adjudicadores, a fin de analizar su posible encuadramiento en el texto constitucional, en concreto, en alguna de las competencias exclusivas del Estado o de establecimiento de los principios fundamentales en competencias compartidas con las regiones.

Así, en primer lugar, el imperativo de ejecución prioritaria por parte de todos los entes adjudicadores de realizar procedimientos de licitación necesarios como consecuencia de una catástrofe natural o para garantizar la satisfacción de intereses públicos primarios podría encontrar su justificación competencial en el art. 117.2 let. h) de la *Costituzione*, esto es, sobre las competencias del Estado en materia de orden público y seguridad.

De otro lado, en relación a la realización prioritaria de forma imperativa consistente en completar obras incompletas o bien en finalizar adquisiciones de bienes y

servicios incompletas, obras con proyectos definitivos o ejecutivos ya aprobados, y obras financiadas mayoritariamente con capital privado o con fondos de la Unión Europea, podría tratar de buscarse su amparo constitucional en el art. 117, c. 2 lett. e) de la *Costituzione* en lo relativo a la competencia del Estado en materia de armonización de los presupuestos públicos, o bien en su competencia de regulación básica en la materia compartida con las regiones de coordinación de las finanzas públicas —art. 117, c. 3 de la *Costituzione*—, en el sentido de que, cuando en la redacción de los programas de compra pública se detecte por cualquier ente adjudicador la necesidad de actuar en cualquiera de los casos antedichos, se deba dar prioridad a la actuación en tales aspectos con los siguientes fines:

1)- El de solventar situaciones de clara y manifiesta ineficiencia económica del sistema de contratación pública como vienen a representar procedimientos de licitación incoados que no han sido ejecutados según lo previsto.

2)- El de ejecutar acciones de obra pública con un horizonte más claro a la hora de su rápida y eficaz ejecución y consiguiente alcance de la fase de obtención de retornos o satisfacción del interés público como son aquellas obras con proyectos definitivos o ejecutivos ya aprobados, y

3)- El de favorecer acciones claramente facilitadoras del equilibrio del presupuesto público como pueden serlo las obras financiadas mayoritariamente con capital de terceras fuentes de financiación, tales como el capital privado o los fondos de la UE.

En tercero y último lugar, en cuanto a las obras de manutención y obras de recuperación de patrimonio existente, éstas podrían encontrar la justificación de la competencia estatal sobre la materia en los preceptos antedichos relativos al equilibrio y coordinación presupuestarios, en cuanto a que su realización será necesaria para la consecución de que los activos de los entes adjudicadores se encuentren al 100 % de sus capacidades a la hora de producir sus correspondientes retornos y amortización, bien en forma de caudal económico, bien en forma de servicio público directo o indirecto. Adicionalmente, este último caso, podría encontrar su fundamento constitucional, ahora desde la perspectiva del administrado, sobre la base del art. 117, c. 2, lett. m) de la *Costituzione* y de la competencia básica del Estado en materia de mejora del patrimonio cultural *ex art.* 117, c. 3.

Además, como se ha tenido ocasión de poner de manifiesto, favorecerá la posible justificación constitucional de los arts. 3, c. 11 y 6, c. 10 del decreto n. 14/2018 el hecho de que la detección —en muchos casos subjetiva— de la necesidad de actuar dentro de alguna de estas materias correrá por cuenta del ente adjudicador, siendo solo a partir del momento de la determinación de la necesidad de actuación en tal sentido cuando actuará la competencia exclusiva del Estado o reguladora de los principios básicos de las materias compartidas, orientando tal actuación en el sentido de conducir imperativamente a su establecimiento en un nivel de prioridad superior. En consecuencia, no estamos ante el establecimiento de una obligación de actuar impuesta por el Estado que modifique la autonomía de los entes adjudicadores, sino tan solo ante una orientación de las decisiones de licitación llevadas a cabo y originadas por iniciativa exclusiva de aquellos, en cuanto las mismas sean tangenciales con ámbitos de competencia del Estado.

D) Eficacia y efectos jurídicos de la programación de la contratación pública

Como se ha tenido ocasión de exponer, la redacción de la programación viene a suponer, en última instancia, un acto interno de la Administración, lo que, por lo general, nos llevaría a un ámbito donde las actuaciones del ente adjudicador no podrán ser directamente atacadas por los administrados⁴⁷⁵, pudiendo considerarse que, aunque pasen a ser puestos en conocimiento de terceros, serán insusceptibles de provocar situaciones subjetivas respecto de terceros jurídicamente tutelables, tal y como se determinó en su día respecto de la regulación de la deliberación para contratar contenida en el art. 56 de la *Legge* n. 142/1990⁴⁷⁶.

Sin embargo, la especial trascendencia de la programación en el ulterior desarrollo de los contratos ha venido a reconocer la posibilidad de impugnarla directamente, aunque lo sea de manera limitada respecto de la primera y original introducción de un contrato, y no así respecto de los contratos que traigan causa de

⁴⁷⁵ En esta fase podría considerarse de aplicación lo señalado en relación a la fase de determinación de contratar, sobre la que hemos de predicar, con carácter general, la “no inmediata impugnabilidad” y su carácter endoprocedimental tal y como señala CARINGELLA, F. Y GIUSTINIANI, M., *Manuale dei contratti pubblici*, cit., p. 364; T.A.R. CAMPANIA. NAPOLI. SEZIONE I, *Sentenza n. 1160/2012, 7 marzo*, toda vez que, como indica DANESI, A., “L’attività di programmazione dei contratti pubblici e la determina a contrarre”, cit., p. 218, la fase de programación precedería incluso a la fase de determinación de contratar, alejándose, aún más si cabe, de los primeros actos de exteriorización e iniciación del concreto procedimiento de contratación.

⁴⁷⁶ *Legge 8 giugno 1990, n. 142. Ordinamento delle autonomie locali*. Al respecto, véase MELE, E., *I contratti delle Pubbliche Amministrazioni*, cit. p. 47.

programaciones anteriores⁴⁷⁷, al considerarse que la aprobación de la programación no es realmente una actividad meramente interna, sino un acto fundamental de determinación de los objetivos concretos a alcanzar por los entes adjudicadores, el cual podrá ser fiscalizado por los administrados en cuanto a su congruencia y legalidad⁴⁷⁸. Es más, en la impugnación de las programaciones efectuadas por las administraciones adjudicadores podríamos encontrar la peculiaridad de que estén legitimados para impugnar, no solo los operadores económicos partícipes en el ulterior procedimiento de contratación, sino cualquier ciudadano, dada la extensión y evidencia objetiva de la contravención del interés público, en este caso, positivado por el decreto n. 14/2018, así como por el hecho de que nos podríamos encontrar ante una de las excepciones establecidas por el *Consiglio di Stato* a la hora de limitar la legitimidad para impugnar el procedimiento de contratación, en concreto, aquella relativa a la impugnación directa de la opción del ente adjudicador de iniciar el procedimiento⁴⁷⁹.

A lo cual, podría unirse el hecho de que la mayor transparencia derivada de la publicación preceptiva del contenido de la fase de deliberación de contratar, junto con la existencia de mandatos imperativos que deben ser respetados en su formulación y efectiva ejecución facilitará que los incumplimientos del procedimiento acaecidos durante dicha fase puedan ser traídos a colación en el seno del concreto procedimiento de contratación tratando de instar su anulación.

Lo anterior vendría a dar respuesta a las posibilidades de actuación de los operadores económicos ante la realización de una priorización de los contratos programados que no se ajuste a las pautas normativas antedichas⁴⁸⁰, así como a una fiscalización por parte de aquellos de la ejecución de la correspondiente programación que pueda desembocar en la impugnación del propio procedimiento en el que se materialice la actividad indebidamente programada al ser el momento en el que esos defectos normativos, ya engendrados o perfilados en sede de acto interno, llegan a cobrar total realidad y son heredados en el procedimiento *ad extra*⁴⁸¹.

⁴⁷⁷ T.A.R. LOMBARDIA. SEZIONE III, *Sentenza n. 315/2010, 9 febbraio*.

⁴⁷⁸ CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE V, *Sentenza n. 5824/2002, 23 ottobre*.

⁴⁷⁹ CONSIGLIO DI STATO. ADUNANZA PLENARIA, *Sentenza n. 4/2011, 7 aprile*.

⁴⁸⁰ Sobre el carácter cogente de dichas prioridades véase CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE IV, *Sentenza n. 651/2016, 18 febbraio*, cit..

⁴⁸¹ CAMINITI, D., «Art. 21. Programma degli acquisti e programmazione dei lavori pubblici», en GAROFOLI, R. y FERRARI, G. (coords.) *Codice dei contratti pubblici. Tomo II*, Neldiritto editore, Molfetta, 2017, p. 375.

En relación a esta fiscalización debemos resaltar el caso en el que se pretenda llevar a cabo un procedimiento de contratación no programado, el cual era respondido expresamente por el art. 128, c. 10 del d.lgs. n. 163/2006 al determinar que tales procedimientos no podrían recibir ningún tipo de financiación procedente de una Administración Pública. Dicha previsión expresa ha desaparecido en el ámbito del d.lgs. n. 50/2016, sin embargo, hemos de entender que el testigo de lo previsto en el d.lgs. n. 163/2006 ha sido recogido por la interacción de los arts. 21.1, 21.3, 21.6 y 32.1⁴⁸² del d.lgs. n. 50/2016 y el art. 21-*octies* de la *Legge* n. 241/1990⁴⁸³, por los cuales se viene a establecer que, en todo caso, con independencia de la procedencia de la financiación — y al contrario que en el régimen de 2006— será anulable todo procedimiento de contratación que no se haya efectuado de acuerdo a lo previsto en la normativa reguladora de la programación de la contratación pública y, por ende, de todo procedimiento de licitación que no haya sido previamente programado o incluido sobrevenidamente en la correspondiente programación en los casos previstos, salvo que se trate de necesidades derivadas de situaciones imprevisibles, catastróficas o necesarias en virtud de modificaciones legales o reglamentarias. Lo que igualmente deberá entenderse de aplicación respecto de los procedimientos de compra que incumplan las divisiones o subdivisiones de prioridad pertinentes⁴⁸⁴.

En cierto modo, en contraposición a la jurisprudencia antes citada y en línea con el criterio general propio de una fase ulterior a la de programación como es la de determinación de contratar, podría considerarse como extrapolable al caso que ahora nos ocupa la jurisprudencia contenida, entre otras, en T.A.R. PUGLIA. BARI. SEZIONE I, *Sentenza n. 725/2000, 1 febbraio*, en relación al anuncio de información previa, por la que se viene a sostener que éste, en cuanto no constituye iniciación alguna de procedimiento de contratación propiamente dicho, no es susceptible por sí mismo de crear un daño directo, inmediato y concreto a los operadores económicos interesados en el procedimiento. A lo que se une el hecho de que, aun siendo cierto que, al contrario del contenido de los anuncios de información previa, el de las programaciones plurianuales condiciona la ejecución de los procedimientos de contratación pública ulteriores, tal vinculación no llegará a obligar al cumplimiento indefectible de lo programado dada la amplia facultad de modificación en cualquier momento para cancelar las acciones de contratación programadas tal y como hemos tenido ocasión de analizar.

⁴⁸² Por el que se establece el mandato inequívoco de que de que el “*affidamento dei contratti pubblici*”, esto es, “la adjudicación de los contratos públicos” tenga lugar “*nel rispetto degli atti di programmazione delle stazioni appaltanti previsti dal presente codice o dalle norme vigenti*”, esto es, “en el respeto de los actos de programación de los entes adjudicadores previstos en el presente código o en la normativa vigente”.

⁴⁸³ *Legge 7 agosto 1990, n. 241. Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi.*

⁴⁸⁴ En cierto modo, en contraposición a la jurisprudencia antes citada y en línea con el criterio general propio de una fase ulterior a la de programación como es la de determinación de contratar, podría tratar de considerarse como extrapolable al caso que ahora nos ocupa la jurisprudencia contenida entre otras en T.A.R. PUGLIA. BARI. SEZIONE I, *Sentenza n. 725/2000, 1 febbraio*, cit., en relación al anuncio de información previa, por la que se viene a sostener que este, en cuanto no constituye iniciación alguna del

E) Consideraciones iniciales sobre la actividad de programación

La descrita actividad de programación está destinada a procurar, en desarrollo del criterio directivo previsto en el art. 1, c. 1, lett. bb) de la *legge delega* relativa al d.lgs. n. 50/2016 que el procedimiento de compra pública alcance mayores niveles cualitativos y cuantitativos en la prosecución del interés público, constituyéndose en “una fase importante del c.d. ciclo di vita dell’appalto”⁴⁸⁵, esto es: “una fase importante del conocido como ciclo de vida del contrato”, orientada a perfilar la estrategia de aprovisionamiento, la optimización del uso de los recursos y el control de su gestión, a fin de contribuir a la consecución del principio de *buon andamento*, economicidad y eficiencia de la acción administrativa⁴⁸⁶, la cual necesariamente deberá ser respetada por la actividad de licitación llevada a cabo por los entes adjudicatadores⁴⁸⁷, tratando de evitar que los procedimientos de compra puedan responder a intereses particulares en lugar de a intereses públicos reales, al tiempo que se garantiza la posibilidad de su cobertura financiera⁴⁸⁸.

En términos generales, la regulación expuesta debe valorarse de forma muy positiva en cuanto a su extensión, con carácter preceptivo, a los contratos de bienes y servicios, así como sobre la completa digitalización de su comunicación. Igualmente se ha de valorar positivamente el salto exponencial en cuanto al rigor exigido en la

procedimiento de contratación propiamente dicho, no es susceptible por sí mismo de crear un daño directo, inmediato y concreto a los operadores económicos interesados en el procedimiento. A lo que se une el hecho de que, aun siendo cierto que, al contrario del contenido de los anuncios de información previa, el de las programaciones plurianuales condicionará la ejecución de los procedimientos de contratación pública ulteriores, tal vinculación no llegará a obligar al cumplimiento indefectible de lo programado dada la amplia facultad de modificación en cualquier momento para cancelar las acciones de contratación programadas, tal y como hemos tenido ocasión de analizar. No obstante, al margen de dichas posibilidades de variación, los efectos jurídicos de las programaciones serán notablemente superiores a los de los anuncios de información previa tanto por la posibilidad de su impugnación directa ya referida, como por una configuración normativa que conducirá a que un procedimiento de licitación que se aparte de aquella estará vulnerando indefectiblemente la normativa de aplicación, deviniendo un procedimiento irregular.

⁴⁸⁵ CONSIGLIO DI STATO. COMMISSIONE SPECIALE DEL 9 GENNAIO 2017, *Adunanza n. 351/2017, 13 febbraio*, cit..

⁴⁸⁶ ANAC, *Determinazione n. 5/2013, 6 novembre: Linee guida su programmazione, progettazione ed esecuzione del contratto nei servizi e nelle forniture*; CARINGELLA, F. Y GIUSTINIANI, M., *Manuale dei contratti pubblici*, cit., pp. 347 y 348; DANESI, A., “L’attività di programmazione dei contratti pubblici e la determina a contrarre”, cit., p. 214; CAMINITI, D., “Art. 21. Programma degli acquisti e programmazione dei lavori pubblici”, cit., pp. 355 y 356.

⁴⁸⁷ Art. 32, c. 1 del d.lgs. n. 50/2016.

⁴⁸⁸ CARINGELLA, F. Y PROTTO, M., *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo. Commento organico al codice e alle linee guida ANAC alla luce del decreto correttivo del 19 aprile 2017, n. 56*, cit., p. 95.

utilización de las actividades de programación que supone el paso desde el Decreto n. 77323/2014 al Decreto n. 14/2018, a pesar de lo cual destacan ciertas carencias que hubieran sido fácilmente subsanables tales como: (i) la previsión expresa y preceptiva de la utilización del código CPV en relación a la programación trienal de obras públicas —tal y como ya se preveía en la *Scheda* 3 del Anexo I del Decreto n. 59082/2011—, (ii) la previsión de la utilización del código NUTS en relación a la programación bienal de servicios y suministros y (iii) la referencia expresa en sede de la programación bienal de servicios y suministros de la necesidad de emplear formatos abiertos en los anuncios de la misma, al igual que se lleva a cabo respecto de las programaciones trienales, a fin de evitar posibles interpretaciones sistemáticas erróneas que traten de prescindir de la aplicación de la normativa general que conduciría necesariamente tal y como veremos más adelante, a la utilización también de datos abiertos en relación a cualquiera de las informaciones que deban de publicarse en el perfil del comprador. Modificaciones, todas ellas relativas a aspectos normativos que, inexplicablemente, se han limitado a tan solo una de las programaciones pero que, como veremos, serán de gran utilidad, por no decir imprescindibles, a la hora de proceder a la consecución de las innovaciones administrativas que las TIC permiten respecto del nivel de preinformación y sobre las que profundizaremos en el subepígrafe 1.3 del presente apartado.

1.2.- EL ANUNCIO DE INFORMACIÓN PREVIA

El segundo sistema de preinformación viene constituido por la figura del *anuncio de información previa* regulado en el art. 70 del d.lgs. n. 50/2016, a través del cual se pretende que los poderes adjudicadores, antes del 31 de diciembre de cada año, comuniquen los contratos que superando los umbrales comunitarios indicados en el art. 35 del mismo cuerpo legal, tienen la intención de llevar a cabo durante el año siguiente —límite temporal máximo de eficacia del anuncio de información previos establecido en las Directivas europeas— y en el que se indique la información identificativa del ente adjudicador, el código CPV del contrato en cuestión, en su caso, para cada uno de los lotes, la dirección electrónica en la cual estarán disponibles los documentos de la futura licitación, el código NUTS del lugar principal de realización de la obra, de la entrega del bien o de la realización del servicio, breve descripción del contrato especificando la naturaleza de la prestación que se pretende recibir, y la fecha o fechas previstas para la publicación del anuncio o anuncios de licitación que darán a conocer la apertura del procedimiento o procedimientos de licitación a los que el anuncio de

información previa hace referencia. Ello, con la intención de contribuir a las ya aludidas finalidades de las comunicaciones del nivel de preinformación consistentes en la prosecución de ventajas conductuales y concurrenciales⁴⁸⁹.

Ya en los cuerpos normativos europeos previos a la Directiva 2004/18/CE podía encontrarse la previsión de anuncios de información previa referidos exclusivamente a un solo procedimiento de contratación, así como de otros realizados al inicio del ejercicio presupuestario y de carácter conjunto para todos los contratos que se previeran llevar a cabo en los siguientes doce meses, relativos a un mismo grupo o categoría de producto⁴⁹⁰, que superaran previsiblemente un determinado umbral económico. Esta previsión de anuncios de información previa conjuntos, con la Directiva 2004/18/CE pasó a cobrar una mayor relevancia tal y como puede observarse en su artículo 35.1 en relación con el artículo 36 y Anexo VII, cuyos preceptos configuraban estos anuncios de información previa como comunicaciones mediante las que se informaba, de manera agregada, del valor, cantidad de suministro y/o características de las diversas contrataciones relativas a grupos o categorías de servicios o bienes, siempre que para cada uno de tales grupos se previera un gasto superior a los 750.000 euros o a los 6.242.000 euros en el caso de cada una de las obras proyectadas. Ejemplo que seguirá, finalmente, el d.lgs. n. 50/2016, a pesar de que, por lo que respecta a la Directiva 2014/24/UE, su artículo 48 procede a referenciar el anuncio de información previa sin distinguir entre el referido a un solo proceso de contratación y el anuncio conjunto. Hecho, que no puede llevarnos, en ningún caso, a afirmar que se haya producido una desaparición de este último, toda vez que el mismo viene previsto en virtud de lo contenido en el Anexo V.B.8. Es más, tal falta de distinción en la Directiva 2014/24/UE entre ambos tipos de anuncios viene a suponer la desaparición de los límites económicos mínimos previstos anteriormente para la realización de un anuncio de información previa conjunto, lo que conlleva a legitimar no solo el mantenimiento de la previsión del anuncio de información previa conjunto en el art. 70 del d.lgs. n. 50/2016 sino especialmente, la posibilidad de extender su uso ante cualquier umbral económico.

⁴⁸⁹ CARULLO, A. Y IUDICA, G., *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, CEDAM, Padova, 2012, p. 636.

⁴⁹⁰ Grupos clasificados en función de la CPV en sede de la Directiva 2004/18/CE para todo tipo de contrato, de la CPA para los contratos de suministros y de la CCP para los contratos de servicios en las regulaciones anteriores a 2004. No existiendo referencia al anuncio conjunto para los contratos de obras de forma previa a la Directiva 2004/18/CE.

Fijada en el d.lgs. n. 50/2016, como se ha expuesto, la preceptividad de los planes de programación de la contratación pública resta por cuestionarnos esta misma preceptividad en sede del anuncio de información previa, la cual podría entenderse como derivada del tenor literal del art. 70, c. 1 del d.lgs. n. 50/2016 al señalar que “*le stazioni appaltanti rendono nota entro il 31 dicembre di ogni anno [...]*”, esto es, que “los poderes adjudicadores darán a conocer antes del 31 de diciembre de cada año [...]” los anuncios de información previa correspondientes.

Se trata de una cuestión resuelta previamente en instancias europeas cuya solución ha trasladado el *Consiglio di Stato*⁴⁹¹ al Ordenamiento italiano dada la plena coincidencia de los aspectos determinantes para su resolución tenidos en cuenta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así, dicho tribunal europeo, en un primer momento, estableció que el artículo 9.1 de la Directiva 77/62/CEE relativo a los contratos de suministro, sucedida posteriormente por el artículo 9.2 de la Directiva 93/36/CEE, conducía necesariamente a entender la preceptividad del indicado anuncio de información previa. Esta interpretación obtuvo una contestación contraria en el caso de los contratos de obras públicas, dado que la Directiva 93/37/CEE, a la hora de regular los plazos generales de recepción de las ofertas de los licitadores, vinculaba la existencia de un anuncio de información previa a la posibilidad de emplear los plazos excepcionalmente reducidos de sus artículos 12.2 y 13.4, conduciendo a la exégesis de una configuración jurídica que implicaba la limitación de la preceptividad del anuncio a aquellos casos en los que se pretendiera establecer los plazos especialmente reducidos para la recepción de las ofertas⁴⁹².

Establecidos tales precedentes jurisprudenciales, la Directiva 2004/18/CE vino a aunar en un solo cuerpo normativo la regulación del anuncio de información previa de los contratos de suministros, servicios y obras públicas, anterior y respectivamente contenida en las Directivas 93/36/CEE, 92/50/CEE y 93/37/CEE, procediendo a extender la regulación del anuncio de información previa de la Directiva 93/37/CEE a los contratos de suministros y servicios, lo que, evidentemente, llevó consigo la

⁴⁹¹ En este sentido véase CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE VI, *Sentenza n. 6908/2006*, 27 novembre.

⁴⁹² TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, *Sentencia de 26 de septiembre de 2000*, C-225/98, párrafos 35 a 43. Regulación de la Directiva 93/37/CEE similar a la contenida en el artículo 18.2 de la Directiva 92/50/CEE en relación con el 15.1.

extensión del correspondiente posicionamiento jurisprudencial⁴⁹³. Solución normativa que sería mantenida posteriormente por la Directiva 2014/24/UE tal y como se desprende claramente de su artículo 48.1. en relación con el artículo 27.1 y .2 y concordantes.

Así las cosas, la actual normativa de la UE ha venido a establecer el anuncio de información previa como una herramienta potestativa y no obligatoria. Carácter que, a pesar de lo que pudiera parecer en un principio, dada la antedicha redacción del art. 70 del d.lgs. n. 50/2016, debemos entender mantenido en el Ordenamiento italiano tal y como se desprende de una interpretación sistemática del referido precepto junto con los arts. 60 y ss.⁴⁹⁴ del mismo cuerpo legal, en los que se vincula, al igual que lo hacían las directivas europeas interpretadas por el TJUE, la utilización del anuncio de información previo con una posible reducción de los plazos de recepción de las ofertas por parte de los operadores económicos.

Debemos detenernos en esta conexión del anuncio de información previa y la reducción de los diferentes plazos asociados. Así, se debe destacar cómo la Directiva 2004/18/CE establecía en su art. 36.3 la recompensa de una publicación más veloz de los anuncios en cuestión por parte de la Comisión cuando los mismos fueran remitidos de forma telemática. Distinción entre plazos, para envíos telemáticos y no telemáticos, que pierde su sentido en la Directiva de 2014 al establecerse obligatoriamente que las comunicaciones entre la OPUE y los poderes adjudicadores se lleven a cabo, en todo caso, de forma telemática, manteniéndose en la nueva Directiva 2014/24/UE como plazo único el anteriormente reservado para las comunicaciones enviadas de forma telemática —art. 51.2—.

Tales previsiones suponen un acortamiento de los plazos a nivel interno entre las Administraciones implicadas por el uso de medios telemáticos, que ha de valorarse de forma positiva dada la mayor agilidad que los nuevos plazos permiten imprimir en los procesos burocráticos, produciendo una serie de ventajas funcionales derivadas del empleo de las TIC⁴⁹⁵ que resultan muy necesarias. En dicho sentido se pronunciaba la

⁴⁹³ Véase en este sentido el párrafo noveno del artículo 35 de la Directiva 2004/18/CE en relación con el artículo 38.4 del mismo cuerpo legal

⁴⁹⁴ CARINGELLA, F. Y PROTTO, M., *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo. Commento organico al codice e alle linee guida ANAC alla luce del decreto correttivo del 19 aprile 2017*, n. 56, cit., art. 70, pp. 345 y 348.

⁴⁹⁵ GALLEGU CÓRGOLES, I., “Contratación pública e innovación tecnológica”, cit. p. 2.

Exposición de Motivos de la mencionada Directiva 2004/18/CE al indicar que “la utilización de medios electrónicos permite ahorrar tiempo”, por lo que “deben establecerse reducciones de los plazos mínimos en caso de utilización de esos medios electrónicos, a condición, no obstante de que sean compatibles con las modalidades específicas de transmisión previstas a escala comunitaria”, criterio que ha cristalizado y se mantiene en la Directiva vigente actualmente como puede comprobarse, por ejemplo, en sede de procedimiento abierto en el artículo 27.1 o en sede de procedimiento restringido, en el artículo 28.5.

Ahora bien, opinión contraria nos merece la relación de la utilización de las TIC con la reducción en el plazo de recepción de ofertas lo que inevitablemente implicará una reducción de los plazos para la preparación de las mismas. Esto es consecuencia de una concepción demasiado burocratizada en la regulación de las TIC⁴⁹⁶, al estar vinculada en exceso a las concepciones de los procesos en papel a la hora de valorar las innovaciones administrativas que pueden derivar del uso de medio telemáticos⁴⁹⁷.

En efecto, a pesar de que el operador económico puede acceder de forma más fácil y rápida a las comunicaciones referidas a procesos de contratación pública, ello no implica que, una vez conocida la intención futura de contratar a través del anuncio de información previa y, posteriormente, el anuncio de licitación, no tenga que llevar a cabo sus estudios económicos a fin de decidir si el proceso de licitación abierto le interesa o no y, en su caso, cuál es la mejor oferta que puede ofrecer, además de reunir y confeccionar toda la documentación que le sea requerida. Consideraciones que serán de especial relevancia en relación a las PyMEs⁴⁹⁸.

De este modo, tal reducción de los plazos en la recepción de ofertas basada meramente en la realización de los anuncios de información previa a través de medios telemáticos, podría producir el efecto contrario al minorar la potencial oferta con un desplazamiento de la curva de oferta hacia la izquierda como el reflejado en la figura

⁴⁹⁶ COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, *Informe sobre el anteproyecto de ley de contratos del sector público*, cit. p. 26.

⁴⁹⁷ VALERO TORRIJOS, J., «De la digitalización a la innovación tecnológica: valoración jurídica del proceso de modernización de las administraciones públicas españolas en la última década (2004-2014)», *Revista de Internet, Derecho y Política*, vol. 19, 2014 pp. 123 y 126. Mismo sentido en el que se ha expresado COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, *Informe sobre el anteproyecto de ley de contratos del sector público*, cit., p. 26.

⁴⁹⁸ PUNZÓN MORALEDA, J., «Reducción de plazos de publicidad y presentación de ofertas», *Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, vol. 143, 2016 p. 2.

I.3.3. Efecto que hemos de entender como innecesario a la hora de tratar de agilizar los trámites a costa de los operadores económicos y no de las actuaciones internas de los poderes adjudicadores en una de las fases esenciales del proceso de contratación pública cual es la recepción de ofertas⁴⁹⁹.

En último lugar, la potestatividad del anuncio de información previa introducido por la Directiva 2014/24/UE carece de dudas en relación al empleo adicional de éste en el ámbito de los procedimientos restringido o procedimiento con negociación. En ellos, los entes adjudicadores pueden utilizar un anuncio de información previa como elemento iniciador de una licitación siempre y cuando, además de la información que le es propia, incluyan la siguiente: (1) la identificación concreta de los bienes, servicios u obras que serán objeto del contrato en cuestión; (2) el tipo de procedimiento que se empleará para la realización de los referidos contratos; (3) la indicación de que los operadores económicos deben dar a conocer a la administración su interés por el contrato o contratos; (4) los plazos, la dirección e idioma de las manifestaciones de interés; (5) la indicación de si se trata de un acuerdo marco o de un sistema dinámico de adquisición; (6) los plazos de entrega de las obras, bienes o servicios siempre y cuando sean conocidos; (7) la duración del contrato; (8) una breve descripción de los criterios de selección y de adjudicación del contrato, así como, en su caso, de la reserva del procedimiento a programas de trabajo protegido o a una determinada profesión; y (9) la indicación de si la presentación de las manifestaciones de interés se debe (o puede) hacer por vía electrónica y si los pedidos, la facturación y el pago se harán, en su caso, por medio electrónico.

La publicación del anuncio de información previa utilizado como elemento iniciador de una licitación deberá llevarse a cabo al menos treinta y cinco días antes de la fecha de remisión de las confirmaciones de interés y no más allá de doce meses antes de la misma. Utilidad de los anuncios de información previa que los constituirían, realmente, en una comunicación propia de un nivel inicial y no de preinformación, a la vista de su función y del ya indicado contenido adicional previsto en el punto II de la parte B del Anexo V de la Directiva 2014/24/UE, traspuesto en el Anexo XIV, parte I, B.2 del d.lgs. n. 50/2016.

⁴⁹⁹ En este mismo sentido véase COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, *Informe sobre el anteproyecto de ley de contratos del sector público*, cit. p. 26. En sentido contrario véase MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *La contratación pública electrónica. Análisis y propuesta de transposición de las Directivas comunitarias de 2014*, cit. p. 80.

Con estas comunicaciones preinformativas, esto es, tanto con el anuncio de información previa conjunto para cada categoría de la nomenclatura CPV, relativa a los bienes o servicios que prevé que adquirirá, bien para cada obra u obras conexas o con los programas plurianuales de contratación, se estaría aportando una valiosa información que permitiría o facilitaría a los operadores económicos la realización de actividades preparatorias pertinentes para poder concurrir en las mejores condiciones en los futuros procedimientos de licitación⁵⁰⁰, así como conocer las necesidades globales del poder adjudicador en un determinado sector, constituyendo un referente que serviría de control de sus actuaciones concretas posteriores, con posibilidad de exigir la articulación de una subsiguiente motivación de los concretos procedimientos de licitación realizados en la correspondiente categoría, permitiendo fiscalizar, tanto de forma individual como observados en su conjunto, si responden o se ajustan a la planificación estratégica prevista inicialmente por el poder adjudicador y, en el caso que no lo hagan, conocer las causas. Se genera de esta forma un elemento de contraste y comprobación para la detección de anomalías, sobre la base de la información *a posteriori*, que viene a constituir uno de los elementos esenciales para el control de la actividad del poder adjudicador⁵⁰¹.

Actividades de transparencia que presentarían potencialmente la posibilidad de su homogenización a nivel europeo mediante el perfectamente factible acercamiento de los programas de contratación plurianuales y de los anuncios de información previa simples agregados, así como la posibilidad de trasladar al ámbito del recurso especial en materia de contratación un elemento tradicionalmente excluido como lo es el contenido de dichas motivaciones actualmente limitadas, en caso de existir, a los actos preparatorios del poder adjudicador mediante su engarce y correlación con las motivaciones de desarrollo de las primeras que se incluyan en cada uno de los procedimientos de contratación.

Al igual que en el caso de los programas plurianuales, los anuncios de información previa han ido siendo objeto de un acusado proceso de digitalización

⁵⁰⁰ Lo que conecta estas disposiciones estatales de proyectación con el art. 117, c. 2, lett. e) de la *Costituzione* legitimando tal regulación, sin que ello permita, por otro lado, que la normativa sobre proyectación de la contratación pública pueda incidir sobre la autonomía de los entes adjudicadores a la hora de establecer el propio contenido de aquella. En tal sentido, véase, CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza n. 401/2007, 23 novembre*, cit..

⁵⁰¹ ESCRIBUELA MORALES, F. J., “La contratación del sector público y la corrupción”, cit. p. 5.

iniciado con el art. 63 del d.lgs. n. 163/2006, en el que se preveía la publicación de los anuncios de información previa, bien mediante su remisión a la Comisión Europea, con el consiguiente empleo mediato de instrumentos telemáticos —portal SIMAP—, bien en el propio perfil del comprador, en cuyo caso se debía remitir a la Comisión un anuncio de dicha publicación, sin que se pudiera proceder a darle publicidad antes de la remisión del referido aviso —art. 66, c. 11 del d.lgs. n. 163/2006—. Sistema de publicación electrónico mantenido en la Directiva 2014/24/UE y, consiguientemente, en el d.lgs. n. 50/2016 —art. 70, c. 1—, con la peculiaridad, ahora, de que la transmisión del aviso de publicación del anuncio de información previa sobre el propio perfil del comprador deberá realizarse igualmente mediante el empleo de medios telemáticos, favoreciendo así, en todo caso, la simultaneidad en la disponibilidad de la información a nivel nacional y europeo.

Ahora bien, la posibilidad abierta por el art. 70 del d.lgs. n. 50/2016, facilitada por la Directiva 2014/24/UE, al llevarse a cabo en procedimientos de contratación que no deben superar los umbrales europeos, ha llevado a que, en la práctica, la e-publicación del anuncio se lleve a cabo, exclusivamente, a través del perfil del contratante, lo que supone renunciar *ab initio* a la utilización del portal SIMAP. Dicha situación se ha convertido en una constante que se mantendrá en relación a cualquier tipo de comunicación vinculada con procedimientos no sujetos a una regulación armonizada. Dicha regulación genera, por tal motivo, el establecimiento de fuertes e insalvables trabas a los posibles efectos beneficiosos de los anuncios de información previa simples relativos a contratos no sujetos a una regulación armonizada, donde la exclusiva publicación en los perfiles del contratante produce una excesiva fragmentación de la información que elimina considerablemente los efectos positivos de difusión derivados del empleo de las TIC al provocar en los operadores económicos una carga excesiva e imposible de atender que era inexistente en la administración analógica.

En efecto, piénsese en este punto que el salto de la publicación analógica a la virtual obligaría a cambiar la consulta de un único documento analógico —la correspondiente *Gazzeta*— por la consulta de miles de portales digitales, uno por cada ente adjudicador, deviniendo irrelevante la mayor rapidez de consulta permitida por las

TIC⁵⁰². Defecto que sería perfectamente subsanable mediante la previsión de su publicación adicional en la web del Ministerio de Infraestructuras y Transportes y en el Observatorio de la contratación pública o Plataforma de la ANAC tal y como se ha previsto en relación a los programas de planificación plurianuales y para los anuncios de información empleados como método de inicio del procedimiento de licitación. Si bien, esta excesiva fragmentación en la publicación de los anuncios de información previa simples será atenuada en el caso de los contratos sujetos a una regulación armonizada dada su centralización a través de la Plataforma SIMAP. A pesar de lo cual sería igualmente deseable proceder a su centralización a través del portal de la ANAC habilitado al efecto, con el que los operadores económicos italianos, especialmente las PyMEs, estarán más familiarizados.

1.3.- CONSIDERACIONES Y PROPUESTAS SOBRE EL NIVEL DE PREINFORMACIÓN

Identificadas y expuestas las dos principales comunicaciones del nivel de preinformación, como son, el anuncio de información previa simple y las programaciones de contratación plurianuales, debemos señalar que esta información o *preinformación* es lo suficientemente completa en ambos casos como para transmitir las necesidades del poder adjudicador en un determinado mercado de contratación pública, dirigiéndose así a los operadores económicos que lo componen, con la finalidad de que aquellos que pudieran estar interesados en participar en los subsiguientes procedimientos de contratación pública lleven a cabo las actividades de preparación comercial que les sean necesarias, con la consiguiente obtención de ventajas de concurrencia, al tiempo que se promueven ventajas conductuales derivadas de una mayor transparencia de las necesidades del ente adjudicador y de las labores de preparación y diseño de los procedimientos de compra, al dar lugar a una suerte de motivación-planificación inicial de los subsiguientes procedimientos de compra pública que permitirá potencialmente su contraste, interconexión e incluso control de la legalidad respecto de la motivación-ejecución de los procedimientos ulteriores. Ventajas de la preinformación que se han tratado de potenciar en los dos casos por los efectos potenciadores de las TIC analizados en el capítulo I del presente trabajo mediante una completa digitalización de ambos tipos de anuncios.

⁵⁰² MARTÍN DELGADO, I., “La difusión e intercambio de información contractual a través de medios electrónicos. Publicidad, notificaciones y comunicaciones electrónicas”, cit., pp. 1915 y 1916.

Partiendo de la base de que el d.lgs. n. 50/2016 y el decreto n. 14/2018 han introducido en el Ordenamiento italiano importantes novedades en el nivel de preinformación, que hemos de valorar muy positivamente, se ha de poner de manifiesto que el proceso de digitalización de estos anuncios ofrece otras oportunidades que no han sido aprovechadas, las cuales vendrían a constituir no solo efectos potenciados respecto de los que se podrían obtener en la Administración en papel derivados de las características de la Administración digital, tales como la desmaterialización, sino absolutas innovaciones administrativas desconocidas e inviables en la Administración analógica que podrían ser predicables tanto en el contexto del anuncio de información previa como en el de las programaciones plurianuales.

Dado el estado actual de la regulación italiana sobre la materia, y a pesar de que unos resultados análogos a los propuestos podrían ser obtenidos mediante el empleo del anuncio de información previa⁵⁰³, existen actuaciones más ágiles, como las que se proponen a continuación, para avanzar en la línea de potenciación del efecto de las TIC en el proceso de digitalización del nivel de preinformación. Dichas actuaciones pasarían por centrarse en la figura preceptiva, al menos para las administraciones adjudicadoras, de las programaciones plurianuales, manteniendo el potestativo anuncio de información previa en un segundo plano ya que, en otro caso, se produciría, desde nuestro punto de vista, una duplicidad innecesaria de comunicaciones preinformativas.

Con esta orientación, en primer lugar sería recomendable incrementar el ámbito subjetivo y objetivo de la preceptividad de las programaciones de compra bianuales y trienales.

⁵⁰³ Nótese cómo las propuestas que se desglosan a continuación podrían ser aplicadas igualmente sobre la base de utilización de anuncios de información previa preceptivos y agregados por categoría CPV de producto que fueran objeto de publicación en una plataforma centralizada como la de la ANAC. De hecho, a los efectos que ahora nos interesan, el contenido básico necesario de esta figura y la de las programaciones anuales tal y como resulta de la lectura de los apartados a) y b) anteriores, nos podría llevar a contemplar las programaciones plurianuales como un conjunto compuesto por estos anuncios de información previa simples de carácter agregado. No obstante, a la vista del desarrollo actual del Ordenamiento Jurídico italiano preferimos centrar la presente propuesta sobre la base de la utilización de las programaciones plurianuales.

En el caso de que surgiera una iniciativa a nivel europeo en esta misma línea, que requiriera basarse en una utilización del anuncio de información previa al ser esta una figura establecida de manera coordinada a nivel de toda la UE, al contrario que las programaciones plurianuales, la adaptación del modelo italiano que ahora se propone sería sencilla, bastando ajustar o adaptar el contenido del elenco anual de contratos contenido en las programaciones a los requisitos mínimos contenidos en el Anexo XIV, parte I, letra B.1 del d.lgs. n. 50/2016.

Ello nos llevaría, en primer lugar, a hacer extensivas las obligaciones de programación a todo ente adjudicador tal y como se preveía en el *schema* del d.lgs. n. 50/2016, posicionándonos en contra del criterio sostenido por el *Consiglio di Stato*⁵⁰⁴, por el que se sostiene que la imposición de la actividad de programación a todos los entes adjudicadores podría encontrar problemas de conciliación respecto de aquellos empresas que operan en un mercado competitivo hasta, incluso, el problema de negar la libertad de empresa, toda vez que el hecho de que un ente adjudicador presente la forma de un ente privado y que el mismo desarrolle actividades económicas no lo convierte en una empresa privada, por estar dichas actividades directamente vinculadas a la satisfacción de un interés público, disponiendo, para ello, de recursos económicos de procedencia pública, lo que conducirá desde una perspectiva de su actividad externa a que ésta no se encuadre realmente en un mercado competitivo, sino en un mercado regido por las especialidades de la contratación pública detalladas en el capítulo I donde no contará con libertad negocial propiamente dicha, sino con una actuación dirigida *ex lege* a la consecución de la oferta económicamente más ventajosa y, consecuentemente, desde una perspectiva de organización interna, que su vinculación a intereses y recursos públicos justifique un condicionamiento análogo al de su actividad externa, máxime cuando ello conducirá a que los riesgos derivados de deficiencias estructurales conductuales no excepcionen a este tipo de ente adjudicador. En otro caso, se le abriría una vía clara para su huida del Derecho Administrativo.

Por su parte, entendemos que la actividad de programación debería extenderse a los gastos o procedimientos de compra previstos inferiores a 40.000 euros en bienes y servicios y de 100.000 euros en obras⁵⁰⁵, sin perjuicio de que se establecieran medidas de flexibilidad adicionales para estos contratos de menor cuantía, como, por ejemplo, la posibilidad general de la modificación de las programaciones para su inserción en cualquier momento sobre la base de recursos presupuestarios que no hayan sido ya incluidos inicialmente en la programación, obligando, no obstante, a la motivación por la que se indique la imposibilidad de su previsión al momento de redacción original de la programación o su actualización, así como el necesario establecimiento de un periodo

⁵⁰⁴ CONSIGLIO DI STATO. COMMISSIONE SPECIALE DEL 21 MARZO, *Adunanza n. 855/2016, 1 aprile*.

⁵⁰⁵ Como señala CAMANZI, A., «Introduzione», en *Contratti pubblici*, AREL, Roma, 2013, pp. 20 y 21, n 2010 en cifras aproximadas, del millón quinientos mil contratos públicos que se celebraron en Italia durante el año 2010, un millón doscientos mil presentaban un importe inferior a los cuarenta mil euros.

de espera entre su inclusión en la planificación y su ejecución. Necesidad de ampliación objetiva del ámbito de aplicación de la programación que, además de responder al notorio volumen económico global de estos procedimientos, se debe al hecho de que la existencia de comportamientos irregulares tiende a pasar más desapercibida en relación a los procesos de licitación de menor cuantía, siendo de gran interés la contribución a la transparencia y planificación forzosa introducida por esta fase preinformativa auxiliada por la implementación de las TIC, a lo que se une que la presente herramienta de planificación presenta importantes sinergias a la hora de favorecer la integración en los procedimientos de licitación de los poderes adjudicadores de pequeño y mediano tamaño.

Así las cosas, la oportuna utilización potenciada de las TIC respecto de las programaciones plurianuales de contratación, con la señalada expansión subjetiva y objetiva, consistirá en que la publicación electrónica de las mismas se lleve a cabo a través de plataformas electrónicas que permitan la *interacción de los operadores económicos*.

La primera de las interacciones permitidas debería consistir en la posibilidad de los operadores económicos de mostrar su interés sobre los futuros procedimientos de contratación anunciados, de modo que el sistema, en caso de que el concreto ente adjudicador procediera posteriormente a la efectiva publicación de un anuncio de licitación sobre el mismo tipo de producto o CPV, hiciera llegar un aviso automático al correo electrónico o domicilio digital del operador económico que hubiera mostrado su interés, proyectando así un sistema de publicación especialmente efectivo. En efecto, la implementación de las TIC permitiría, en este sentido, la consecución de un sistema de alerta altamente personalizado al poder concretarse sobre un específico poder adjudicador, código o subcódigo CPV y código NUTS. Sistema de notificación *ad hoc* que favorecerá, con carácter general, la obtención de ventajas de concurrencia más allá de lo posible en el ámbito de la Administración analógica, particularmente por los operadores económicos con menores recursos como, por ejemplo, las PyMEs.

La optimización de tal interacción requerirá que la misma sea arbitrada en alguna de las plataformas centralizadas como la del Observatorio, la Plataforma de la ANAC o la del MIT por dos principales razones: la primera de ellas radicaría en la superación de los problemas de la fragmentación de la información antes enunciada a raíz del anuncio de información previa simple, permitiendo, además, la consecución de

sinergias para los operadores económicos en relación a las posibilidades de interacción al concentrar en un mismo portal las programaciones de todos los entes adjudicadores del Estado o de una región, de modo que la sistematización conjunta de la información de todos ellos permita la búsqueda de actividades de compra programadas y la utilización de los sistemas de seguimiento con un elenco de opciones mayor que permita su activación conjunta respecto de una selección de variables potencialmente referidas a diversos entes adjudicadores. Consecuentemente, se permitiría que mediante una sola operación el operador económico pudiera activar el seguimiento de un CPV para todos los entes adjudicadores que se encuentren en una determinada área geográfica o que pretenda ejecutar la contratación en un determinado código NUTS. La segunda de las razones estribaría en el excesivo coste económico que supondría habilitar el complejo sistema de interacción en varias plataformas, o en miles de ellas, en el caso de que se pretendiera llevar a cabo en cada uno de los perfiles del comprador.

Por tanto, la información que deberá figurar en los perfiles del comprador o en el resto de plataformas electrónicas distintas de la elegida para llevar a cabo las operaciones de interacción será la de una programación trienal o bianual no interactiva, pero que sirva de anuncio o aviso sobre la existencia de su versión interactiva haciendo constar la dirección de Internet —URL— del portal centralizado a través del cual se pueda tener acceso a ésta. Aviso o anuncio de las programaciones que, desde nuestro punto de vista y aprovechando la oportunidad brindada por el art. 51.6 de la Directiva 2014/24/UE, debería alcanzar incluso al portal SIMAP, con independencia de que los contratos recogidos en ellos estén sujetos o no a una regulación armonizada, de forma análoga a como se halla prevista la comunicación mediante aviso de publicación en el perfil del comprador relativa a los anuncios de información previa sobre contratos que superen los umbrales comunitarios. De este modo, se aprovecharía la naturaleza telemática, sencillez del sistema y empleo de códigos extendidos en la UE, a la hora de fomentar la participación de operadores económicos pertenecientes a otros Estados miembros en las funcionalidades de esta fase preinformativa. En concreto, la plataforma central escogida para la antedicha interacción electrónica con los operadores económicos entendemos que, debido a su principal público objetivo, debería tratarse de la propia plataforma de la ANAC. En ella se procedería a la publicación del resto de anuncios sobre los procedimientos de licitación con preferencia a aquellas más orientadas a la creación de portales de transparencia, como podría serlo el portal del

Observatorio o del MIT, que permitan el control general por parte de la ciudadanía de la actuación de la Administración.

Esta primera interacción propuesta nos permite entrever la gran importancia de utilización de los códigos de identificación de los procedimientos de compra programados como el código NUTS y, especialmente, del CPV y sus subcódigos, dado el elevado nivel de detalle que puede llegar a permitir, así como su carácter uniforme en toda la UE que favorecería los efectos de desterritorialización anejos a la implementación de las TIC. En concreto, estos códigos servirían como elemento principal de acceso, búsqueda y *sistematización* de los procedimientos de compra programados, con una mayor precisión y seguridad que la búsqueda por texto, así como, incluso, de elemento de agrupación y clasificación de la información que debe figurar en los mismos⁵⁰⁶, de modo que no solo se proceda a la publicación de información, sino a su efectiva puesta a disposición. Es por ello que, partiendo de la obligatoriedad de la utilización del código CPV, ya afirmada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto de los contratos sujetos a una regulación armonizada⁵⁰⁷, debería procederse a su extensión, como ya se ha tenido ocasión de apuntar, respecto de las programaciones trienales de obras públicas, con independencia del volumen económico de la contratación proyectada, como ya se ha hecho en sede de la programación bienal de bienes y servicios e, incluso, en sede del anuncio de información previa tal y como se recoge en el Anexo XIV Parte I.B del d.lgs. n. 50/2016.

Empleo del referido código CPV que, necesariamente, ha de ir acompañado de la exigencia a los entes adjudicadores de cualquier tamaño de que su uso sea siempre riguroso⁵⁰⁸, ante el hecho de que nos encontramos ante un medio de sistematización de la información de fuerte trascendencia en la conformación de un mercado interno único sin barreras al constituir un sistema de interoperabilidad semántica *ad extra*, o

⁵⁰⁶ Sobre la utilidad estadística adicional de esta nomenclatura, así como de la posibilidad de localización de operadores económicos adecuados por parte de los poderes adjudicadores, véase RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE, A., «La nomenclatura CPV», *Observatorio de la Contratación pública*, 2013 pp. 3 y 4.

⁵⁰⁷ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. SALA SEXTA, *Sentencia de 24 de septiembre de 1998, C-76/97*, párrafo 37.

⁵⁰⁸ Exigencia que a la luz del Reglamento (CE) n° 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), debe entenderse proporcionada para cualquier tipo de poder adjudicador.

interoperabilidad lingüística⁵⁰⁹, orientado a posibilitar la concurrencia competitiva de operadores económicos de todos los Estados miembros de la Unión Europea en plano de igualdad respecto de los operadores nacionales⁵¹⁰ y que, incluso, en su proyección hacia cada uno de los Estados miembros y su progresiva difusión entre los operadores económicos nacionales, puede llegar a constituirse en un motor de búsqueda que garantice la igualdad dentro del propio mercado nacional de contratación pública con independencia de que nos encontremos o no ante contratos sujetos a una regulación armonizada. De manera que dicho uso erróneo pueda dejar sin efecto tanto las ventajas de concurrencia potenciadas por las TIC como las introducidas *ex novo* por éstas en la fase de preinformación.

No obstante, el otorgamiento de un código CPV incorrecto o erróneo, o consistente en aplicar un campo genérico a contratos que admiten de forma manifiesta una clasificación más precisa, supone un defecto en la información digital suministrada —en este caso, previa— que, difícilmente, podrá contar con una sanción lo suficientemente contundente como podría serlo la consideración de la programación defectuosa entendida como ausencia de programación y, por tanto, efectuada en el correspondiente procedimiento de desarrollo o ejecución de aquella, con vulneración del art. 21 del d.lgs. n. 50/2016. En efecto, tal solución podría llegar a ser planteable e incluso viable en caso de un defecto de notable consideración, como también lo sería, en un sentido completamente contrario, la aplicación de un código totalmente erróneo y orientativo, impidiendo de plano que la sistematización de la información publicada pudiera considerarse como una verdadera puesta a disposición y acceso a la misma. Solución que somos conscientes de que levantaría una fuerte controversia y oposición ante las alegaciones de que el resto de la información contenida en la programación podría subsanar el defecto de codificación, pese a lo cual, insistimos en la necesidad trascendental de rigor o acierto a la hora de establecer este tipo de elementos de identificación en el nuevo contexto de información digital como requisito y contrapeso

⁵⁰⁹ BERNADÍ GIL, X., “La cooperación interadministrativa y la interoperabilidad”, cit. p. 313.

⁵¹⁰ Véase al respecto la necesaria influencia del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en materia de contratación pública (especialmente arts. 34, 36 y 49 y ss.), así como el desarrollo jurisprudencial del TJUE de los mismos en MORENO MOLINA, J. A.; PUERTA SEGUIDO, F.; PUNZÓN MORALEDA, J. Y RAMOS PÉREZ OLIVARES, A., *El consultor de los Ayuntamientos. Claves para la aplicación de la directiva 2014/24/UE sobre contratación pública*, 1º, Wolters Kluwer, Madrid, 2016 pp. 29 a 32. En este sentido, establece la COMISIÓN EUROPEA, *COM(2010) 744 final de 16 de diciembre: Hacia la interoperabilidad de los servicios públicos europeos*, cit., p. 4, que el multilingüismo existente dentro de la Unión Europea puede dar lugar al establecimiento de barreras que han de ser superadas.

esencial, salvo que se asuma el riesgo de que condenemos a la publicidad digital a convertirse en una maraña insondable de datos que impidan de facto el acceso a la misma.

Si bien, cuestión más controvertida viene constituida por el caso más frecuente y habitual de error consistente en la aplicación de categorías excesivamente generales, donde la existencia de una información general —pero no errónea— potencialmente concretable en sede de los procedimientos de licitación de desarrollo, podría conceptualizar las anteriores medidas de prevención como excesivas, a lo que hemos de unir la patente realidad de las dificultades de ciertos entes adjudicadores a la hora de aplicar en forma tan rigurosa esta nomenclatura, especialmente en el caso de pequeños entes del sector público que carezcan de los medios y personal cualificado suficientes.

Llegados a este punto, hemos de visualizar como una posible solución el hecho de que el empleo de un código CPV equivocado deba conllevar la “nulidad” de la programación y, por ende, la consideración de su no realización. Mientras que la prevención de su aplicación laxa o genérica, por la que se desaprovechen sus fuertes posibilidades de especificación y sistematización, deberá combatirse mediante la potenciación de los servicios de asesoramiento técnico en dicha cuestión, que pudieran dar entes de mayor tamaño, tratándose de un ámbito especialmente propicio para el desarrollo de actividades de asesoramiento o auxiliares de compra de las centrales de compras —art. 39 del d.lgs. n. 50/2016—, las cuales podrían ser contratadas por parte de la plataforma central de anuncios de preinformación interactivos, por ejemplo, a entes como la Consip, S.p.A. A lo que se podría unir el hecho de que el conocimiento y pericia en el uso del CPV deba de ser un punto a tener especialmente en cuenta respecto de la formación dada a los responsables de contratación del ente adjudicador a la hora de otorgar la cualificación del art. 38 del d.lgs. n. 50/2016, siendo deseable su inclusión en el *Schema* del d.P.C.M. orientado al desarrollo del art. 38, c. 2 del d.lgs. n. 50/2016 registrado el 7 de febrero de 2018.

La segunda de las interacciones propuestas se halla inspirada en los sistemas de habilitación del mercado electrónico o sistemas dinámicos, tratando de permitir, mediante la utilización de las nuevas tecnologías, que la publicación de los anuncios de preinformación permitiera que los operadores económicos se den a conocer de manera anticipada y comuniquen su disposición para realizar una oferta comercial vinculante,

así como los términos principales de la misma, generalmente en forma de catálogo electrónico.

De este modo, se aprovecharía que la información contenida en los anuncios de información previa o en los programas plurianuales de contratación, en cuanto define la necesidad que se pretende cubrir y, en consecuencia, el objeto del contrato referenciado con su correspondiente código CPV, sería suficiente como para que se lanzaran dichos catálogos de manera anticipada, así como la acreditación, mediante declaración responsable, de cumplir con los requisitos generales de contratación. Al mismo tiempo, la información contenida en estos instrumentos sería lo suficientemente reducida como para recabar las anteriores *preofertas* antes de que el poder adjudicador se vea obligado a tener confeccionado y publicado el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones técnicas y contractuales-administrativas, cuya redacción y selección del procedimiento de contratación podría llevarse a cabo sobre la base de la información que se pudiera recoger durante la vigencia del anuncio de información previa.

Así las cosas, la utilización del anuncio de información previa o de los programas plurianuales de contratación permitiría la obtención de variables de la población que configura la potencial oferta de un poder adjudicador, tales como modelos y soluciones técnicas posibles para la satisfacción de sus necesidades, precios del sector para cada una de las soluciones y modelos, número de operadores económicos interesados y ubicación de dichos operadores, entre otras. Dicha información vendría a colocarlo en una mejor situación a la hora de planificar los futuros procedimientos de licitación desde el punto de vista de la fijación de su nivel de demanda óptimo —y con ello el precio unitario de mercado al que será posible su obtención—, dado que podría llevar a cabo los muestreos que se consideren oportunos a fin de obtener información sobre la configuración de la estructura de costes medios de los potenciales licitadores que conformarán el mercado de contratación pública para el determinado producto u obra que se trate, lo que implicaría una mejor confección de la curva de costes marginales sociales previsibles por cada unidad del bien o servicio del que se provean, originando una verdadera innovación administrativa que permita e inste a los poderes adjudicadores a un mayor rigor en la fase preparatoria de los contratos⁵¹¹.

⁵¹¹ Sobre la necesidad de avanzar en dicha línea véase TRIBUNAL DE CUENTAS, *Informe 1046, de 24 de julio de 2014* o como se propone, por ejemplo, en MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., “«Transparencia» vs «Transparencia» en la contratación pública”, cit., p. 8.

En definitiva, todo ello conduciría a la obtención de ventajas de información inéditas en la futura elaboración de procedimientos de contratación ordinarios derivados de la utilización y regulación de las TIC, al tiempo que fomentaría la actuación basada en estudios estratégicos del mercado. Tales pretendidos objetivos o ventajas de información vienen a coincidir, precisamente, con los objetivos que, ya a finales del pasado siglo estableció la Comisión Europea en relación a la implantación de la contratación pública electrónica con la pretensión de que los órganos de contratación pudieran conocer precios y condiciones para que pudieran decidirse por los productos cuyo precio fuera más interesante⁵¹².

De hecho, la idoneidad de la obtención de información del mercado en el que se encuadra la demanda del poder adjudicador de forma previa a la realización del procedimiento de contratación es una realidad ya reconocida por el legislador europeo que le ha llevado al establecimiento de los artículos 40 y 41 de la Directiva 2014/24/UE, aunque el empleo de unas comunicaciones electrónicas a nivel de preinformación del modo expuesto permitiría alcanzar, según nuestra opinión, los mismos objetivos que los referidos preceptos pero de forma más eficaz, toda vez que serán sorteados los inconvenientes que presentan aquellos al incurrir en un potencial incumplimiento o debilitamiento del principio de igualdad de trato, dado que los operadores económicos participantes en las consultas preliminares podrían tener acceso a una información privilegiada que los estableciera en una situación más ventajosa respecto del resto de licitadores, a lo que se une el riesgo de que estos traten de influir en el poder licitador mediante el suministro de información sesgada con la intención de conseguir una configuración del futuro proceso de licitación favorable a sus propios intereses⁵¹³ y que conllevará la necesaria previsión de medidas que eviten el falseamiento de la competencia, incluso mediante el recurso a la exclusión de licitadores. Es más, debe tenerse en cuenta que mediante dichas consultas se solicita el auxilio de determinados operadores económicos pretendiendo que participen de forma eficaz pero de manera *quasi* altruista. Inconvenientes que encontraremos igualmente en el procedimiento de diálogo competitivo y asociación para la innovación previstos, respectivamente, en los arts. 30 y 31 de la Directiva 2014/24/UE por los que se establece de una forma u otra un

⁵¹² COMISIÓN EUROPEA, *COM(1996) 583 final, de 27 de noviembre: Libro verde. La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro*, cit., epígrafe 4.13.

⁵¹³ TREUMER, S., «Evolution of the EU Public Procurement Regime: The New Public Procurement Directive», en LICHÈRE, F., CARANTA, R. y TREUMER, S. (coords.) *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Djof Publishing, Copenhagen, 2014, pp. 13 y 14.

diálogo técnico a través de los cuales, y sobre la base de unos criterios de adjudicación muy escuetos —por cuanto el ente adjudicador carece de información—, el demandante público descubrirá cuál es la solución técnica que mejor resuelve sus necesidades, solución de la que era desconocedora *ab initio* pero que impedirá un ulterior procedimiento de adjudicación abierto, al limitar dicha actuación a los operadores económicos “invitados” por el poder adjudicador y, en consecuencia, la de la concurrencia competitiva⁵¹⁴.

La interacción propuesta sobre la posibilidad de presentación de preofertas a través de la plataforma en la que se publiquen las programaciones de contratos debería partir de cuatro requisitos *sine qua non*:

1) Que la confidencialidad de las preofertas que, eventualmene, se hagan, solo puedan ser conocidas por agentes distintos del ente adjudicador destinatario y, siempre, una vez finalizado el procedimiento de compra final dado que, en caso contrario, los operadores económicos que hayan presentado una preoferta podrían situarse en una situación de inferioridad respecto del resto de operadores económicos desincentivando la utilización de esta operativa.

2) Que en ningún caso la apertura del procedimiento de contratación ulterior sea restringido a quienes hayan llevado a cabo preofertas.

3) Que se contemple la previsión de sistemas de vinculación respecto de las preofertas. con el fin de que, sin poner en desventaja a estos operadores económicos frente a los que no hayan formulado preoferta, garanticen la veracidad e inexistencia de sesgos en las mismas.

4) Y que, a cambio de la realización de preofertas, se ofrezca algún tipo de motivación o beneficio a quien lo lleve a cabo sin que ello se traduzca en la obtención de privilegios durante el procedimiento de licitación.

Atendidos los anteriores requisitos, se nos abre un primer campo para la posible implementación de esta segunda interacción: los contratos en los que se prevea la posibilidad de su adjudicación directa, es decir aquellos contratos de suministros, servicios y obras en los que se prevean un gasto inferior a los 40.000 euros o de su

⁵¹⁴ SÁNCHEZ GRAELLS, A., «Exclusion, qualitative selection and short-listing in the New Public Sector Procurement Directive 2014/24», en LICHÈRE, F., CARANTA, R. y TREUMER, S. (coords.) *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Djof Publishing, Copenhagen, 2014, pp. 125 y 126.

contratación mediante el sistema negociado sin publicidad en el que pueda procederse a la exclusiva invitación de un operador económico —art. 63, c. 2, lett. a) del d.lgs. n. 50/2016—. En este caso, a cambio de darse a conocer mediante la correspondiente preoferta y comunicación de declaración responsable de encontrarse en situación de cumplimiento de los requisitos generales de contratación, se permitiría que, en sede del procedimiento ordinario, el ente adjudicador decidiera contratar directamente con alguno de los operadores que hayan formulado preofertas en los términos de las mismas mediante la ejecución de una suerte de Oda que le permitiera ejecutar su proposición, generalmente con la configuración de un catálogo de productos en los que se incluya tanto información técnica como información económica, comprometiéndose a su satisfacción en los términos establecidos en caso de aceptación por parte del ente adjudicador destinatario. Así las cosas, se arbitraría un cauce de interacción, a la vista de las actuaciones de contratación programadas, que permitiría la recepción —confidencial de forma inicial— de una serie de preofertas en las que se incluyera un catálogo de productos, servicios o soluciones constructivas con su correspondiente información técnica, económica y de disponibilidad que permitirían una fuerte prospección del mercado por parte de los entes adjudicadores y la clara obtención de ventajas informativas, garantizando la fiabilidad de la información derivada de las preofertas a través de su vinculación, toda vez que su remisión conllevaría la aceptación del compromiso de responder satisfactoriamente y en las condiciones establecidas en aquellas, en caso de ser compelidos a su realización dentro de los términos y límites previstos en la oferta, so pena de incurrir en un incumplimiento susceptible de producir un motivo de exclusión análogo al previsto en el art. 80, c. 5 lett. f-bis) de d.lgs. n. 50/2016. De este modo, como contraprestación a la información previa obtenida por los entes adjudicadores, los operadores económicos obtendrían una vía de comunicación a través de la cual poder dar a conocer su oferta en procedimientos de los que, normalmente, quedarán totalmente excluidos, dada la posibilidad de su adjudicación directa o, al menos, sin la realización de una fase de licitación de ofertas propiamente dicha, y todo ello, sin que la implementación de este instrumento pueda suponer empeoramiento alguno respecto de la situación de los operadores económicos no partícipes en la elaboración de preofertas, los cuales podrán ser igualmente elegidos en la adjudicación directa o invitados a participar en la negociación sin publicidad.

A lo anterior se une la posibilidad de que, manteniendo la confidencialidad de las preofertas pero desagregando y anonimizando la información de todos ellos y ofreciéndola *a posteriori*, la plataforma de interacción podría obtener variables estadísticas inéditas respecto de este tipo de procedimientos, tales como sujetos interesados en participar —sujetos que han enviado preoferta—, precios máximos, precios medios y precios mínimos, que permitirían favorecer su transparencia y el control del buen gobierno y de la motivación ofrecida para este tipo de contrataciones, esto es, ventajas conductuales.

Fuera de los dos supuestos expuestos, la necesidad de garantizar la igualdad de los operadores económicos en el procedimiento de licitación propiamente dicho, con independencia de la presentación o no de preofertas, aleja las posibilidades de ofrecer una contraprestación a los operadores económicos que participen con tal interacción previa de modo que se vean motivados a la realización de aquellas de manera completamente fiable. No obstante, podríamos plantearnos salvar este obstáculo respecto de los procedimientos de mayor entidad en los que sea inviable a todas luces la utilización de Oda, mediante el establecimiento preceptivo de la necesidad de plantear una *preoferta* como “pago” para la activación de la primera de las interacciones planteadas en relación a los sistemas de preinformación: el sistema de alerta personalizada de procedimientos de contratación. Sin embargo, su establecimiento con una ausencia total de vinculación podría abrir la puerta a la recepción por parte del ente adjudicador de información sesgada e interesada, fundamentalmente, en cuanto a las condiciones económicas del aprovisionamiento, variable clave a tener en cuenta en la planificación de determinados sectores en los que la naturaleza del producto u obra y sus características no presenten dudas como, por ejemplo, en relación a servicios de carácter intelectual (v. gr. el asesoramiento legal de los municipios) o la realización de labores de manutención como podrían ser los servicios de conservación de instalaciones eléctricas.

Ahora bien, es cierto que podemos encontrar sectores, como los relativos a la provisión de suministros o a la realización de obras, donde la obtención de preofertas carentes de un elemento económico podrían mantener su utilidad al poder conformar catálogos con información técnica sobre los distintos productos u obras que podrían satisfacer su necesidad, constituyendo así una potencial y extensa consulta técnica del mercado sin necesidad de contacto directo con los operadores económicos. La utilidad

de estas preofertas sin contenido económico sería la de tener conocimiento de los diferentes equipos que podrían satisfacer las necesidades de trabajo del ente adjudicador o las diferentes soluciones constructivas para una determinada edificación. Pero también es cierto que la total falta de vinculación de tales catálogos o preofertas entendemos que seguiría conllevando la posibilidad de obtención de información sesgada o no totalmente segura. Sin embargo, la solución no estaría en la vinculación entre preoferta y oferta posible durante la licitación, porque daría lugar a la desproporcionada carga que para los operadores económicos supondría la realización de un catálogo que contuviera las (casi) ilimitadas soluciones constructivas y eventualidades posibles para el desarrollo de un contrato de obras enunciado de forma sumamente escueta en un anuncio de información previa simple o un programa trienal de contratación.

De ahí, que llegados a este punto tengamos que descartar la posibilidad de aplicación de este segundo tipo de interacción respecto de los contratos de servicios y de obras que sobrepasen el umbral de los 40.000 euros o que no esté prevista su adjudicación a través del procedimiento negociado sin publicidad, por lo que únicamente quedará una sola posibilidad adicional: la de su potestativa aplicación respecto de los contratos de suministro. En efecto, podríamos encontrarnos, ahora, ante un ámbito donde la realización de un catálogo de los diferentes productos susceptibles de satisfacer la necesidad anunciada por el ente adjudicador y sus características técnicas sí se presenta, con carácter general, como asequible, permitiendo *a priori* exigir que, a cambio de obtener el servicio de seguimiento personalizado expresado anteriormente se deba presentar un catálogo técnico sin información económica de los diferentes productos relacionados con la necesidad expresada por el ente adjudicador, de modo que la oferta realizada tras la publicación del correspondiente anuncio o anuncios de licitación, se vea constreñida a los modelos anunciados en el catálogo inicial, extremo que permitiría asegurar en buena medida la realidad de la información obtenida.

La crítica al sistema planteado en base a esta segunda interacción podría estar en que su utilización requiere el establecimiento de una duplicación de las cargas a los operadores económicos reiterativa, en cierto modo, de las operaciones que tendrán que llevar a cabo en relación al procedimiento de licitación propiamente dicho: la formulación de la oferta y de la declaración responsable. Misma objeción que, como hemos visto, la doctrina ya planteó respecto de la regulación anterior de los sistemas

dinámicos de adquisición basada en la formulación de ofertas indicativas vinculantes. Si bien, nuevamente las TIC se nos plantean como una solución innovadora.

En efecto, dicha carga podrá reducirse de manera considerable en el caso de que la plataforma o portal electrónico en el que se encuadren los contenidos de las programaciones de manera interactiva permitan la reutilización de las preofertas y de las declaraciones responsables. Así, lo que se viene a proponer es que los operadores económicos interesados en la utilización de estos sistemas puedan cargar en su perfil, ubicado en la plataforma central en cuestión, uno o varios catálogos y una declaración responsable ya completada que puedan reutilizar de manera automática a la hora de dar respuesta a diferentes comunicaciones preinformativas de diversos entes adjudicadores. Perfil que, para mayor seguridad del sistema, debe de ser accesible u operable en cuanto a sus utilidades principales —seguimiento y formulación de preoferta— mediante la utilización de sistemas seguros de identificación como, por ejemplo, los mismos niveles de firma electrónica que vayan a ser posteriormente exigidos en los ulteriores procedimientos de compra.

Por todo ello cabría resumir nuestra propuesta en los siguientes puntos:

1ª- Posibilidad de activación de un sistema de seguimiento personalizado de las categorías de producto para un determinado bien, servicio, obra, gestión de servicios públicos o concesión de obra a partir de la información contenida en un programa plurianual de contratación. Seguimiento para cuya activación será necesaria la identificación del operador económico en la plataforma que permite tal operativa mediante firma digital, de forma que sean aceptados los mismos sistemas de firma electrónica que serán posteriormente exigidos en el procedimiento de licitación propiamente dicho. De este modo y sin necesidad de mayores operaciones, *ab initio* el ente adjudicador podrá proceder al diseño de los ulteriores procedimientos de compra conociendo una muestra —número, identificación y ubicación— de los potenciales operadores económicos que conforman el mercado de la contratación pública. No obstante, esta posibilidad proporcionada a los operadores económicos no debe ir acompañada de una normativa que vincule a los operadores económicos a este *feedback* previo con el poder adjudicador, al menos, en relación a los subsiguientes procedimientos de contratación con anuncio de licitación, de manera que en el ulterior proceso de contratación podrán participar todos los operadores económicos que lo

deseen y que permita el sistema de adjudicación seleccionado, con independencia de la activación previa del sistema de seguimiento.

2ª- La apertura general de la posibilidad de que la plataforma interactiva de publicación de los programas de contratación permita a los operadores económicos la presentación de un catálogo de productos o soluciones constructivas con inclusión de aspectos técnicos y económicos, incluso, con la posibilidad de adjuntar archivos ‘.pdf’ que contengan información técnica y/o comercial sobre el producto en cuestión, para aquellos contratos de suministros, servicios y obras en los que se prevea un gasto y/o un procedimiento inferior a los 40.000 euros o en el que vaya a concurrir la causa habilitante del art. 63, c. 2, lett. a) del d.lgs. n. 50/2016. Catálogo que resultará vinculante, en el sentido de que pueda ser posteriormente exigido su cumplimiento a cualquiera de los proveedores de forma análoga a la del funcionamiento de las ODA, so pena de incurrir en sucesivos motivos de exclusión. Tal preoferta deberá ir acompañada de la correspondiente declaración responsable relativa a los requisitos generales de contratación, preferiblemente, siguiendo un modelo preconfigurado que se base en una versión adaptada del DUCE.

3ª- En caso de que lo decida el ente adjudicador, el establecimiento para los contratos de suministro, no incluidos en la propuesta anterior, de una necesaria presentación o preoferta para la activación del sistema de seguimiento de un catálogo de productos con inclusión tan solo de aspectos técnicos y que limitarán los modelos de producto que podrá escoger posteriormente para su inclusión en la oferta que lleve a cabo dentro del procedimiento de licitación propiamente dicho una vez que el mismo sea abierto. La preoferta deberá ir acompañada de la correspondiente declaración responsable relativa a los requisitos generales de contratación, preferiblemente, siguiendo un modelo preconfigurado que se base en una versión adaptada del DUCE.

4ª- La inclusión de ambas posibles interacciones, es decir, la opción de seguimiento personalizada y de formulación de preofertas mediante una plataforma central, como puede ser la plataforma de la ANAC, para la publicación de los anuncios de licitación y demás anuncios previstos en la normativa de contratación pública, la cual aúne y sistematice las programaciones, en formato abierto —cuestión que trataremos en el epígrafe siguiente—, de todos los entes adjudicadores del país de modo que, previo su registro e identificación, el operador económico pueda activar sistemas de seguimiento de manera sinérgica respecto de varios entes adjudicadores, tipos de

producto, lugar de ejecución... al tiempo que le sea posible generar una declaración responsable sobre condiciones generales para contratar y unos catálogos electrónicos-preofertas reutilizables respecto de diversas actividades de contratación programadas. Siendo necesario para la utilización de estas funcionalidades básicas la identificación del operador de forma segura mediante sistemas de firma electrónica.

2. LA DIGITALIZACIÓN DE LOS ANUNCIOS RELATIVOS AL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN EN LOS NIVELES DE INFORMACIÓN INICIAL Y DE POSTINFORMACIÓN

2.1.- CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS ANUNCIOS DE LICITACIÓN, DE ADJUDICACIÓN Y DE MODIFICACIÓN

A) El anuncio de licitación

A través de las comunicaciones del poder adjudicador tendentes a la publicación del inicio del procedimiento de contratación, esto es, del segundo de los niveles señalados o de información inicial, se comunicará a los operadores económicos que conforman el mercado de la contratación pública en cuestión la incoación de la cadena de actuaciones que componen el procedimiento de contratación pública propiamente dicho, por el que se exterioriza con todo detalle la determinación de contratar sobre un determinado producto u obra. En este punto se dará a conocer con precisión el tipo de bien, servicio u obra, así como sus características técnicas, con el que se pretenden satisfacer las necesidades preexistentes por parte del poder adjudicador; los requisitos especiales que racionalmente deberán reunir los operadores económicos para poder dar satisfacción a la provisión satisfactoria de aquellos; y los criterios de evaluación que serán tenidos en cuenta a la hora proceder a la identificación de la oferta que mejor satisface el interés público —*lex specialis*—⁵¹⁵. De este modo, se puede afirmar que estas publicaciones de nivel inicial marcarán decisivamente, según la información que en ellos se incluya o se deje de incluir, las pautas de comportamiento esperables —o posibles— de los diferentes intervinientes en las fases posteriores⁵¹⁶.

⁵¹⁵ CARINGELLA, F., *Manuale di diritto amministrativo*, XI, Dike. Giuridica Editrice, Roma, 2017, p. 1609.

⁵¹⁶ De forma muy clarificadora se establece esta influencia de la información inicial en MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., “«Transparencia» vs «Transparencia» en la contratación pública”, cit. p. 8.

El contenido de los anuncios de licitación, principal exponente de los anuncios de publicidad inicial se halla regulado en el Anexo XIV C del d.lgs. n. 50/2016 en relación con el art. 74 del mismo cuerpo legal, por el que se viene a introducir una importante novedad consistente en la obligatoria inclusión de la dirección de Internet a través de la cual estarían disponibles los documentos de licitación para su acceso gratuito, ilimitado y directo, trasponiendo así uno de los deberes incorporados *ex novo* por la Directiva 2014/24/UE por el que se desarrolla esta misma previsión ya contenida, con carácter potestativo, en la Directiva 2004/18/CE.

Por su parte, se ha de destacar la insistencia de la nueva normativa por la que los anuncios de licitación deben ser llevados a cabo sobre la base de modelos-tipo preestablecidos por una autoridad central, en este caso la ANAC, con el fin de dotar al anuncio de una uniformidad que contribuya al fomento de la oferta y a la igualdad de condiciones de todos los operadores económicos, al tiempo que se simplifica la acción del ente adjudicador, así como la extensión de una homogénea interpretación de sus disposiciones y la consiguiente mayor seguridad jurídica. Iniciativa ésta que ya había sido conocida y desarrollada durante la vigencia del art. 64 del d.lgs. n. 163/2006⁵¹⁷ y que implicará que, conforme los anuncios-tipo vayan siendo adoptados por la ANAC, no solo deberá respetarse el contenido del Anexo XIV C del d.lgs. n. 50/2016, sino también el propio modelo preconfigurado, respecto del cual solo podrán apartarse de forma suficientemente motivada.

Este acto de carácter externo por el que se comunica la existencia del procedimiento de contratación, así como su *lex specialis*, viene a constituir un

En igual sentido se manifiesta el CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen de 21 de mayo de 1992* o el TRIBUNAL DE CUENTAS, *Informe n. 1046/2014, de 24 de julio*. Véase también, TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. SALA PRIMERA, *Sentencia de 13 de octubre de 2005, C-458/03*.

Sobre la naturaleza del anuncio de licitación véase SCOCA, S. S., *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, cit., pp. 83 a 86, quien viene a definirlo como “*un atto amministrativo, riproduttivo e integrativo della delibera di contrarre, con efficacia esterna, in quanto comunica ai destinatari lo schema contrattuale e avvia la fase selettiva, consentendo agli interessati di esprimere un’offerta*”, esto es, como ‘un acto administrativo, reproductivo e integrador de la decisión de contratar, con efectos externos al comunicar a los terceros destinatarios el esquema contractual y el inicio del procedimiento de adjudicación, permitiendo a los interesados transmitir una oferta’, quien viene a concluir, además, que “*il bando, in definitiva, altro non è se non un atto amministrativo, non equiparabile, se non per vaghe analogie, agli istituti del diritto privato*”, esto es, “el anuncio, en definitiva, no es otra cosa que un acto administrativo no equiparable, salvo por vaga analogía, a las instituciones de derecho privado”.

⁵¹⁷ CARINGELLA, F. Y PROTTO, M., *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo. Commento organico al codice e alle linee guida ANAC alla luce del decreto correttivo del 19 aprile 2017*, n. 56, cit., art. 71, pp. 350 y 351.

“ofrecimiento o invitación a ofrecer”⁵¹⁸, esto es, una llamada a los potenciales oferentes por la que se pone en conocimiento de los mismos y de toda la sociedad la estructura de las curvas de coste público marginal e ingresos públicos marginales y, en consecuencia, el punto de equilibrio hacia el que el monopsonista nos conducirá. No obstante, no puede considerarse propiamente una “verdadera propuesta negocial” por cuanto los elementos determinantes del contrato tan solo quedarán plenamente establecidos una vez efectuado el desarrollo del procedimiento de licitación, tras el cual quedará fijado definitivamente el contrato sobre la base de la curva de oferta del operador económico que mejor contribuya al interés público en relación a su calidad precio. Igualmente, aunque ahora desde un punto de vista opuesto, no se puede equiparar el anuncio de licitación a la propuesta contractual de un particular toda vez que una eventual modificación de aquel requerirá la realización de un procedimiento administrativo de segundo grado con la suficiente publicidad y contradicción respecto de los interesados⁵¹⁹. Es, por ello, por lo que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia unánime han venido a descartar el carácter contractual del mismo como oferta al público *ex art. 1336 del C.c.*, fijándolo, definitivamente, como una “resolución administrativa de contenido prescriptivo”⁵²⁰.

Llegados a este punto, nos encontramos en situación de dar una vuelta de tuerca adicional a la exposición gráfica del funcionamiento del mercado de la contratación pública. Así, en la preparación del procedimiento de licitación y con ayuda, en su caso, de la información obtenida en los niveles de preinformación, ya sea, como se sugiere en este trabajo, mediante el empleo de las comunicaciones preinformativas o la realización de consultas técnicas al mercado, el ente adjudicador se establece en una situación en la que es capaz de dibujar su curva de ingresos públicos marginales al tiempo que trata de percibir la curva de oferta media a la que darán lugar, previsiblemente, los operadores económicos que conforman el mercado en el que se inserta su demanda, la cual influirá, a su vez, entre otros factores, en la elaboración de su curva de costes públicos marginales. De este modo, se obtendrá el punto de equilibrio óptimo del mercado de la contratación que hemos venido a indicar a través de la figura I.1.3 que será expresado

⁵¹⁸ LENOCI, M. C. Y OTROS, “Le procedure, tra tradizione ed innovazione”, cit., p. 690; CLARICH, M., *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Giappichelli editore, Torino, 2010, p. 424.

⁵¹⁹ SIMONE, H., «Bandi, avvisi e misure di pubblicità», en SAITTA, F. (coord.) *Appalti e contratti pubblici. Commentario sistematico*, Wolters Kluwer; CEDAM, Milanofiori Assago, 2016, pp. 924, 929 y 930.

⁵²⁰ CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE IV, *Sentenza n. 7258/2012, 20 dicembre*.

en los anuncios de nivel de información inicial como el nivel de cantidad y de precio máximo para un determinado tipo de producto con una calidad y especificaciones técnicas mínimas. Junto a ello, se determinará la *lex specialis* por la cual se rige el proceso de licitación destinado a la identificación del operador económico que mejor satisface el interés público, esto es, el que mediante bajas en el precio o incrementos en la calidad del producto⁵²¹ supone la mayor mejora o forma de aprovisionamiento del punto de equilibrio fijado de manera inicial, lo que se dilucidará a través de las ponderaciones contenidas en el anuncio de licitación. Representado de forma gráfica este procedimiento de licitación que fija el punto final de aprovisionamiento resultaría conforme a la figura IV.2.1, donde S''' representa la curva de oferta individual para cada nivel de precio del operador económico que ha presentado la oferta con el precio más bajo, y S'' la curva de oferta para cada nivel de precio del operador económico que ha presentado la mejor relación calidad precio. De este modo, se puede observar que en el procedimiento de licitación el punto definitivo del aprovisionamiento se situará en $(Q^{*'}, P^*)$ si el único criterio a valorar es el del precio o bien, en $Q^{*'}$ y un punto intermedio entre P^* y $P^{*'}$ en el caso de que se opte por un criterio de calidad precio, pudiendo darse, incluso, el caso de que la ponderación de los factores cualitativos contenida en la *lex specialis* del anuncio de licitación estableciera como mejor oferta en su relación calidad precio la de un operador económico cuya curva de oferta coincidiera con la curva de oferta media del mercado S' , fijándose, ahora, el punto de abastecimiento final en el punto $(Q^{*'}, P^{*'})$. Procedimiento más sencillo en los casos

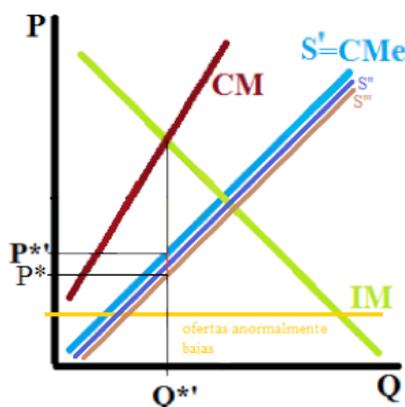


Figura IV.2.1

representados en la figura I.1.3.bis donde nos encontramos con el caso del monopsonista precio aceptante y en el que, en lugar de una comparación competitiva entre las concretas curvas de oferta individuales a las que específicamente dan lugar los operadores económicos en el ámbito del mercado de la contratación pública, podrá producirse una licitación o valoración de la calidad-precio entre las diferentes categorías o modelos del producto,

⁵²¹ Concepto dentro del cual se incluyen otros factores cualitativos como los elementos sociales, medioambientales o innovadores del proceso de producción, entre otros.

cada una con su correspondiente precio preestablecido por herencia del paralelo mercado privado en el que se negocien los mismos productos u obras.

Este hecho consistente en la posibilidad de que el punto de abastecimiento final tras el procedimiento de licitación regido por las normas especiales contenidas en el anuncio de licitación pueda llevar a un nivel distinto al del equilibrio medio del monopsonio del mercado de la contratación pública identificado en un momento inicial gracias a la información que haya podido obtenerse de aquel, ha de tomarse como un fenómeno natural, toda vez que la construcción de dicho punto de equilibrio se lleva a cabo sobre valores medios que deben englobar y tener en cuenta las diferentes soluciones que encuentran cabida en los términos del anuncio de licitación y sus especificaciones técnicas, debiendo permitir la concurrencia competitiva dentro de la licitación de diferentes tipos de bienes y servicios de diversas calidades y procesos de provisión, así como de soluciones constructivas, permitiendo la identificación de la concreta oferta que mejor satisface el interés público según los criterios de adjudicación establecidos. Así las cosas, el punto de equilibrio del mercado, identificado inicialmente por el ente adjudicador, lo que viene a establecer es una cuantía (Q) de aprovisionamiento, un precio (P) de aprovisionamiento *máximo* y, en proporción a este, un nivel de ofertas anormalmente bajas cuya posibilidad de cumplimiento presenta serias dudas. De modo que el nivel de P será matizado y obtenido de manera definitiva tras el procedimiento de licitación.

Sin embargo, huelga destacar la importancia de la correcta fijación del punto de equilibrio en relación a la curva de costes medios de los oferentes del mercado o curva de oferta total, toda vez que un sobredimensionamiento de la misma —fijándola más a la izquierda— repercutirá sobre la curva de costes públicos marginales de modo que se lleve a fijar un equilibrio más constreñido en cuanto a unidades de producto requeridas, con la consiguiente pérdida de utilidad. Mientras que la fijación de curva de oferta media excesivamente reducida —desplazada hacia la derecha— podrá convertir en irregulares o inaceptables ofertas que presentan la mejor calidad precio del mercado a la hora de satisfacer las necesidades públicas según los criterios del anuncio de licitación, como, por ejemplo, la contenida en S’.

Situación distinta la encontraremos cuando el procedimiento de contratación tenga como único criterio de adjudicación el precio más bajo dadas unas especificaciones técnicas mínimas, en cuyo caso lo recomendable será que esa

desviación sea inexistente o lo más reducida posible, toda vez que la distancia entre S' y S'' perderá el sentido anterior, provocando únicamente un sobredimensionamiento de la curva CM y, por tanto, un defecto en la fijación del punto de equilibrio real del mercado de contratación pública. Por todo ello, en este último caso, deberá apurarse lo máximo posible la precisión de la curva S' en relación a las cualidades técnicas mínimas exigidas del producto, lo que entendemos que, incluso así, dará lugar a desviaciones entre ambas curvas dados los, generalmente, inevitables sesgos que se producen a la hora de obtener información sobre el mercado, de forma que el propio procedimiento de licitación actúe como un fenómeno último, tendente a la eliminación de los mismos, que conduzca al nivel de precio verdaderamente óptimo.

Esta importancia nuclear de los anuncios de información inicial en el procedimiento, ha sido señalada por el Tribunal General de la Unión Europea⁵²² al establecer que:

En concreto, el principio de igualdad de trato entre licitadores, que no es más que una expresión específica del principio de igualdad de trato [...] y que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores [...]. De este modo, la entidad adjudicadora está obligada a respetar, en cada fase del procedimiento de licitación, el principio de igualdad de trato de los licitadores (sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 1998, Embassy Limousines & Services/Parlamento, T-203/96, Rec. p. II-4239, apartado 85), y éstos deben encontrarse en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora [...].

El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora

⁵²² TRIBUNAL GENERAL DE LA UNIÓN EUROPEA. SALA PRIMERA, *Sentencia de 16 de septiembre de 2013*, T-402/06, considerandos 66 y 67, por la que se reitera la jurisprudencia previamente contenida en su *Sentencia de 18 de marzo de 1.992*.

[...] y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación [...]. Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111).

B) La publicidad *ex post*: los anuncios de adjudicación y modificación

La publicidad inicial deberá ser completada ulteriormente con comunicaciones de nivel *ex post* a través de las cuales pueda verificarse:

- Que el aprovisionamiento se ha llevado a cabo en las cantidades requeridas salvo concurrencia de causa legal de modificación.

- Que el aprovisionamiento se ha llevado a cabo en los niveles de precio, calidad y forma de abastecimiento determinados por el adjudicatario en la licitación, y que le llevaron a ser vencedor de ésta, salvo concurrencia de causa legal de modificación.

- Que, en todo momento, el desarrollo del contrato ha respetado las normas generales y la *lex specialis* establecida en el propio anuncio de licitación.

En otras palabras, la importancia de las comunicaciones en un nivel inicial es completada por la de las comunicaciones en un nivel *a posteriori* del desarrollo y culminación del procedimiento de compra y efectivo aprovisionamiento gracias a las cuales es posible verificar la realidad y cumplimiento de lo expresado en las primeras.

Dentro de éstas podemos destacar, de un lado, la previsión del anuncio de adjudicación del art. 98 en relación con el anexo XIV, Parte I, D del d.lgs. n. 50/2016 que deberá publicarse dentro de los treinta días siguientes a la finalización del contrato o del acuerdo marco y por el cual se comunicará, entre otros, la información relativa al ente adjudicador; al procedimiento de contratación y la motivación del tipo de procedimiento en el caso de que se haya optado por un procedimiento negociado sin publicidad; a los criterios de adjudicación empleados; a la fecha de finalización del

contrato o del sistema dinámico de adquisición; al número de ofertas recibidas, siendo una importante novedad del nuevo texto la necesidad de su desglose entre número de ofertas recibidas por parte de pequeñas y medianas empresas, por parte de operadores de otros Estados miembros o extracomunitarios y número de ofertas recibidas por vía electrónica; a los datos relativos al operador económico adjudicatario; y al valor de la oferta adjudicataria, de la oferta máxima y de la oferta mínima recibidas.

Por otro lado, encontraremos también, como importante instrumento de postinformación, la figura del anuncio de modificación contemplado en el art. 106, c. 5 en relación con el Anexo XIV, Parte I, lett. E del d.lgs. n. 50/2016, por el cual se transmitirá información relativa, además de sobre la identificación del objeto del contrato y de la identidad del ente adjudicador, a la descripción del contrato antes y después de la modificación en cuestión; al aumento del precio, en su caso; a la descripción de las circunstancias que han hecho necesaria la modificación; y a la identificación del nuevo operador económico adjudicatario, también, en su caso.

No obstante, ha de tenerse presente que la realización de dicho anuncio no tendrá lugar en todos los casos de modificación, sino tan solo en los casos contenidos en el art. 106, c. 1, lett. b) y c), esto es, respecto de aquellas modificaciones que se deban al acaecimiento de circunstancias imprevistas e imprevisibles, incluida la aprobación sobrevenida de disposiciones legislativas, reglamentarias o disposiciones de autoridades u organismos encargados de velar por los intereses públicos y que no supongan la alteración de la naturaleza general del contrato; o bien, cuando la modificación consista en la adición de obras, servicios o suministros suplementarios y adicionales a los inicialmente previstos por parte del operador económico adjudicatario, siempre y cuando por motivos técnicos o económicos, sea impracticable la modificación del contratante o bien, dicho cambio conlleve dificultades significativas y/o duplicación de costes. En ninguno de los casos anteriores el eventual incremento del precio podrá exceder del 50 % del valor original del contrato. A dicho método de control que supone el anuncio de modificación, se unirá, respecto de las causas de modificación previstas en el art. 106, c. 1, lett. b) y c. 2, la comunicación de la modificación a la ANAC dentro de los 30 días siguientes a su perfeccionamiento, previéndose que la misma publique en la sección de Administración Transparente de su portal las modificaciones notificadas, lo cual permitirá dotar de publicidad, aunque de manera indirecta y de forma adicional a lo anterior, a aquellas modificaciones que representen una cuantía inferior al 10 % del

valor inicial del contrato de bienes y servicios o al 15 % en el caso de los contratos de obras y, en todo caso, inferior a los valores relativos al umbral comunitario contenidos en el art. 35 del d.lgs. n. 50/2016.

La normativa recoge, igualmente, otras posibles modificaciones sobrevenidas del contrato que no requerirán ser plasmadas en un anuncio de modificación ni en el portal de transparencia de la ANAC como son:

- Aquellas modificaciones que no coincidan con las expresadas en las letras b) y c) del art. 106, c. 1 del d.lgs. n. 50/2016 que se lleven a cabo en función de circunstancias expresamente previstas en los documentos de información inicial en los que se prevea de forma clara la envergadura, naturaleza y condiciones en las que éstas se pueden llevar a cabo, incluidas revisiones de precios y sustituciones del operador adjudicatario, siempre y cuando no se altere la naturaleza general del contrato o del acuerdo marco.

- Aquellas modificaciones consistentes en la sustitución del operador económico originalmente adjudicatario debido a que éste sea sucedido por un tercero *mortis causa*, por causa de reestructuración societaria, fusión, escisión, adquisición o insolvencia, siempre y cuando el nuevo operador económico satisfaga los criterios de selección cualitativos inicialmente previstos en la licitación, ello no suponga modificaciones sustanciales del contrato y no se trate de una actuación fraudulenta para evitar la aplicación de la normativa sobre contratación pública.

- Aquellas modificaciones consistentes en la sustitución del operador económico originalmente adjudicatario siempre y cuando el ente adjudicador asuma las obligaciones del contratista principal respecto de los subcontratistas.

- Aquellas modificaciones que no puedan ser consideradas sustanciales a los efectos del art. 106, c. 4 del d.lgs. n. 50/2016, esto es, cuando no se modifiquen los elementos esenciales del contrato originario, cuando no impliquen un potencial incremento de los candidatos admitidos o atraídos por la licitación en el caso de haber tenido reflejo en los elementos de publicidad inicial, cuando no supongan un cambio del equilibrio económico del contrato a favor del operador económico adjudicatario de forma no prevista en el contrato inicial, cuando la modificación no incremente significativamente el ámbito de aplicación del contrato y, finalmente, cuando no derive

de que un tercer contratista hubiera reemplazado racionalmente al adjudicatario del contrato.

A la vista de todo lo anterior, queda de manifiesto que nos encontramos en un ámbito de la contratación pública donde el cuidado a la hora de implementar las TIC tendrá potencialmente una fuerte repercusión respecto de la consecución tanto de lo que hemos venido a denominar ventajas de concurrencia como ventajas conductuales, toda vez que estas comunicaciones se constituyen como un requisito o garantía esencial en relación al cumplimiento de los principios básicos de la contratación pública de transparencia y libre concurrencia⁵²³, saltando rápidamente a la vista una insuficiente extensión del anuncio de modificación que, a nuestro entender, debería alcanzar la comunicación y motivación de toda modificación ulterior de las condiciones pactadas inicialmente a fin de favorecer, incluso en estos casos, el control de legalidad de la modificación por terceros interesados, máxime ante el hecho de que la utilización del régimen de modificaciones como un instrumento de flexibilidad necesario, especialmente en el desarrollo de los contratos de obras, en la práctica ha sufrido una cierta degeneración en su aplicación, constituyéndose como un factor de incremento de los costes de dichas obras, con sus consiguientes efectos negativos sobre el gasto público⁵²⁴, justificándose de esta forma la necesidad de una fuerte transparencia e instrumentos de control que aseguren la adecuación de la discrecionalidad ejercitada por el ente adjudicador en este punto.

En efecto, hemos de tener presente que la licitación no conseguirá asegurar una adecuada y verdadera competencia entre los operadores económicos en aquellos casos en los que la oferta que resulte adjudicataria no sea cumplida adecuadamente y sufra modificaciones indebidas, ya sea por una actuación colusiva entre el ente adjudicador, o mejor dicho, sus responsables y el operador adjudicatario, o bien, por una inadecuada supervisión de la ejecución del contrato por parte del ente adjudicador y/o una

⁵²³ Véase BERMEJO VERA, J., «La publicidad en el procedimiento de contratación», *Noticias CEE*, vol. 21, 1986 p. 37; y TRIBUNAL SUPREMO. SALA 3^a. SECCIÓN 7^a, *Sentencia de 17 de octubre de 2000. Rec. n. 3171/1995*, en la que se establece que la manifestación más “genuina” del principio de igualdad de trato es la publicidad en la contratación y su incidencia en los distintos sistemas de selección del contratista.

⁵²⁴ RAIOLA, I., «Art. 106. Modifica di contratti durante il periodo di efficacia», en GAROFOLI, R. y FERRARI, G. (coords.) *Codice dei contratti pubblici. Tomo II*, Neldiritto editore, Molfetta, 2017, p. 1847.

inadecuada redacción de los pliegos de contratación⁵²⁵. Y, lo que es más, en tales casos, se frustrará la consecución del interés público que justificaba la realización del contrato público y del principio de legalidad que ha de regir normalmente la actuación del ente adjudicador, al romperse el nexo existente entre los motivos de interés público que justificaron la adjudicación y la realización de esta última a favor de un determinado operador; y, con ello, el principio constitucional de *buon andamento* establecido en el art. 97 de la *Costituzione*⁵²⁶.

2.2.- MEDIOS ELECTRÓNICOS EMPLEADOS EN LOS NIVELES DE INFORMACIÓN INICIAL Y DE POSTINFORMACIÓN.

Antes de la entrada en vigor del d.lgs. n. 163/2006 el régimen de publicidad de los contratos no se hallaba unificado en un solo código⁵²⁷ conformando una regulación dispersa caracterizada por el predominio de la utilización de medios analógicos.

No obstante, en dicho periodo podemos encontrar la primera manifestación o intento de digitalización de los anuncios de licitación *ex art.* 24 de la Legge n. 340/2000, por el que se establecía la obligación de proceder a su publicación mediante un portal *web* desarrollado mediante decreto del *Presidente del Consiglio dei Ministri*, previendo su entrada en vigor para las Administraciones Públicas desde el 1 de enero de 2001 y a partir del 30 de junio del mismo año para el resto de entes públicos que lleven a cabo procedimientos de compra pública. Se diseñaba de esta forma un nuevo sistema de publicación que, en principio, debía de sustituir desde el 1 de julio de 2001 al resto de formas de publicación relativas a procedimientos de licitación no sujetos a una

⁵²⁵ RACCA, G. M. Y CAVALLO, P. R., «La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici», *Diritto amministrativo*, vol. 2, 2010, p. 325.

⁵²⁶ LAMBORGESE, A. PIETRO, «La rilevanza pubblica dell'esecuzione del contratto di appalto con la pubblica amministrazione», en *La nuova disciplina dei contratti pubblici. Tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Giuffrè Editore, Milano, 2016, pp. 326 y 327.

⁵²⁷ La regulación de la publicidad de los contratos de obras y de concesión de obras públicas se regulaba en el art. 29 de la L. n. 109/1994, así como en los artículos 79 y 80 de su reglamento de ejecución, el d.P.R. n. 554/1999; la publicidad de los contratos SARA de servicios o en los que siendo no SARA pero superiores a 100.000 euros se aplicara potestativamente la Directiva 92/50/CE se contenía en el art. 8 del d.lgs. n. 157/1995; la publicidad de los contratos SARA de suministro o para los contratos no SARA superiores a 100.000 euros a los que se les aplicara potestativamente la Directiva 93/36/CE se hallaba regulado en el art. 5 del d.lgs. n. 358/1992; la relativa a los contratos de servicios y de suministro no SARA a los que no se aplicara de forma potestativa la normativa de la Comunidad Europea quedaría regida por las disposiciones del R.D. n. 2240/1923 y del R.D. n. 827/1924 en relación a la Administración estatal, así como por los arts. 55 del d.P.R. n. 97/2003 y 192 del d.lgs. n. 267/2000 en relación a los entes públicos no estatales y a los entes locales. Finalmente, la publicidad de los procedimientos de contratación referidos a sectores excluidos se hallaba regulada en el art. 14 del d.lgs. n. 158/1995.

regulación armonizada salvo las previsiones relativas a su publicidad en determinados periódicos de tirada nacional y local.

No obstante, el referido precepto no sería desarrollado finalmente de la forma prevista, procediéndose a ello solo de forma parcial a través del Decreto Ministerial del *Ministero de Lavori Pubblici*⁵²⁸ 6 aprile 2001 n. 13889, en el que se establecía que, respecto de los contratos de obras públicas, los poderes adjudicadores de ámbito estatal y/o de interés nacional publicarían los *bandi di abilitazione*, los anuncios de licitación y los de adjudicación relativos a los procedimientos de obras públicas regulados, en aquel momento, por la Legge n. 109/1994, a través del portal web accesible inicialmente en la dirección <https://www.llpp.it>⁵²⁹. Para el resto de sujetos a los que les resultara de aplicación la Legge n. 109/1994 y que llevaran a cabo obras de interés regional procederían, en virtud del art. 2 del referido decreto y desde el 1 de mayo de 2001, a la publicación de los anuncios en los especiales sitios *web* establecidos por las regiones o las provincias autónomas. En caso de incumplimiento por los poderes adjudicadores de efectuar la publicación en sus plataformas *web*, lo deberían hacer en el nacional.

Con la entrada en vigor del d.lgs. n. 163/2006 las previsiones del Decreto de 2001 quedaron derogadas, procediéndose a la reunificación de la dispersa regulación anterior, así como a la intensificación de la introducción expresa y preceptiva del empleo de sistemas electrónicos de publicidad de anuncios relativos a la contratación pública, tanto a través de la previsión de sistemas nacionales de publicidad electrónica directa, tales como el perfil del comprador de cada uno de los entes adjudicadores, como mediante la utilización a través de la Comisión Europea de los sistemas telemáticos de publicidad establecidos por esta, es decir, del portal SIMAP.

A dicho avance *ad extra* en la digitalización de los anuncios se unía el establecimiento de la posibilidad de que la comunicación entre los entes adjudicadores y la Comisión Europea pudiera producirse, igualmente, mediante la utilización de medios telemáticos —art. 66, c. 1 y anexo X, punto 3 del d.lgs. 163/2006—, en cuyo caso, el plazo de publicación general del anuncio tras el empleo de medios analógicos —salvo en relación a los procedimientos de urgencia— se vería reducido de doce a cinco días.

⁵²⁸ Actualmente el *Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti* tras la reforma *Bassanini* llevada a cabo ex d.lgs. n. 300/1999 con eficacia desde junio del año 2001.

⁵²⁹ Actualmente mantenido en la dirección www.serviziocontrattipubblici.it.

En concreto, el art. 66 del d.lgs. n. 163/2006⁵³⁰ en relación a los anuncios de licitación y adjudicación preveía que, en el caso de los contratos sujetos a una regulación armonizada, la publicación se llevaría a cabo en el Diario Oficial de la Comunidad Europea —DOCE— mediante su transmisión a la Comisión Europea, así como que, de manera cumulativa, se procediera a su publicación en la *Gazzetta Ufficiale*, en el perfil del comprador y sobre el portal web del *Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti* antes señalado, y en el portal del Observatorio de los Contratos Públicos, dependiente de la AVCP, nueva plataforma digital centralizada establecida por el propio d.lgs. n. 163/2006. A lo que se añadiría la publicación tras 12 días de la transmisión a la Comisión o de cinco días en el caso de procedimiento de urgencia, en dos de los principales periódicos de difusión nacional y en, al menos, dos de los periódicos de mayor difusión local en el lugar de ejecución de los contratos.

La publicación en ámbito nacional en ningún caso podía ser anterior a la transmisión del anuncio a la Comisión Europea —art. 66, c. 9 del d.lgs. 163/2006—, estando vedada la posibilidad de publicar información diferente o adicional —c. 10— con el fin de salvaguardar la *par condicio* entre operadores nacionales y operadores pertenecientes a otros Estados miembros⁵³¹. Nótese, sin embargo, que del tenor literal de los preceptos incluidos, tanto en la normativa europea como en la italiana, se mantenía la posibilidad de proceder a la publicación del procedimiento de licitación en medios nacionales y, consiguientemente, al inicio de su tramitación tras su envío a la Comisión Europea, con independencia de que ésta hubiera procedido a su publicación en el DOCE o actual DOUE tal y como, efectivamente, había corroborado previamente el *Consiglio di Stato*⁵³² con la expresión de un criterio que, ciertamente, no podemos entender como contradictorio respecto de aquel otro mantenido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por el cual se venía a sostener que, por imperativo del principio de transparencia y de igualdad en el contexto del conjunto de la UE, no es posible proceder a la adjudicación final de un contrato sujeto a una regulación

⁵³⁰ Por el que se lleva a cabo la recepción y transposición de las indicaciones contenidas en los arts. 35 y 36 de la Directiva 2004/18/CE.

⁵³¹ Aunque, como señala LIPARI, M., «Commento agli art. 79-80-81», en DE RUVO, G., GIAMPAOLINO, L., SANDULLI, M.A. y STANCANELLI, G. (coords.) *Commento al Regolamento di attuazione della Legge Quadro sui lavori pubblici*, Giuffrè Editore, Milano, 2002, p. 289, incluso con tales medidas no se evitará completamente la existencia de una cierta ventaja de las empresas italianas, así como de los operadores económicos que tengan una conexión estable con Italia, dada la mayor cercanía a los entes adjudicadores y sus canales de contratación, el conocimiento del idioma, etc.

⁵³² CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE III, *Sentenza n. 232/1993, 26 ottobre*.

armonizada sin que el correspondiente anuncio de licitación haya sido publicado en el DOUE⁵³³, y que, por su parte, ha tenido como efecto la conformación de una jurisprudencia nacional por la que se señala que los plazos para la impugnación del anuncio de licitación correspondiente no comenzarán a computarse sino desde su publicación en el Diario de la Unión Europea, con independencia de que la publicidad nacional fuera coetánea o anterior a aquella⁵³⁴.

En cuanto a la regulación de la publicidad de los contratos no sujetos a una regulación armonizada, el d.lgs. n. 163/2006 preveía la publicación de los anuncios de información previa, de los anuncios de licitación, así como de los anuncios de adjudicación relativos a los contratos de obras superiores a quinientos mil euros, de servicios y de suministros, en la *Gazzetta Ufficiale*, en el perfil del comprador, en el portal del MIT, así como en el portal del Observatorio. Publicidad que iría acompañada, en el caso de los contratos de suministros y de servicio, de su publicación en el tablón de anuncios del ente adjudicador y, en el caso de los contratos de obras de importe superior a los quinientos mil euros, de su publicación en un diario de gran difusión a nivel nacional y en otro diario de gran difusión a nivel local en el lugar de ejecución del contrato —arts. 122 y 124 del d.lgs. 163/2006—.

En todos los casos anteriores los efectos legales de la publicación comenzaban a computarse desde su publicación en la G.U. —art. 66, c. 8 del d.lgs. n. 163/2006—.

Finalmente, respecto de los contratos de obras de cuantía inferior a los 500.000 euros, bastaba con la publicación de sus anuncios y avisos en el tablón de anuncios del municipio en el que se vaya a llevar a cabo la ejecución de la obra, así como en el tablón de anuncios del ente adjudicador, conectándose el inicio de los efectos legales de la publicación desde la publicación en el primero de los tabloneros referidos —art. 122, c. 5 del d.lgs. n. 163/2006—

Posteriormente, este sistema de publicaciones del d.lgs. n. 163/2006 sería modificado por el d.lgs. n. 113/2007 en relación a los anuncios de adjudicación de contratos de servicios y suministros, respecto de los cuales pasaría a preverse exclusivamente su publicación mediante canales telemáticos, en concreto, los medios electrónicos contenidos en el art. 66, c. 7 del d.lgs. n. 163/2006. Iniciándose así una

⁵³³ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. SALA PRIMERA, *Sentencia de 14 de octubre de 2004*, C-340/02.

⁵³⁴ CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE VI, *Sentenza n. 1747/2011*, 22 marzo.

línea de intento de superación de la publicidad de los anuncios y avisos en materia de contratación pública que sería continuada posteriormente por el art. 32 de la Legge 69/2009 al disponer que:

1. A far data dal 1° gennaio 2010, gli obblighi di pubblicazione di atti e provvedimenti amministrativi aventi effetto di pubblicità legale si intendono assolti con la pubblicazione nei propri siti informatici da parte delle amministrazioni e degli enti pubblici obbligati (...). 2. Dalla stessa data del 1° gennaio 2010, al fine di promuovere il progressivo superamento della pubblicazione in forma cartacea, le amministrazioni e gli enti pubblici tenuti a pubblicare sulla stampa quotidiana atti e provvedimenti concernenti procedure ad evidenza pubblica o i propri bilanci, oltre all'adempimento di tale obbligo con le stesse modalità previste dalla legislazione vigente alla data di entrata in vigore della presente legge, ivi compreso il richiamo all'indirizzo elettronico, provvedono altresì alla pubblicazione nei siti informatici, secondo modalità stabilite con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione.

1. A partir del 1 de enero de 2010, las obligaciones de publicar actos y disposiciones administrativas con efecto de publicidad legal se entienden cumplidas con la publicación en sus propias sedes electrónicas por parte de las administraciones y de los entes públicos obligados (...). 2. A partir de la misma fecha del 1 de enero de 2010, a fin de promover la superación progresiva de la publicación en papel, las administraciones y los entes públicos obligados a publicar en diarios en papel actos y disposiciones sobre procedimientos públicos o sus presupuestos, además de cumplir con esta obligación de acuerdo con lo establecido en la legislación vigente en la fecha de entrada en vigor de esta ley, en los casos que queden incluidos igualmente al ámbito de aplicación de la dirección, procederán además a su publicación en los portales informáticos, de acuerdo con las modalidades establecidas por decreto del Presidente del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Administración Pública e Innovación.

Misma línea en la que avanzó el art. 26, c. 1, lett. a) del d.L. n. 66/2014, por el cual se preveía, desde el 1 de enero de 2016, la obligada y exclusiva utilización de

medios electrónicos, añadiendo un último periodo al epígrafe 7 del art. 66 por el que se disponía que:

La pubblicazione di informazioni ulteriori, complementari o aggiuntive rispetto a quelle indicate nel presente decreto, e nell'allegato IX A, avviene esclusivamente in via telematica e non può comportare oneri finanziari a carico delle stazioni appaltanti.

La publicación de información posterior, complementaria o adicional a las indicadas en este decreto y en el anexo IX A, tendrá lugar exclusivamente por vía telemática y no puede suponer cargas financieras a cargo de los entes adjudicadores.

Tendencia programática la expresada que hundía sus fundamentos en la asunción de los argumentos que venían a contemplar las comunicaciones electrónicas como instrumentos más eficaces y eficientes que las tradicionales comunicaciones analógicas tal y como ya había venido a expresar la Comisión Europea al determinar que⁵³⁵:

La amplia disponibilidad y facilidad de uso de Internet permiten un mejor acceso a los anuncios de contratos cuando se efectúan a través de sitios web, especialmente en el caso de empresas de otros Estados miembros y PYME interesadas en contratos de escasa cuantía. Internet ofrece una extensa gama de posibilidades para el anuncio de contratos públicos:

La publicación en el sitio web de la entidad adjudicadora es un sistema flexible y con una buena relación coste-eficacia. La información debe presentarse de forma que los licitadores potenciales puedan hallarla fácilmente. Dichas entidades pueden también, si lo desean, publicar información sobre futuras adjudicaciones de contratos no cubiertos por las Directivas sobre contratación pública dentro de su perfil de comprador en Internet.

Los portales de Internet específicamente creados para dar publicidad a los contratos ofrecen más visibilidad y mayores posibilidades de búsqueda. A este respecto, se considera una buena práctica la creación de una

⁵³⁵ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación interpretativa de la Comisión (2006/C 179/2) sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública*, cit.

plataforma específica para contratos de escasa cuantía, dotada de un directorio de anuncios de contratos y de la posibilidad de suscribirse por correo-e, pues permite aprovechar al máximo las posibilidades que ofrece Internet con el fin de aumentar la transparencia y la eficiencia.

Fruto de lo anterior, la *legge delega* n. 11/2016 preveía en su art. 1, lett. s) una nueva regulación en materia de anuncios relativos a la contratación pública basada en “instrumentos de publicidad de tipo informático”, sin que se hiciera en ningún caso referencia a la publicidad en papel, retomando, a su vez, el reto de conseguir una publicidad electrónica de los anuncios y avisos unificada y gestionada en última instancia por la Autoridad competente en materia de contratación, actualmente la ANAC a la que había cedido el paso la antigua AVCP. Reto que, a pesar de las previsiones del d.lgs. n. 163/2006 y de su reglamento de desarrollo, no llegó a obtener su adecuado desarrollo y puesta en marcha durante la vigencia de aquellos quedando como un elemento pendiente de introducción por la sucesiva normativa de contratación pública.

Con tales precedentes, y sobre la base de las disposiciones contenidas en la *legge delega* citada anteriormente, vio la luz el actual d.lgs. n. 50/2016, el cual, en su art. 72, prevé que los anuncios y avisos de información previa, de licitación, de adjudicación y de modificación⁵³⁶, relativos a los procedimientos de contratación sujetos a una regulación armonizada⁵³⁷, deban de ser transmitidos a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea por vía electrónica⁵³⁸ procediendo aquella a su publicación dentro de los cinco días siguientes a su transmisión. Como se puede apreciar, encontramos la primera de las novedades en materia de digitalización de las comunicaciones contenida en el nuevo texto, es decir, la obligación de su transmisión telemática a la OPUE.

En cuanto a su contenido, tales anuncios serán íntegramente publicados en italiano por los poderes adjudicadores italianos, con las excepciones que se puedan

⁵³⁶ Anuncios de modificación a los que resulta de aplicación el art. 72 por remisión del art. 106, c. 5 del d.lgs. n. 50/2016.

⁵³⁷ Aplicación del art. 72 restringida a los contratos SARA que deriva de la circunscripción en materia de publicación de anuncios y avisos a la publicidad a nivel nacional del art. 73 contenida en el art. 36, c. 9 del d.lgs. n. 50/2016. En el caso de los anuncios de modificación, tal restricción será establecida expresamente por el art. 106, c. 5 del d.lgs. n. 50/2016.

⁵³⁸ A pesar de no existir una referencia directa al art. 106 del d.lgs. n. 50/2016, el c. 5 de este último precepto se encarga de hacer extensivas las disposiciones del art. 72 del mismo texto legal al anuncio de modificación.

derivar de la regulación en materia de bilingüismo, concretamente, de la provincia autónoma de Bolzano, si bien, en aras a la interoperabilidad semántica a nivel de la Unión, se llevará a cabo una síntesis de los principales elementos de la contratación de cada anuncio en el resto de lenguas oficiales de los Estados miembros. La OPUE mantendrá la publicación de los anuncios de información previa durante doce meses, o hasta la recepción de un anuncio de adjudicación en el que se indique, dentro de los antedichos doce meses⁵³⁹, que no se adjudicará ningún otro contrato en desarrollo de aquel, así como de la publicación de los *avvisi di indizione di gara* –‘convocatoria de ofertas’- por los que se establezca un sistema dinámico de adquisición durante toda la vigencia del mismo.

Por su parte, el art. 73 del d.lgs. n. 50/2016 viene a regular con carácter general la publicación de los anuncios de información previa, de adjudicación y de modificación⁵⁴⁰ a nivel nacional y en relación, ahora, a todo tipo de procedimiento de contratación, con independencia de que se halle o no sujeto a una regulación armonizada, previendo que los mismos sean publicados en el perfil del comprador del ente adjudicador en cuestión y en la plataforma digital de la ANAC, denominada *piattaforma digitale dei bandi di gara “in cooperazione applicativa”*, esto es, “en cooperación de aplicación” con los sistemas informáticos de las regiones y sus plataformas de contratación pública, la cual viene a asumir las referencias no desarrolladas del d.lgs. n. 163/2006 respecto de la plataforma del observatorio de los contratos públicos. Como cláusula de cierre, se viene a establecer que toda información posterior, complementaria o adicional a los anuncios referidos, se deberá llevar a cabo de forma exclusivamente electrónica.

Se diseña, por tanto, un sistema de publicación a nivel nacional que parece poder prescindir *a priori* de toda publicación analógica, incluida la *Gazzeta Ufficiale*, a favor de medios electrónicos, hasta el punto de prever que los efectos jurídicos relacionados con la publicidad de los anuncios dejarán de estar ligados a la publicación en aquella para estarlo, ahora, a la publicación en la plataforma digital de la ANAC —art. 73, c. 5

⁵³⁹ Periodo de duración máximo que será incrementable a los 24 meses en el caso de contratos públicos relativos a servicios sociales.

⁵⁴⁰ La inclusión de los anuncios de modificación ha quedado fuera de toda duda tras la inclusión por parte del art. 70, c. 1, lett. c), del d.lgs. n. 56/2017, del último periodo del art. 106, c. 5 del d.lgs. n. 50/2016. Dudas que eran razonables anteriormente dado que la remisión expresa contenida en el art. 106 en materia de publicación se limitaba al art. 72, mientras que el c. 4 del art. 73 se remitía exclusivamente a los anuncios enumerados de forma directa en el propio c. 1 del referido art. 72.

del d.lgs. n. 50/2016—⁵⁴¹. Sin embargo, tal ruptura presenta dos factores que vendrán a atenuar, cuando no a eliminar, los avances en esta línea.

El primero de ellos consistirá en la previsión de un periodo transitorio, regulado en el art. 216, c. 11 del d.lgs. n. 50/2016, cuya duración se deja a determinación de un ulterior desarrollo reglamentario, encomendado al *Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti*, durante el cual, de forma adicional a cuantas han sido referidas anteriormente, los anuncios de información previa, de licitación, de adjudicación y de modificación, serán publicados en la *Gazzeta Ufficiale* dentro de los seis días hábiles siguientes a la remisión y recepción de la documentación en cuestión por parte del *Ufficio inserzioni dell'Istituto poligrafico e zecca dello Stato*, siendo adicionalmente de aplicación lo dispuesto en el art. 66, c. 7 del d.lgs. n. 163/2006 conforme a las modificaciones introducidas por el d.L. n. 66/2014.

El segundo, por su parte, vendrá determinado por la previsión expresa del art. 73, c. 4 del d.lgs. n. 50/2016 de que el referido decreto de desarrollo concrete los medios de publicación, de forma que se garantice la certeza de la fecha de publicación y de adecuados niveles de transparencia y conocimiento, “*anche con l'utilizzo della stampa quotidiana maggiormente diffusa nell'area interessata*”, esto es, “también con el uso de la prensa diaria más extendida en el área en cuestión”, en contraste, o desdiciendo potencialmente, todo lo expresado anteriormente respecto de la mayor eficacia de dichos objetivos por parte de las comunicaciones electrónicas⁵⁴².

Potencialidad que, finalmente, se ha materializado en el Decreto del *Ministero delle Infrastrutture* n. 108824/2016, el cual viene a mantener esencialmente los efectos del antedicho periodo transitorio sobre el anuncio de licitación al prever que se mantendrá la obligación general de publicación de los anuncios de licitación en la

⁵⁴¹ ALESSANDRO, A. Y PERULLI, M. G., «Procedura di affidamento (Art. 66-76)», en CORRADINO, M. y DAMIANI, S.S. (coords.) *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, Giuffrè Editore, Varese, 2017, p. 283.

Tal vinculación de los efectos jurídicos a la publicación en el portal de la ANAC ha sido señalada por el CONSIGLIO DI STATO. COMMISSIONE SPECIALE DEL 22 MARZO 2017, *Adunanza n. 782/2017, 30 marzo*, poniendo de manifiesto la falta de coordinación entre dicho precepto y la accesoriadad que cobra el empleo de esta plataforma en el art. 29, c. 2 del d.lgs. n. 50/2016 respecto del perfil del contratante. No obstante, tal diferencia de protagonismo de la plataforma de la ANAC podría justificarse ante la orientación del art. 73 respecto de la publicidad operativa y del art. 29 a la publicidad cognoscitiva.

⁵⁴² MASSARI, A., «La pubblicità dei bandi di gara e l'imbarazzante ritorno dei quotidiani», *Appalti & Contratti*, 2017, accesible en <http://www.appaltiecontratti.it/2017/02/08/publicita-bandi-di-gara/>, fecha de consulta, 22-5-2018.

Gazzeta Ufficiale, con excepción de aquellos relativos a procedimientos de contratación de obras públicas de importe inferior a los quinientos mil euros cuya publicación quedará limitada al tablón de anuncios del Ayuntamiento donde vayan a ser ejecutados los contratos, manteniéndose fijada respecto de ambos instrumentos analógicos los efectos jurídicos vinculados por el Ordenamiento Jurídico a dicha publicidad, así como manteniéndose el plazo de seis días hábiles para la publicación desde la recepción de la documentación por parte de la oficina de publicaciones de cada uno de los medios referidos. Publicación principal tras la cual y dentro de los dos días siguientes deberá procederse a la publicación de los anuncios de licitación en la Plataforma del MIT. A lo que se une el hecho de que el Decreto n. 108824/2016, en su art. 2, c. 6, no viene a fijar una fecha concreta de finalización de este periodo transitorio tal y como se expresaba en el d.lgs. n. 50/2016, sino que en su lugar procede a la determinación de un término consistente en la efectiva puesta en funcionamiento de la plataforma de la ANAC, fecha hasta la cual se mantendrán en vigor las disposiciones del art. 66, c. 7 del d.lgs. n. 163/2006.

Cumplido dicho periodo, el art. 2, c. 1 del Decreto del *Ministero delle Infrastrutture* n. 108824/2016 viene a establecer que la publicación de los anuncios de licitación se llevará a cabo en la plataforma de la ANAC dentro de los seis días hábiles siguientes al de la recepción de la documentación que ha de ser objeto de publicación. Tras lo cual, se procederá a la publicación de dichos anuncios, en sede del perfil del comprador, dentro de los dos días hábiles siguientes a la publicación sobre la plataforma de la ANAC, prescindiéndose, finalmente, de la utilización de la G.U.R.I. Toda información posterior, complementaria o adicional a los anuncios de licitación, se llevará a cabo de manera exclusivamente telemática en el perfil del comprador —art. 2, c. 2 del Decreto n. 108824/2016—.

Sin embargo, a pesar de que el decreto n. 108824/2016 en su art. 2 viene a confirmar que, tras la finalización de dicho periodo transitorio, los principales medios de publicación de los anuncios de licitación serán enteramente electrónicos, en realidad a continuación el mismo se constituye en una norma que quiebra todo esperable avance hacia la plena digitalización de los anuncios y avisos de contratación pública. En efecto, el art. 3 del referido decreto viene a disponer que en relación a los contratos de obras, bienes y servicios sujetos a una regulación armonizada, la publicación de todo anuncio

y aviso⁵⁴³ desde el uno de enero de 2017, se realizará adicionalmente mediante extracto en, al menos, dos de los principales periódicos de difusión nacional y en, al menos, dos de los mayores periódicos de difusión local en el lugar en el que vayan a desarrollarse los contratos, procediendo a ello transcurridos doce días desde su transmisión a la OPUE o de cinco días en el caso de que se hubiera aplicado alguna de las causas de reducción del plazo de recepción de ofertas contenidas en los arts. 60 a 63. Igualmente, los anuncios y avisos relativos a los contratos de obras y concesiones comprendidos entre los 500.000 euros y los umbrales comunitarios contenidos en el art. 35 del d.lgs. n. 50/2016 serán adicionalmente publicados mediante extracto en uno de los principales periódicos de difusión nacional y en, al menos, en uno de los principales periódicos de difusión local en el lugar en que se fuera a desarrollar el contrato.

De esta forma, debe ser descartado que el actual régimen sobre contratación pública se dirija, de momento, a la completa digitalización de sus anuncios al haber establecido ya una obligación general de publicación en periódicos nacionales y locales, aunque sea mediante extracto, en relación a los anuncios de información previa, licitación, adjudicación y modificación referidos a contratos de servicios y bienes sujetos a una regulación armonizada, así como en relación a los contratos de obras superiores a los quinientos mil euros.

Por su parte, las disposiciones establecidas por el art. 4 del Decreto n. 108824/2016 deben ser entendidas en relación a lo dispuesto en el art. 5, c. 1 del mismo, por lo que no estaríamos ante la fijación de concretos medios de publicación de los anuncios de adjudicación, sino ante la determinación general de los términos para su publicación tal y como reza el encabezado del precepto, los cuales serán de aplicación solo en cuanto los medios relacionados se encuentren vigentes de manera obligatoria.

⁵⁴³ Dada la redacción del artículo por el que se refiere a la totalidad de los avisos y anuncios sin establecer limitación alguna, así como la justificación del mismo: “*al fine di garantire adeguati livelli di trasparenza e di conoscibilità delle procedure di gara e di favorire la concorrenza attraverso la più ampia partecipazione delle imprese interessate, anche nelle realtà territoriali locali*”, esto es, “para garantizar niveles adecuados de transparencia y conocimiento de los procedimientos de licitación y fomentar la competencia a través de una participación más amplia de las empresas interesadas, también en el ámbito local”, a pesar de que la mención adicional de los anuncios de adjudicación pudiera llevar a entender que, en un primer momento, el legislador pretendía circunscribirse a los anuncios de información previa —*avviso*— y al de adjudicación —*bando*—, entendemos que es lo correcto llevar a cabo una interpretación en la que la mención separada al anuncio de adjudicación resulta redundante, toda vez que los mismos ya han quedado englobados de forma previa en el tenor del periodo antecedente, al referirse éste a todo anuncio y aviso. De esta forma, quedarían también dentro del ámbito de aplicación del art. 3 del Decreto n. 108824/2016 los anuncios de modificación contemplados en el art. 106, c. 5 del d.lgs. n. 50/2016.

Así las cosas, sus disposiciones sobre la plataforma de la ANAC quedarán pendientes de aplicación hasta la finalización del periodo transitorio existente hasta su aprobación; las disposiciones sobre publicación en periódicos será de actual aplicación dado el tenor de su propio art. 3 y las disposiciones sobre la G.U.R.I; y el tablón de anuncios municipal será de aplicación tan solo durante el periodo transitorio antes referido, determinado por el art. 73, c. 4 y último periodo del art. 36, c. 9 del d.lgs. n. 50/2016, así como en el propio Decreto n. 108824/2016.

De esta forma, la regulación contenida en los arts. 72 y 73 del d.lgs. n. 50/2016 y en el Decreto n. 108824/2016 relativa a los anuncios de información inicial y postinformación podría condensarse en el siguiente cuadro resumen una vez finalizado el actual periodo transitorio:

Tipo de comunicación	Medio	C. bienes o servicios		C. Obras		
		No SARA	SARA	No SARA < 500.000 €	No Sara > 500.000€	SARA
Anuncio de licitación	DOUE – Portal SIMAP	NO	SI	No		SI
	Plataforma ANAC	SI		SI		
Anuncio de adjudicación	Perfil del comprador	SI		SI		
	Portal del MIT	SI		SI		
Anuncio de modificación	2 periódicos nacionales y 2 locales	NO	SI	NO	NO	SI
	1 periódico nacional y 1 local	NO	NO	NO	SI	NO

Por su parte, durante el periodo transitorio, a la vista de lo dispuesto en el Decreto n. 108824/2016, y en los arts. 36, c. 9 y 73, c. 4 del d.lgs. n. 50/2016 el cuadro resumen quedaría del siguiente modo:

Tipo de comunicación	Medio	C. bienes o servicios		C. Obras		
		No SARA	SARA	No SARA < 500.000 €	No Sara ≥ 500.000€	SARA
Anuncio de licitación	DOUE – Portal SIMAP	NO	SI	NO		SI
	Gazzetta Ufficiale	SI		NO	SI	
/	Perfil del comprador	SI		SI		
Anuncio de adjudicación	Portal del MIT	SI		SI		
/	2 periódicos nacionales y 2 locales	NO	SI	NO	NO	SI
Anuncio de modificación	1 periódico nacional y 1 local	NO	NO	NO	SI	NO
	Tablón del municipio	NO	NO	SI	NO	NO

Finalmente, podemos señalar que el sistema de publicaciones diseñado tal y como se recoge en el art. 5, c. 2 del Decreto n. 108824/2016 prevé expresamente que los gastos de la publicación obligatoria *ex lege* sea reembolsada al ente adjudicador por parte del operador económico adjudicatario dentro de los 60 días siguientes a la adjudicación, manteniéndose así lo dispuesto tradicionalmente sobre este punto y superándose las dudas al respecto que planteó el periodo transitorio dibujado por el art. 216, c. 11 del d.lgs. n. 50/2016⁵⁴⁴.

De forma adicional a los sistemas de publicación operativa anterior, destinada a los potenciales operadores económicos interesados en la participación en los procedimientos de licitación, el art. 29 del d.lgs. n. 50/2016 viene a disponer que todos los actos de los entes adjudicadores relativos a la programación de obras, servicios y suministros, así como a los procedimientos de adjudicación de contratos serán publicados adicionalmente en el área “Administración transparente” del perfil del comprador, en el portal del MIT y en la plataforma de la ANAC, “*in cooperazione applicativa*” con los sistemas informáticos de las regiones y sus plataformas de

⁵⁴⁴ MASSARI, A., “La pubblicità dei bandi di gara e l'imbarazzante ritorno dei quotidiani”, cit. Esta disposición es una manifestación adicional de cómo la normativa sobre contratación pública aprovecha el poder económico del ente adjudicador a la hora de generar un mercado separado en el que no solo la voluntad contractual de aquel será predominante, sino en el que su regulación especial tenderá positivamente a privilegiarlo. Cuestión tratada en el Capítulo I.

contratación pública, esto es, en una sección distinta de aquella, orientada a la publicación de la información operativa anterior, donde resultará de aplicación lo dispuesto en el d.lgs. n. 33/2013. Sección referida por el art. 29 que, por lo tanto, se hallará más orientada hacia la creación de un portal de transparencia dirigido a la totalidad de la ciudadanía y al control general y difuso de la actuación administrativa, antes que a la construcción de un portal de información dirigida directamente a los operadores económicos interesados en participar en los procedimientos de licitación actuales, razón por la que quedará reflejo de todo lo actuado en los últimos cinco años, al contrario de lo sucedido en el ámbito de la información operativa donde la misma quedará circunscrita a la evolución procedimental de la licitación.

La genérica y amplia formulación general del art. 29 del d.lgs. n. 50/2016 ha sido concretada por la ANAC⁵⁴⁵, determinándose la obligación de que sean publicados en el apartado “Administración transparente”, subsección “*Bandi di gara e contratti*” todos los actos de publicación obligatoria establecidos por el d.lgs. n. 50/2016, así como los informes de las comisiones de contratación. Nótese, por tanto, cómo la publicación del art. 29 no se limita a los actos de realización obligatoria, sino a aquellos de publicación obligatoria, de modo que en el caso de que se decida por un ente adjudicador la realización de un anuncio de información previa, a pesar de ser potestativo, una vez llevado a cabo deberá encontrarse entre la información requerida por aquel.

A ello se unirán las específicas menciones del art. 29 relativas a la publicación en este apartado, con funcionalidad de portal de transparencia, de los informes sobre la gestión financiera de los contratos al término de su ejecución, así como a la publicación, dentro de los dos días siguientes a su adopción, de las resoluciones por las que se determine la exclusión o admisión de un operador económico del procedimiento de licitación, tras la verificación de la documentación relativa a la ausencia de los motivos de exclusión contenidos en el art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, así como de la detentación de los requisitos económico-financieros y técnico-profesionales. En el mismo periodo de dos días antes indicado serán avisados los operadores económicos interesados de la existencia de dicha resolución a través de su correspondiente domicilio digital⁵⁴⁶, o canal análogo en el caso de operadores pertenecientes a otros Estados miembros,

⁵⁴⁵ ANAC, *Delibera n. 1310/2016, 28 dicembre*, apartado 8.1.

⁵⁴⁶ Aviso felizmente introducido, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, por el *decreto correttivo n. 56/2017*.

siéndole indicada la forma de acceso electrónico reservada a tales resoluciones, con la particularidad de que el término para la correspondiente impugnación comenzará a computarse desde que se encuentren disponibles en el portal acompañados de la debida motivación.

2.3.- CONSIDERACIONES Y PROPUESTAS SOBRE LOS NIVELES DE INFORMACIÓN INICIAL Y DE POSTINFORMACIÓN

Pasando al análisis del régimen de publicación expuesto, debemos detenernos en primer lugar en el hecho de que, como se ha podido apreciar, la publicación en el DOCE o en el DOUE se ha venido a limitar tradicionalmente a los contratos sujetos a una regulación armonizada, lo cual responde a la *ratio* consistente en que el interés concurrencial respecto de estos contratos se presume circunscrito al ámbito nacional, e incluso local en algunos casos, desapareciendo la necesidad de garantizar la efectividad de la concurrencia a nivel supranacional. Posicionamiento a todas luces heredado de la normativa anterior por el d.lgs. n. 50/2016 a pesar de que la Directiva 2014/24/UE ha venido a establecer la posibilidad de publicar, a través de la OPUE, anuncios y comunicaciones cuya transmisión no sea preceptiva. Disposición en la que parte de la doctrina ha observado la derivación de un principio por el que los poderes adjudicadores deben evaluar las circunstancias de cada caso para determinar si, a pesar de no cumplirse los requisitos legalmente necesarios para la activación de la preceptiva aplicación del régimen de los contratos sujetos a una regulación armonizada, existe un interés de concurrencia a nivel europeo que haga necesaria su publicación a través de los canales de comunicación de la UE⁵⁴⁷. Partiendo de nuestro acuerdo inicial con tal posicionamiento, debemos ir más allá e indicar el error de base en el que se incurre al considerar que puedan existir apriorísticamente una serie de contratos capaces de circunscribir su interés a los operadores económicos de un concreto ámbito geográfico del mercado de la contratación pública de la Unión Europea, porque, tal consideración, además de suponer una más que dudosa capacidad de *libre* interpretación de la voluntad de una parte muy importante de los operadores de dicho mercado, cuales son los operadores radicados en otros Estados miembros, viene a constituir la negación de la realidad a la que nos conduce la actual era digital y su consiguiente reducción de distancias y fronteras en el ámbito económico tal y como se analiza en la Introducción

⁵⁴⁷ LENOCI, M. C. Y OTROS, “Le procedure, tra tradizione ed innovazione”, cit., p. 712.

del presente trabajo, así como cerrar la puerta a los operadores de otros Estados miembros en un ámbito de contratación de importante cuantía y de especial interés para las PyMEs como los los contratos no sujetos a una regulación armonizada.

Así las cosas, hemos de entender que la limitación de las directivas europeas a una serie de contratos que superen determinados umbrales económicos no implica la falta de interés económico de los operadores de otros Estados miembros respecto de aquellos otros que no los superen ni que estos deban considerarse excluidos de la voluntad del legislador europeo de conformar un mercado único de contratación pública⁵⁴⁸. Por el contrario, tal limitación hemos de entender que responde a una política legislativa unificadora de carácter progresivo por parte de la UE que de momento limita voluntariamente sus mayores y más directas exigencias a los procedimientos de mayor cuantía y, por ende, a los entes adjudicadores de mayor tamaño y recursos.

A pesar de tal opción legislativa por parte de la UE, sería erróneo, a nuestro entender, concluir que los procedimientos de licitación no sujetos a una regulación no se hallen encuadrados y sometidos al Derecho de la Unión Europea tal y como ha puesto de manifiesto, de forma categórica, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sino que, por el contrario, son de aplicación a aquellos los principios generales del Ordenamiento Europeo, destacando, entre estos, el principio de libre concurrencia y no discriminación de los operadores económicos, a los que deben contribuir los Estados miembros también con la regulación nacional de este tipo de contrataciones⁵⁴⁹.

Por todo ello, entendemos que tanto el Ordenamiento Jurídico italiano como los del resto de Estados miembros que se hallen en disposición de hacerlo, no deberán limitarse en sus regulaciones nacionales a una mera trasposición de las directrices generales contenidas en las directivas europeas, sino a facilitar su desarrollo interno, a fin de adaptar sus disposiciones a la realidad nacional y también, por qué no, para contribuir con propia iniciativa a la prosecución de los intereses de la Unión, esto es, de los propios intereses nacionales compartidos con el resto de Estados miembros.

⁵⁴⁸ Como señala SPIAZZI, D., «Appalto pubblico (Diritto Comunitario) -voce-», en *Novissimo Digesto italiano*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1980, p. 338, la libre circulación en la estructura de la, entonces, Comunidad Europea no se limita a la demanda privada, sino también a la demanda pública, esto es, en relación a los productos que son objeto de adquisición por parte de los poderes públicos.

⁵⁴⁹ CARANTA, R., “Contratti pubblici -voce-”, cit., pp. 258 y 259.

Conforme con lo anterior, debemos concluir, en primer, lugar nuestra oposición a que la normativa vigente limite la publicación en el DOUE y, consiguientemente, en el portal SIMAP de los anuncios relativos a los procedimientos de compra pública sujetos a una regulación armonizada, considerando que la oportunidad dada por la Directiva 2014/24/UE debería haber sido aprovechada en el sentido de prever en aquel la publicación de todo anuncio con independencia de la cuantía de la licitación en cuestión, aun cuando se llevara a cabo en la forma de simple aviso similar al previsto en sede de anuncios de información previa.

En segundo lugar, se ha de poner de manifiesto que la decisión, *a última hora* y en dos actos, que se ha producido en el Ordenamiento italiano a la hora de proyectar un sistema de publicaciones de los procedimientos de licitación que prescindiera totalmente de publicaciones analógicas, supone un auténtico retroceso para el desarrollo de los medios electrónicos en la contratación pública. Así, aunque la nueva legislación ha previsto un desenlace final —*incertus quand*— consistente en el definitivo abandono de la publicación en la G.U.R.I a favor de una plataforma electrónica centralizada, en la que tengan cabida todos los procedimientos de contratación llevados a cabo en el país, aun cuando sea por interconexión con las correspondientes plataformas regionales, el d.lgs. n. 50/2016, en su art. 73, c. 4 dejó la puerta abierta al mantenimiento de la publicación por extracto en periódicos impresos, la cual ha sido ampliamente aprovechada por el Decreto n. 108824/2016.

Es lo cierto que esta decisión podría tener acogida desde el punto de vista de tratar de favorecer a los operadores económicos locales y nacionales con menos recursos y, por consiguiente, más vulnerables a las barreras digitales derivadas de la implementación de medios electrónicos. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que tal publicación ha sido reservada en sede de contratos sujetos a una regulación armonizada y aquellos contratos de obras que igualen o superen la cuantía de quinientos mil euros, por lo que su ámbito de aplicación, precisamente, descuida o excluye los procedimientos de contratación tendencialmente propicios para aquellos operadores a los que les sería de mayor utilidad el mantenimiento de esta medida, estableciéndose, por el contrario, en un ámbito alternativo en el que se ha de presuponer que si los operadores económicos pueden hacer frente a los cuantiosos contratos publicados, también dispondrán de los recursos necesarios para obtener el equipamiento y conocimientos necesarios que permitan sobrepasar las barreras digitales.

No obstante, a la vista de la norma confirmada por el art. 5, c. 2 del Decreto n. 108824/2016, cobra plena lógica que la publicidad en periódicos, en cuanto ha de suponer un coste adicional para el operador económico, se reserve para aquellos procedimientos de contratación en los que el precio obtenido por aquel sea mayor, de modo que la perspectiva de cargar con su pago no suponga un desincentivo de los operadores económicos a la hora de concurrir en el procedimiento de licitación tal y como sería esperable que se produjera respecto de los procedimientos de contratación de menor cuantía, máxime en aquellos casos en los que se deba proceder a su pago en los 60 días siguientes a su adjudicación sin ni tan siquiera haber recibido todavía la totalidad o parte del pago⁵⁵⁰.

Esta lógica subyacente en la regulación de la publicación en periódicos impresos nos conduce, por tanto, a la previsión de una medida de publicidad respecto de la que es más que esperable que los operadores económicos a la que va destinada puedan obtener, sin ningún problema, la información en cuestión mediante otros medios alternativos, sobre todo en el momento en que se ponga en funcionamiento la plataforma centralizada de información contractual de la ANAC, convirtiendo en redundante la información o publicidad en prensa redundante a cuya financiación son obligados los operadores económicos concurrentes a los procedimientos de mayor cuantía en la previsión de que el peso porcentual del coste de publicación en los periódicos no desincentivará la participación de los operadores económicos.

Este escenario nos lleva a presumir la existencia de una utilización de la contratación pública como una herramienta favorable a la construcción de políticas públicas tendentes a apoyar el sector de la prensa escrita, con la intención de que, aprovechando el *status* económico del ente adjudicador, ello se pueda prever normativamente sin coste a las arcas públicas, trasladando éste a los operadores económicos. Sin embargo, es cuestionable en este punto que realmente se consiga trasladar completa o, al menos, parcialmente, el coste de publicación en periódicos a los operadores económicos, más allá de la apariencia formal, toda vez que la disposición del art. 5, c. 2 del Decreto n. 108824/2016, a pesar de estar reservada a los

⁵⁵⁰ Sobre la denuncia de esta situación, así como en relación a la propuesta subsidiaria a la eliminación de este pago, consistente en que dicho pago se realice siempre mediante adelanto de la parte correspondiente del precio de la contratación véase «OICE SUL RIMBORSO SPESE PUBBLICITÀ BANDI DI GARA A CARICO DELL'AGGIUDICATARIO», *Appalti & Contratti*, 2017, accesible en <http://www.appaltiecontratti.it/2017/01/26/il-rimborso-spesa-pubblicita-bandi-di-gara-a-carico-dellaggiudicatario/>, fecha de consulta 23-5-2018.

procedimientos de mayor cuantía, podrá conducir, previsiblemente, a los operadores económicos a integrar este gasto previsto adicional en su curva de costes medios, desplazándola hacia la izquierda y, por consiguiente, originando un punto de equilibrio del mercado de la contratación pública menos favorable para el ente adjudicador con su consiguiente pérdida de utilidad. Situación análoga a la analizada en el capítulo I en la figura I.3.6.

De este modo, llegamos a la conclusión de que el futuro de la publicación de los contratos de licitación en prensa debería pasar por una de las dos siguientes opciones: su supresión o, bien, su previsión adicional o circunscrita a los procedimientos de menor cuantía, asumiendo su financiación directamente desde instancias institucionales, de modo que, a través de la segunda opción, se incremente potencialmente la utilidad de dicha publicidad respecto de los operadores económicos, especialmente las PyMEs, al tiempo que se simplifique y se otorgue mayor transparencia a la asunción del coste público de dicha medida. Consideraciones finales a las que hemos de unir las dudas expuestas por MASSARI⁵⁵¹ en cuanto a la posible extralimitación del Decreto n. 108824/2016 sobre el mandato del art. 73, c. 4 del d.lgs. n. 50/2016, el cual viene a referirse al desarrollo mediante decreto de la “*stampa quotidiana maggiormente diffusa nell'area interessata*”, esto es “el diario más extendido en el área en cuestión”. Área interesada definida por el propio Decreto n. 108824/2016 en su art. 3, c. 2, como “el territorio de la provincia al cual se refiere el objeto del contrato y el ámbito en el que se desarrollan las competencias de la administración adjudicadora”, lo que debería conllevar a la previsión principal de publicación solo en prensa local y, únicamente, en la nacional en aquellos casos en los que la administración adjudicadora sea un ente estatal.

Sea como fuere, a pesar de la reminiscencia —interesada o no— del modelo de administración analógica que viene a suponer el mantenimiento actual de la publicidad en periódicos, no podemos dejar de reconocer el decidido impulso que supone o supondrá el d.lgs. n. 50/2016 en el momento en el que se lleve a cabo el desarrollo de la plataforma de la ANAC, el cual ha dado pasos adicionales de gran envergadura en el proceso de digitalización de los anuncios de todos los niveles, llevados a cabo en la generalidad de los procedimientos de contratación pública, con el efecto inmediato de potenciar significativamente su alcance y facilitar su encuadramiento en un contexto

⁵⁵¹ MASSARI, A., “La pubblicità dei bandi di gara e l'imbarazzante ritorno dei quotidiani”, cit.

europeo. De hecho, debe ser valorada positivamente la regulación relativa a la implementación de estos medios electrónicos al percibirse, dentro de aquella, la consciencia de que la mera proyección aumentada que permiten las TIC no será suficiente a la hora de provocar efectos nuevos respecto de la administración analógica, tales como potenciar a niveles hasta ahora desconocidos ventajas de concurrencia y de transparencia, sino que dicha digitalización deberá de efectuarse de una manera adecuada evitando, en primer lugar, la excesiva fragmentación en el ámbito electrónico de la información que supondría la mera utilización de los perfiles del comprador tal y como se ha analizado en sede de las comunicaciones del nivel de preinformación. Razón por la que se debe alabar en gran medida la temprana previsión de una plataforma central que daría lugar al desarrollo de la plataforma del MIT, así como la continuación en este sentido del actual d.lgs. n. 50/2016, con la previsión de una plataforma central gestionada por la ANAC. Instrumentos que evitarán que la publicidad analógica de la G.U.R.I sea sustituida por el imposible deber de consultar los más de 32.000 perfiles del comprador existentes en Italia⁵⁵².

Junto a dicha intención de consolidar un sistema de publicidad electrónica centralizada nos encontramos también un claro esquema de la información publicada que podríamos distinguir, aun estando referida al mismo contenido o a los mismos datos, en dos principales tipos: - por un lado aquella destinada a garantizar el conocimiento del inicio y desarrollo —e incluso su previa programación como hemos visto en apartados anteriores— de la licitación y ejecución del contrato por parte de los operadores económicos, esto es, de aquellos administrados interesados en participar en la licitación, la cual tendrá un eminente carácter operativo, dirigida a la producción de efectos legales dentro de dicho procedimiento. Estaríamos, por ejemplo, ante el caso de la información prevista en los arts. 72 y 73 del d.lgs. n. 50/2016 y concordante; - y, de otro, una información que, siguiendo a CORRADO, podríamos denominar de tipo “informativo/cognoscitivo” con el objetivo de favorecer el control social y difuso por parte de los ciudadanos de la actuación de la Administración Pública y de los entes adjudicadores dentro del mercado de la contratación pública, tendente a la evaluación de su actuación dentro de unos parámetros de eficacia, eficiencia, ajuste a los intereses

⁵⁵² CONSIGLIO DI STATO. COMMISSIONE SPECIALE DEL 21 MARZO, *Parere n. 855/2016, 1 aprile*, cit.

públicos, etc.⁵⁵³. Nos encontraríamos ahora dentro del ámbito de la información prevista en la órbita del art. 29 del d.lgs. n. 50/2016.

Diferentes objetivos de la información publicada que justificará la previsión de que sea dispuesta, en función de aquellos en diferentes espacios, tal y como ya sucede en el estado actual del Ordenamiento Jurídico donde se prevé que la publicación de la información operativa de los procedimientos de compra se lleve a cabo en una suerte de “*albo pretorio online*”, esto es, “de tablón de anuncios *online*” dentro de la sección del perfil del comprador “*Bandi di gara*” —art. 4, c. 1 del d.P.C.M. n. 54679/2011—, mientras que la información de tipo cognoscitivo deberá emplazarse dentro de un espacio distinto denominado “*Amministrazione trasparente*” —art. 29 del d.lgs. n. 50/2016 en relación con el d.lgs. n. 33/2013—. Misma separación de secciones a la que parece invitar el art. 29, c. 2 del d.lgs. n. 50/2016 en sede del portal del MIT y el portal de la ANAC.

A nuestro entender, la diferencia de público objetivo no debería motivar solamente una distinción en cuanto a la ubicación de la información y el tiempo de permanencia de la misma⁵⁵⁴, sino también en cuanto a la sistematización dinámica y personalizable de la misma. Concepto esencial para la que la publicidad electrónica constituye realmente una innovación administrativa sin precedentes, de modo que la ingente acumulación de datos de estas plataformas, en sus correspondientes secciones, permita criterios de ordenación y búsqueda adaptados a las necesidades de su “público objetivo” sobre la base de los principales elementos característicos de los procedimientos de compra, tales como: CPV, NUTS de ejecución del contrato, administración contratante —en el caso de plataformas centralizadas— o tipo de

⁵⁵³ CORRADO, A., “La trasparenza negli appalti pubblici, tra obblighi di pubblicazione e pubblicità legale”, cit., pp. 4 y 5; GALLEGO CÓRCOLES, I., «Contratación pública e innovación tecnológica», *Revista española de Derecho Administrativo*, vol. 184, 2017; Como señala CERRILLO I MARTÍNEZ, A., *El Principio de Integridad en la Contratación Pública: Mecanismos para la Prevención de los Conflictos de Intereses y la Lucha contra la Corrupción*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 106: “la publicidad persigue dar a conocer la actividad que lleva a cabo la Administración pública en un determinado procedimiento de contratación [lo que vendría a coincidir con la información operativa], mientras que la transparencia buscaría permitir a los ciudadanos conocer qué sucede en el seno de las administraciones públicas en relación a la contratación pública [lo que vendría a coincidir con la información de tipo cognoscitivo]”.

⁵⁵⁴ Cinco años a contar desde el 1 de enero del año siguiente a aquel en el que se haya producido la obligación de la publicación o, en caso de ser superior, hasta la finalización de los efectos de los actos publicados, en el caso de la información cognoscitiva tal y como viene a señalar el art. 8, c. 3 del d.lgs. n. 33/2013. Y 180 días desde la publicación del resultado de la licitación en el caso de la información operativa tal y como se recoge en el art. 4 del d.P.C.M.

contrato, de modo que no solo esté disponible en la red, sino que además sea asequible su obtención y búsqueda por cualquier operador económico, incluidos aquellos pertenecientes a otros Estados miembros. En este punto es necesario precisar que la antedicha sistematización y filtración de datos pueda realizarse de manera cumulativa respecto de varios procedimientos de licitación que compartan ciertas características, tales como la categoría de producto o el ente adjudicador, para lo cual devendrá nuevamente fundamental la correcta y precisa utilización del CPV desde sus categorías generales hasta aquellas altamente específicas y habilitadas por su propio sistema de subcódigos. Así las cosas, debe denotarse, sobre esta cuestión, que de la mano de una mayor proyección de la información se producirá un crecimiento exponencial de los datos puestos a disposición, de manera centralizada y a través de un mismo portal, de los operadores económicos, siendo imprescindible una adecuada ordenación de los mismos que permitan su efectiva accesibilidad y búsqueda⁵⁵⁵.

Además, en el caso de la información relativa a la sección de “Administración transparente”, si realmente se quiere facilitar el control y conocimiento ciudadano de la actuación de las Administraciones Públicas, será indispensable la posibilidad de que la sistematización de la información permita la obtención de los datos de manera agregada, ofreciendo conjuntamente información referida a una pluralidad de procedimientos diferentes que presenten las mismas características contenidas en los criterios de búsqueda y agrupación, permitiendo así comparaciones por sectores de compra, entre actuaciones globales de diversos entes adjudicadores o entre distintos ejercicios, así como la posibilidad de agregar en la sección de “Administración transparente” de plataformas centralizadas, como el MIT o la plataforma de la ANAC, la información relativa a diversos entes adjudicadores. En efecto, dicho control difuso por parte de la ciudadanía no debería centrarse tanto en la posibilidad de acceso a cada uno de los concretos anuncios llevados a cabo en el seno de un procedimiento de licitación, sino en la posibilidad de acceso desagregado a la información contenida en los mismos, como, por ejemplo, el número de operadores partícipes en cada procedimiento de contratación, la relación de procedimientos con modificación tras su adjudicación con su correspondiente motivación o los importes de adjudicación acumulados y entes adjudicatarios en los diversos procedimientos efectuados para un tipo de producto u

⁵⁵⁵ Sistematización que podemos encontrar con cierto desarrollo en la herramienta TED de la Plataforma SIMAP.

obra concreto, lo cual permitirá la medición de las principales variables que permitan la fiscalización de la actuación de los entes adjudicadores y su consiguiente gasto público.

En definitiva, se plantea como indispensable una sistematización e interacción respecto de la información publicada a la que contribuiría de forma crítica la publicación de los datos en formato abierto⁵⁵⁶. Por otro lado, los planteamientos expuestos podrían colisionar con la objeción de que la ordenación o sistematización que hemos requerido de los datos podría resultar una exigencia excesiva o que sobrepase las posibilidades de determinados entes y administraciones adjudicadoras a la hora de implementarla en su perfil del contratante. Óbice que podría ser superado fácilmente con una adecuada implementación de tal sistematización por la ANAC, en su proyectada plataforma central, en la que se recopile toda la información obrante en aquellos.

Dicho lo anterior, hemos de señalar que entendemos que carecería de sentido, al suponer una duplicidad injustificada, el mantenimiento de dos plataformas centrales, tales como el portal del MIT y la plataforma de la ANAC, orientadas a la disposición de la misma información, ante lo cual se nos plantean dos opciones: por un lado, el mantenimiento del portal del MIT como portal de transparencia dentro de la órbita del art. 29, sin necesidad de la creación de un apartado de administración transparente dentro del portal de la ANAC, el cual quedaría reservado para la publicación de la información que hemos venido a denominar como operativa de los procedimientos de contratación, procediendo a modificar en este sentido el art. 29, c. 2 del d.lgs. n. 50/2016. O bien, por otro lado, se podría adoptar la decisión de que, sin perjuicio del merecido reconocimiento a la iniciativa del *Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti* de generar una plataforma central orientada, en primer lugar, a la publicación de los procedimientos de obra pública y, posteriormente, extendida al resto de tipos de contratación, la normalización del desarrollo de la idea y necesidad marcada por el legislador ya en el art. 24 de la *Legge* n. 340/2000 sea final y propiamente desarrollada por una institución con proyección de intervención general en el ámbito de la contratación pública tal y como lo es la ANAC. Lo que conllevaría a la supresión del portal MIT y la creación de una plataforma de la ANAC que, a imagen y semejanza de

⁵⁵⁶ Formato que, como veremos en mayor detalle, será exigido, al menos para los apartados de Administración transparente de los portales de contratación pública y de los perfiles del comprador, por el d.lgs. n. 33/2013.

los portales del comprador, aunara una sección de administración transparente-portal de transparencia y otra de información operativa.

Finalmente, en relación a esta separación de los sistemas de información en función de su público objetivo y de su eficacia debemos de poner en evidencia lo que podría considerarse una ruptura del antedicho esquema en sede del segundo periodo del art. 29, c. 1 del d.lgs. n. 50/2016, en relación al art. 120, c. 2 bis del d.lgs. n. 104/2010, por los que se viene a prever que, en sede del apartado de “Administración transparente”, es decir, de la publicación que hemos venido a denominar como cognoscitiva se publiquen las resoluciones por las que se venga a determinar el elenco de los operadores excluidos y admitidos a merced de la evaluación del cumplimiento de los requisitos generales de contratación, así como de los requisitos económicos y técnicos de la concreta licitación, con la previsión final de que los plazos de impugnación previstos en el ordenamiento comenzarán su cómputo desde el momento de su disponibilidad en dicha zona del perfil del contratante del ente adjudicador.

En consecuencia, ello viene a otorgar a la publicidad establecida en el apartado del portal de transparencia la eficacia propia de la información operativa, de forma que para tales operadores económicos, en su condición de ciudadanos, la facultad de control a la Administración a través de aquella, deviene en una obligación de consulta, atenuada, eso sí, de forma significativa tras la incorporación por el decreto correctivo de un aviso complementario a través del domicilio digital del administrado. Nos encontramos, por tanto, ante un tipo de información claramente distinta a la que hemos venido a denominar como cognoscitiva, siendo lo sistemáticamente correcto que, por respeto a la acertada división estructural planteada por el Ordenamiento, se recondujera esta información y la producción de sus efectos legales al apartado de información operativa, esto es, a la zona “*Bandi di gara*” o “*albo online*”, cuando no, al ámbito propio de las comunicaciones entre Administración y administrado ya sea mediante el uso del domicilio digital o de la eventual zona de área de comunicación de la plataforma⁵⁵⁷.

De forma conexa a la digitalización de estas comunicaciones y, en general, de todas aquellas producidas en el seno del procedimiento de licitación, encontramos cómo a través de las mismas —en concreto, mediante el anuncio de licitación— se pondrá en

⁵⁵⁷ En este sentido, véase CORRADO, A., “La trasparenza negli appalti pubblici, tra obblighi di pubblicazione e pubblicità legale”, cit., p. 12.

conocimiento de los operadores económicos una dirección de Internet, a través de la cual se puedan consultar y obtener todos los documentos de la licitación, produciéndose el fenómeno de la desmaterialización también respecto de cada uno de los documentos que forman parte del expediente de licitación, lo que viene a suponer, no solo la digitalización de las comunicaciones de todo procedimiento de contratación —lo que hemos venido a denominar como “información digital”—, sino también la del contenido del mismo, gracias a la figura de los documentos electrónicos, facilitando de esta manera su proyección europea o desestatalización o deslocalización.

No obstante, tal proyección, incrementada gracias a la interacción de las TIC, se verá fuertemente limitada por la barrera lingüística existente entre los diferentes Estados de la UE, especialmente intensa, como se ha podido comprobar mediante los datos incluidos en el presente estudio, en sede de las PyMEs, al tiempo que debemos reconocer que si hercúlea sería la labor de los operadores económicos de conocer todas las lenguas de la UE, no le iría a la zaga —especialmente en relación a los entes adjudicadores de pequeño y mediano tamaño— la labor de redactar los documentos de licitación o un resumen en cada una de aquellas tal y como hemos visto que prevé el d.lgs. n. 50/2016 en relación a los procedimientos sujetos a una regulación armonizada. A lo cual se uniría una falta de interoperabilidad organizativa y/o jurídica a la hora de poder entender ciertos términos propios del procedimiento de licitación.

Respecto de esta barrera lingüística entendemos que la solución podría pasar por una solución organizativa consistente en el establecimiento de una lengua franca, como por ejemplo el inglés, aplicada de manera adicional a las respectivas lenguas oficiales a los documentos de licitación de todo procedimiento de contratación. Siendo erróneo, desde nuestro punto de vista, limitarnos aquí a los contratos sujetos a una regulación armonizada. A pesar de todo, dicha solución presentaría dos importantes óbices: uno de carácter político a la hora de determinar cuál de las lenguas de la UE ha de establecerse como lengua franca, y otro, el principal a nuestro entender, de carácter funcional y que hunde su razón de ser en los datos, ya puestos de manifiesto a lo largo de este trabajo, los que nos dicen que, según la media de la UE, en torno al 10 % del personal técnico y directores de empresas y el 25% del personal administrativo auxiliar y trabajadores del sector servicios y personal de ventas no domina ningún otro idioma de la UE, lo que obligaría a nada desdeñables esfuerzos económicos para determinados operadores económicos y entes adjudicadores.

Así, sin perjuicio de los frutos que pudiera dar a largo plazo el avance en una política lingüística común en el seno de la UE y de los esfuerzos en materia de educación de cada uno de los Estados miembros, consideramos necesario explorar otra línea basada, nuevamente, en la explotación de las amplias posibilidades que ofrece el nuevo escenario digital y la utilización de las TIC, esto es, la búsqueda de una solución tecnológica. En esta ocasión, la oportunidad ofrecida por las TIC, en aras a que efectivamente supongan un incremento sin precedentes en la obtención de ventajas de concurrencia y transparencia a nivel de la UE, la encontraríamos en la posibilidad de que, siendo publicados electrónicamente los documentos de licitación en formato abierto⁵⁵⁸ y, en consecuencia, con posibilidad de tratamiento y reconocimiento de texto, se arbitraran en las plataformas electrónicas a través de las cuales se diera acceso a sistemas de traducción automática. Solución, que debería pasar racionalmente por una centralización de las direcciones y portales electrónicos a través de los cuales se dé acceso a estos documentos, de forma que se implante de forma sinérgica la herramienta de traducción automática a los diversos idiomas de la UE⁵⁵⁹, al tiempo que se permita obtener de dicha centralización un nivel de profesionalización⁵⁶⁰, dentro del *e-procurement*, que favorezca la posibilidad y viabilidad en la aplicación generalizada de soluciones avanzadas y técnicamente complejas como la propuesta.

Abogamos, en consecuencia, por una profundización y adecuada perfilación de las TIC a la hora de abordar estas limitaciones lingüísticas, de modo que se instituyan nuevos y potentes canales de interoperabilidad semántica permitidos, precisamente, por la sociedad de la información.

Por su parte, y en relación a los problemas inherentes a los textos de los documentos de licitación de interoperabilidad organizativa y/o jurídica, nos remitimos a la solución ya orquestada por la UE y en la línea de evolución por esta marcada en torno a la figura de E-Prior.

⁵⁵⁸ Tal y como se viene exigiendo por el art. 1, c. 32 de la legge n. 190/2012 en relación a la información sobre los procedimientos de contratación pública publicada en los portales de transparencia, en conexión con lo establecido en el art. 7 del d.lgs. n. 33/2013, cuya remisión al art. 68, c. 3 del d.lgs. n. 82/2005 debe entenderse ahora realizada al art. 1 c. 1 lett. 1-ter) del mismo texto legal y el cual, como veremos en el epígrafe siguiente, hemos de entender de aplicación a las plataformas y sitios *web* establecidos para la publicación digital de información relativa a los procedimientos de licitación.

⁵⁵⁹ Utilidad para la que sería a su vez útil recurrir al sector privado mediante el correspondiente procedimiento de licitación.

⁵⁶⁰ En este sentido, véase COMISIÓN EUROPEA, *COM (2016) 179 final, de 19 de abril: Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE 2016-2020. Acelerar la transformación digital de la Administración*, cit.

Llegados a este punto, procede ahora que nos detengamos en el análisis de los concretos instrumentos empleados para la digitalización de las comunicaciones de todo procedimiento de licitación y que han sido citados de manera reiterada en la exposición de las anteriores propuestas.

3. LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS PARA LA PUBLICACIÓN DE LOS ANUNCIOS DEL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN. ALCANCE DEL CARÁCTER DE SEDE ELECTRÓNICA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL D.LGS. N. 33/2013

3.1.- EL PORTAL SIMAP

Constituye una forma de digitalización de los anuncios referentes al proceso de licitación transmitidos a la Comisión Europea para su publicación. Así, el Portal SIMAP viene a representar un medio de acceso electrónico a los anuncios oficiales en materia de contratación pública a nivel de toda la Unión Europea, permitiéndolo de manera indexada y sistematizada a través de su conexión con la versión digital del DOUE⁵⁶¹. Esta herramienta, ya expresamente prevista por la Directiva 2004/18/CE, tiene garantizado su mantenimiento a medio plazo al haber ratificado su uso la nueva Directiva 2014/24/UE (Anexo VIII 3º). Al mismo tiempo, y en relación a su configuración *ad intra*, el Portal SIMAP supone un medio de conexión entre la OPUE y los poderes adjudicadores a fin de que los segundos puedan hacer llegar a la primera la información que pretenden publicar en el DOUE de forma electrónica y cuya operatividad garantiza la interconexión de las redes nacionales y la red europea TESTA.

Se trata de un instrumento puesto en marcha de manera muy incipiente por la Comunidad Europea, constituyendo una de las primeras medidas en materia de contratación pública electrónica con la intención de “mejorar los procedimientos de seguimiento y análisis de contratos, así como el intercambio de otros muchos datos útiles para que los proveedores seleccionen más fácilmente los contratos que les interesan”⁵⁶². De hecho, se reconocía como una vía indispensable a la hora de conseguir

⁵⁶¹ GARCÍA ATIENZA, A., «E-Procurement: Una ventana a la transparencia», en *La Regeneración del sistema: Reflexiones en torno a la calidad democrática, el buen gobierno y la lucha contra la corrupción*, AVAPOL, Valencia, 2015 p. 328

⁵⁶² COMISIÓN EUROPEA, *COM(1996) 583 final, de 27 de noviembre: Libro verde. La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro*, cit., epígrafe 4.17.

los principales objetivos de la contratación pública electrónica establecidos por la Comisión Europea⁵⁶³.

Su funcionamiento se estructura a través de las siguientes herramientas a las que da acceso:

- TED: Por la que se obtiene el acceso de todos los sujetos a la versión *online* del Suplemento del DOUE dedicado a la contratación pública europea⁵⁶⁴. Este sistema se encuentra en vigor desde el mes de julio de 1998⁵⁶⁵.

- *eNotices*: Por la que se ofrece el acceso a los entes adjudicadores a una serie de formularios electrónicos prediseñados para que sean empleados en la elaboración de las comunicaciones que pretendan llevar a cabo en materia de contratación pública. A través de ellos y mediante su remisión a la OPUE permitirán llevar a cabo el correspondiente anuncio en el DOUE⁵⁶⁶.

- *eSenders tool*: Por la que dichos poderes adjudicadores pueden proceder a la presentación electrónica de sus comunicaciones ante la OPUE de forma más ágil que mediante el uso de *eNotices* al proporcionar un sistema, generado *ad hoc*, que permite rellenar los formularios indicados de manera automática. Su instalación está prevista a través de un sistema de colaboración entre la OPUE y el poder adjudicador correspondiente⁵⁶⁷.

- *eTendering*: Última de las herramientas incorporadas, destinada a la realización y publicación telemática del pliego de condiciones por parte de los poderes adjudicadores para convocatorias de licitación de la Unión Europea, que responde a las exigencias planteadas por la Directiva 2014/24/UE en relación al anuncio de licitación.

A la vista de lo anterior, podemos comprobar cómo el portal SIMAP establece una solución telemática centralizadora *ad extra* al permitir un acceso telemático único a las publicaciones de todos los procedimientos de licitación llevados a cabo en la UE, al

⁵⁶³ COMISIÓN EUROPEA, *COM(2010) 571 final de 18 de octubre: Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE*, cit. p. 4.

⁵⁶⁴ TED, «TED Tenders Electronic Daily», fecha de consulta 23 marzo 2016, en <http://ted.europa.eu/TED>.

⁵⁶⁵ MORENO MOLINA, J. A., «Administración electrónica y contratación pública», cit. p. 756.

⁵⁶⁶ SIMAP, «Sending electronic notices», fecha de consulta 23 marzo 2016, en <https://simap.ted.europa.eu/web/simap/sending-electronic-notice>

⁵⁶⁷ SIMAP, «How to become a TED eSender», fecha de consulta 23 marzo 2016, en <https://simap.ted.europa.eu/how-to-become-a-ted-esender>; DOMÍNGUEZ MACAYA-LAURNAGA, J., *Claves para una contratación pública electrónica eficaz.*, cit. pp. 300 a 303.

menos de aquellos sujetos a una regulación armonizada, así como *ad intra* al marcar la forma y los requisitos que han de reunir todos los referidos poderes adjudicadores para relacionarse con la OPUE y poder publicar sus anuncios en la versión electrónica del DOUE.

3.2.- EL PORTAL DEL MIT

Se trata de un portal *web* establecido por el *Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti* ex Decreto n. 13889/2001, en desarrollo del art. 24 de la *Legge* n. 340/2000, que permite la publicación de todos los avisos y anuncios relativos a procedimientos de compra pública de bienes, servicios y obras de entes adjudicadores de todo el territorio nacional.

Inicialmente surgió exclusivamente para los contratos de obras, si bien, su uso fue extendido posteriormente por el d.lgs. n. 163/2006 y mantenido por el d.lgs. n. 50/2016. Junto a esta plataforma surgió la previsión de plataformas regionales análogas interconectadas funcionalmente con la nacional, de modo que en aquellas regiones donde no sea constituida deberá emplearse la plataforma central. Actualmente se encuentra accesible en la dirección www.serviziocontrattipubblici.it.

3.3.- EL PERFIL DEL COMPRADOR

Figura implantada por el artículo 35.1 y Anexo VIII de la Directiva 2004/18/CE bajo la denominación de perfil del comprador, la cual carece de una definición y regulación específica y exhaustiva dentro de la normativa europea, debiendo conformarnos con la determinación de su posible contenido ubicado, principalmente, en su Anexo VIII.2.b), el cual lo configuraba como un portal referido exclusivamente a un único ente adjudicador con “información sobre las licitaciones en curso, las compras programadas, los contratos adjudicados, los procedimientos anulados y cualquier otra información útil de tipo general, como, por ejemplo, un punto de contacto, los números de teléfono y de telefax, una dirección postal y una dirección electrónica”; la cual ha sido mantenida en esencia por la Directiva 2014/24/UE.

En la trasposición de dicha figura, el art. 3, c. 35 del d.lgs. n. 163/2006 la definiría como:

Il sito informatico di una stazione appaltante, su cui sono pubblicati gli atti e le informazioni previsti dal presente codice, nonché dall'allegato X, punto 2. Per i soggetti pubblici tenuti all'osservanza del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 e del decreto legislativo 28 febbraio 2005, n. 42, il profilo di committente è istituito nel rispetto delle previsioni di tali atti legislativi e successive modificazioni, e delle relative norme di attuazione ed esecuzione.

La página web de un ente adjudicador en la que se publican los actos y la información previstos en este código, así como en el anexo X, punto 2. Para los sujetos públicos obligados al cumplimiento del decreto legislativo de 7 de marzo de 2005, n. 82 y del decreto legislativo de 28 de febrero de 2005, n. 42, el perfil del contratante se establecerá de conformidad con las disposiciones de tales actos legislativos y modificaciones posteriores, así como con las consiguientes normas de desarrollo y ejecución.

Actualmente, el d.lgs. n. 50/2016 lo define en su art. 3, c. 1, lett. nnn) como:

Il sito informatico di una stazione appaltante, su cui sono pubblicati gli atti e le informazioni previsti dal presente codice, nonché dall'allegato V.

La página web de un ente adjudicador, en la que se publican los actos y la información previstos en este código, así como en el anexo V.

Esto es, el sitio informático establecido por cada ente adjudicador para satisfacer las obligaciones de publicidad electrónica establecidas en la normativa sobre contratos públicos.

3.4.- PLATAFORMA CENTRAL DE LA ANAC

Se trata de un sitio informático en proceso de desarrollo por la ANAC que tendrá como objetivo la publicación de todos los anuncios y avisos sobre los procedimientos de contratación que se lleven a cabo a nivel nacional, sin perjuicio de la posibilidad de desarrollo de plataformas análogas a nivel regional, respecto de las cuales se prevé, en su caso, su interconexión operativa.

No debe ser confundido con el portal *web* central gestionado por la ANAC, en concreto, con la sección de la misma consistente en el Observatorio de los contratos públicos, que vino a establecerse sobre la base de una sección central y sub-

secciones regionales y que está orientado a la publicación de la información que los entes adjudicadores debían de comunicar al observatorio, en función de lo dispuesto en el art. 7, c. 8 lett. a) y b) del d.lgs. n. 163/2006, el cual es, actualmente, accesible a través de la dirección *www.portaletrasparenza.anticorruzione.it*, donde como puede comprobarse fácilmente, carece de la mayor parte de las funcionalidades defendidas en el presente trabajo como necesarias para la obtención de una fuerte y rompedora innovación administrativa derivada de la introducción de las TIC.

3.5.- CONSIDERACIONES COMUNES A LA PLATAFORMA DEL MIT, A LA PLATAFORMA DE LA ANAC Y A LOS PERFILES DEL COMPRADOR

Llegados a este punto, se podría plantear *prima facie* que la Plataforma del MIT, la de la ANAC, así como los perfiles del comprador, en sus correspondientes apartados de “Administración transparente”, vienen a constituir, de un modo u otro, *webs* institucionales de la Administración Pública en el sentido de los arts. 53, 54 y concordantes del d.lgs. n. 82/2005, siéndoles de aplicación las disposiciones generales del d.lgs. n. 33/2013 tal y como viene a determinar expresamente el art. 29, c. 1 y c. 2 del d.lgs. n. 50/2016, coincidiendo parcialmente su naturaleza jurídica con las obligaciones de publicidad activa propia de estos, con la única diferencia de que vendrán a constituir sitios *web* institucionales, o partes de estos, en los que la información contenida no será la relativa a los datos de transparencia general a los que hace referencia el d.lgs. n. 33/2013, sino otra *previst[a]* [o especificada] *dalla legislazione vigente*, debiendo destacar que, incluso, entre el d.lgs de 2013 y la normativa de contratos existirá una coincidencia parcial de contenido como se puede apreciar en los arts. 37 y 38 del primero.

Coincidencia que podemos interpretar como un desarrollo, en sede de ley especial, de la regulación general del decreto de 2013 que se traduce:

- En la concreción, detalle y desarrollo de la información referida por el art. 37, c. 1, lett. b) del d.lgs. n. 33/2013, pudiendo considerarse como una “actualización implícita” del mismo⁵⁶⁸.

⁵⁶⁸ CARINGELLA, F. Y PROTTO, M., *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo. Commento organico al codice e alle linee guida ANAC alla luce del decreto correttivo del 19 aprile 2017*, n. 56, cit., p. 150.

- La actualización de la información prevista de la información contenida en el art. 38 a la nueva normativa de contratación pública haciéndola extensiva a los programas de planificación bianuales de bienes y servicios.

- La especificación del perfil del contratante y de los portales del MIT y de la ANAC como los concretos sitios institucionales en los que ha de procederse a la publicación, con formato de dato abierto, de la información referida en el art. 37, c. 1, lett. b) del d.lgs. n. 33/2013, así como de las programaciones trianuales y bianuales de contrataciones futuras.

- El aseguramiento de la extensión de la obligación de publicar la información referida en los puntos anteriores a todo ente adjudicador con independencia de la diferencia o coincidencia tan solo parcial del ámbito subjetivo del d.lgs. n. 50/2016 y el d.lgs. n. 33/2013.

Por todo lo anterior, en relación a los tres portales electrónicos, al menos en su apartado de administración transparente, podríamos predicar de manera conjunta su definición como:

Siti istituzionali su reti telematiche che rispettano i principi di accessibilità, nonché di elevata usabilità e reperibilità, anche da parte delle persone disabili, completezza di informazione, chiarezza di linguaggio, affidabilità, semplicità di consultazione, qualità, omogeneità ed interoperabilità.

Sitios institucionales en redes telemáticas que respetan los principios de accesibilidad, así como de alta usabilidad y disponibilidad, incluso por parte de personas con discapacidad, integridad de la información, claridad de lenguaje, fiabilidad, simplicidad de consulta, calidad, homogeneidad e interoperabilidad.

De este modo, hemos de entender que al Portal del MIT, de la ANAC y a los perfiles del comprador, en sus apartados de “Administración transparente”, les serán aplicables algunas de las disposiciones contenidas en el d.lgs. n. 33/2013, en concreto, aquellas que hagan referencia general a las características que ha de presentar la información contenida en cualquier sitio *web* institucional *ex normativa vigente*.

Consecuentemente, la información contenida en los portales que ahora nos ocupan quedará sujeta a los límites de la transparencia sobre datos personales y los relativos a los titulares de los órganos públicos o trabajadores públicos en general

contenidos en el art. 4 del d.lgs. n. 33/2013. Al mismo tiempo las Administraciones Públicas podrán proceder a la publicación en estas plataformas electrónicas de datos no previstos expresamente por los cuerpos normativos por aplicación del *comma* 3 del citado art. 4, en relación al último periodo del art. 5, c. 1 del Decreto n. 108824/2016.

Por su parte, la falta de publicación de alguno de los datos previstos en la normativa sobre contratación pública en los correspondientes portales dará lugar al derecho de *accesso civico* del art. 5 del d.lgs. n. 33/2013.

La información contenida en tales portales estará garantizada por el ente adjudicador o gestor de la misma en cuanto a su cualidad, asegurando su integridad, constante actualización, completitud, puntualidad, simplicidad de consulta⁵⁶⁹, comprensibilidad, homogeneidad, fácil acceso y conformidad con los documentos originales en posesión de la administración o ente adjudicador, indicación de su procedencia y la posibilidad de reutilización *ex* art. 6 del d.lgs. n. 33/2013. En este punto, hemos de señalar cómo el inciso final del art. 6 del d.lgs. n. 33/2013 hace aplicable igualmente la segunda parte del art. 7 del mismo cuerpo legal a todo tipo de información que figure en las *webs* institucionales, lo que viene a implicar a la luz, fundamentalmente, del d.lgs. n. 36/2006 —véase su art. 2, c. 1, lett. e)— la posibilidad de todos los ciudadanos —personas físicas y jurídicas— de emplear los datos obrantes en la información puesta a disposición en los portales en cuestión para cualquier fin distinto del inicialmente otorgado (generalmente de carácter institucional), ya sea un empleo alternativo con fines comerciales o no comerciales. No obstante, tal remisión a la posibilidad de reutilización referida en el art. 7 del d.lgs. n. 33/2013 era innecesaria por cuanto este mismo precepto se hace extensivo a todo tipo de información obligatoria *ex* normativa vigente —entre la que, obviamente, se encuentra aquella relativa a la contratación pública—, lo que, a su vez, ha de llevarnos a concluir que la información contenida en la Plataforma MIT, Plataforma de la ANAC o los perfiles del contratante deberá llevarse a cabo mediante el empleo de formatos abiertos en el sentido del art. 1, c. 1, lett. *1-ter*) del d.lgs. n. 82/2005.

Alcanzadas las precedentes conclusiones, debemos detenernos en este momento a fin de poner de relieve que, en cuanto el anuncio de licitación o anuncio de información previa, en su caso, debe de incluir la dirección electrónica a través de la

⁵⁶⁹ A la que las propuestas del presente trabajo pretenden contribuir, especialmente, en cuanto a la configuración de la plataforma de la ANAC.

cual se podrá tener acceso directo y gratuito a los documentos que forman parte del expediente de contratación, podríamos plantearnos si estos alcanzarán la condición de información ubicada en un sitio institucional con la consiguiente proyección de la aplicación del d.lgs. n. 33/2013. En esta línea se podría argüir que se trata de actos obligatoriamente publicables —salvo las excepciones contenidas en el art. 74, c. 2 y 3 del d.lgs. n. 50/2016—, por lo que quedarían comprendidos dentro de los contenidos del procedimiento contractual aludidos por el art. 29 del d.lgs. n. 50/2016 en función de las propias especificaciones llevadas a cabo por la ANAC⁵⁷⁰. A lo que se uniría el hecho de que la previsión de su puesta a disposición a través de un enlace o dirección electrónica distinta no impediría, en principio, la extensión a aquella de su consideración como sitio institucional, dado que tal y como nos recuerda VALERO TORRIJOS, no debemos confundir sitio institucional o, en términos del Ordenamiento español, sede electrónica, con una determinada dirección o puerta de acceso a través de Internet u otra red de telecomunicaciones, sino el conjunto de páginas *web* alojadas en un servidor que podemos encontrar detrás de la misma destinadas, con carácter oficial, a la erogación de servicios por vía electrónica al ciudadano o para el propio funcionamiento interno de la Administración⁵⁷¹.

A pesar de todo, desde nuestro punto de vista no sería posible llegar a tan aventurada conclusión ante la redacción del anexo XIV, letra C, número 2 del d.lgs. n. 50/2016 por el que se viene a establecer que entre el contenido del anuncio de licitación no se encontrarán, como es obvio, los propios documentos del expediente de licitación, sino tan solo el correo electrónico o la dirección de Internet a través de la cual se podrá tener acceso a aquellos. Adicionalmente, el tenor del art. 74 del mismo cuerpo legal parece desviarnos del ámbito de las “publicaciones” obligatorias a las que hacen referencia los arts. 72 y 73 y que, a través del art. 29, se verán conducidas a su necesaria ubicación en un sitio institucional, para trasladarnos, en relación al art. 52 del d.lgs. n. 50/2016, al ámbito de las comunicaciones electrónicas entre ente adjudicador y operador económico interesado, respecto del cual viene a indicar que dicha comunicación se desarrolle necesariamente “por vía electrónica”, ya sea mediante correo electrónico o una determinada dirección de Internet. En otras palabras, en el

⁵⁷⁰ ANAC, *Delibera n. 1310/2016, 28 dicembre*, cit., apartado 8.1.

⁵⁷¹ VALERO TORRIJOS, J., «Acceso a los servicios y a la información por medios electrónicos», en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.) *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 237.

presente contexto nos desplazamos de la “publicidad digital”, afectada por el d.lgs. n. 33/2013 por remisión del art. 29 del d.lgs. n. 50/2016, hacia el concreto ámbito de transmisión o puesta a disposición de los documentos electrónicos. Es por ello que, en todo caso, la dirección electrónica a través de la que se facilite el acceso a dichos documentos no podrá ser conceptualizada como una de las páginas web que conforman el sitio institucional, sino como un medio de comunicación electrónico posible para un determinado intercambio de información entre ente adjudicador y operadores económicos interesados.

Aclarado lo anterior, restaría por plantearnos si la sección “*Bandi di gara*” del portal MIT, de la futura plataforma ANAC y del perfil del comprador, obtendría también la consideración de sitio institucional en el sentido del art. 53 y 54 del d.lgs. n. 82/2005, con la consiguiente aplicación conforme a los patrones expuestos del d.lgs. n. 33/2013. Naturaleza jurídica de la referida sección de la que parece alejarnos el contenido de éstas, especificado por el art. 54 del decreto de 2005 en relación al decreto de 2013, toda vez que parecen reservar el concepto de sitio institucional para aquel referido a publicidad de tipo cognoscitivo y no para los espacios de publicación de información operativa, lo que vendría a explicar la circunscripción de la remisión al d.lgs. n. 33/2013 en sede del art. 29 del d.lgs. n. 50/2016.

Así las cosas, la información contenida en los apartados de información operativa quedaría regulada, en cuanto a sus requisitos y efectos, a las disposiciones de la regulación general del procedimiento administrativo que pueda derivar del resto de disposiciones del d.lgs. n. 82/2005, así como de la Legge n. 241/1990, del d.lgs. n. 104/2010, o del propio d.lgs. n. 50/2016, a la hora de exigir la exactitud, rigor, oportunidad, garantías y acceso a esta información. Tal conclusión, de la que se derivaría la inaplicabilidad general de las disposiciones del d.lgs. n. 33/2013, tendría como consecuencia la no aplicabilidad de su art. 7 por el que se exige la publicación de la información en un formato abierto, lo que dificultaría las propuestas de *lege ferenda* hechas en los epígrafes anteriores referidos a la publicidad de nivel previo, inicial y de posinformación, lo que nos debe conducir a la propuesta de que los mismos requisitos de *calidad* contenidos en el d.lgs. de 2013 respecto de la información obrante en los apartados de “Administración transparente” sean trasladados, expresamente, en relación a la información que figure en las plataformas o portales web de los entes adjudicadores destinada a ofrecer información operativa.

Reforma que podría llevarse a cabo de forma ágil mediante la inclusión de una remisión al régimen del d.lgs. n. 2013 en sede del art. 73 del d.lgs. n. 50/2016, lo que, por su parte, aportaría una garantía adicional a dicha información consistente en la posibilidad de proceder a su acceso por cualquier ciudadano de manera completamente libre sin necesidad de proceso de registro. No obstante, a efectos prácticos e incluso por motivos de economicidad, los entes adjudicadores podrían contribuir, en esta línea, de manera directa y sin necesidad de esperar a dicha reforma, procediendo a publicar toda la información contenida en el apartado “*Bandi di gara*” en formato abierto, toda vez que, como se ha visto, ya estarán obligados a generar esa misma información en dicho formato en relación al apartado “Administración transparente”, suponiendo una manifiesta ineficiencia la generación de aquella en formatos distintos en función del espacio digital en el que vayan a ser ubicadas.

En último lugar y a la vista de la regulación expuesta, venimos a proponer la modificación del art. 74 y Anexo XIV, lett. C. num. 2 del d.lgs. n. 50/2016 a fin de que el acceso a los documentos del expediente de licitación no solo sea necesario ponerlo a disposición de los operadores económicos de manera gratuita a través de medios electrónicos —fuera de las excepciones contempladas—, sino que se regule específicamente dicho medio con el fin de establecer que la publicación deba llevarse a cabo mediante un portal o dirección electrónica gestionado por la ANAC, como podría serlo una sección de la plataforma centralizada proyectada o sus equivalentes regional, en el caso de existir, donde los documentos del pliego de contratación se ofrezcan en formato abierto, de forma paralela al desarrollo y a la implantación de medios de traducción automática de textos, de modo que los usuarios de la plataforma o de dicho apartado de la misma, con independencia del Estado miembro, puedan tener acceso a los documentos de la licitación en su propio idioma.

Propuestas respecto de la regulación de la Plataforma del MIT, el perfil del comprador, la Plataforma de la ANAC y sobre la disponibilidad electrónica de los documentos de la licitación con las que se pretende allanar el terreno a las otras propuestas que, a su vez, se han efectuado en los epígrafes anteriores y con las que se pretende que las TIC no se constituyan solo en un instrumento de potenciación de los efectos de los medios o herramientas tradicionales o analógicas, sino que además sean reguladas de tal modo que permitan su impacto hasta el punto de generar verdaderas y rompedoras innovaciones administrativas en el campo de la contratación pública.

CAPÍTULO V

EL PAPEL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA EN LOS PROCESOS DE CENTRALIZACIÓN Y AGREGACIÓN DE LA DEMANDA

1. LA CONCENTRACIÓN DE LA DEMANDA DE LOS PODERES ADJUDICADORES COMO HERRAMIENTA CONTRA LAS INEFICIENCIAS ECONÓMICAS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La Directiva 2014/24/UE ha dado lugar a una importante novedad en la regulación de la contratación pública a nivel de la Unión Europea, toda vez que, además de consagrar el tradicional binomio de objetivos consistentes en la instauración de un mercado único sin barreras en el ámbito de la contratación pública entre todos los Estados miembros y la transparencia en la actuación de los poderes adjudicadores, ha añadido un tercer factor a esta fórmula tendente al incremento de la eficiencia y optimización de la contratación pública: la potenciación de la acción experta, planificada y estratégica de los poderes adjudicadores que se traduzca en una mayor eficacia y relación calidad-precio de los procedimientos de licitación⁵⁷². Es decir, la obtención de un desarrollo lo más sostenible posible⁵⁷³, derivado no solo del buen

⁵⁷² A tal efecto véanse los Considerandos 2, 47, 96 y 121 de la Directiva 2014/24/UE y que suponen la confirmación de lo ya indicado en COMISIÓN EUROPEA, *COM(2011) 15 final, de 27 de enero: Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*, Bruselas, 2011, pp. 4 y 5. Al respecto véase COMBA, M. E., «Variations in the scope of the new EU public procurement Directives of 2014: Efficiency in public spending and major role of the approximation of laws», en LICHÈRE, F., CARANTA, R. y TREUMER, S. (coords.) *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Djof Publishing, Copenhagen, 2014, pp. 38 a 41.

⁵⁷³ Definido, en palabras de BRUNDTLAND en World Commission on Environment and Development. *From one earth to one world: An overview*. Oxford University Press. 1987, como el

funcionamiento interno del mercado de la Unión y de la corrección legal del comportamiento de sus agentes, sino también de la profesionalidad de los mismos, en concreto de los poderes adjudicadores⁵⁷⁴. La aparición de este tercer objetivo tal y como señala GIMENO, se halla directamente vinculada con uno de los principales elementos que incentivaron el surgimiento de las Directivas de cuarta generación: la aparición de un nuevo contexto fáctico para el que las anteriores no estaban preparadas o que, al menos, no habían contemplado, cual era la situación de crisis económica extendida por toda la Unión Europea, así como la “redefinición” de las políticas públicas de ajuste presupuestario a la que aquella empujó⁵⁷⁵ y que ha incrementado, aún más, el papel de la contratación pública como herramienta fundamental de la política económica y presupuestaria⁵⁷⁶.

Sin embargo, dicho objetivo cuenta con un importante problema de partida cual es la marcada fragmentación de los poderes adjudicadores en la Unión Europea y su reducido tamaño en buena parte de los casos⁵⁷⁷, lo que, por lo general, conlleva la imposibilidad de contar en todos ellos con los medios y el personal necesarios para una

desarrollo en el que abordan las necesidades del presente sin comprometer la posibilidad de las futuras generaciones de abordar las suyas en los ámbitos social, medioambiental y económico.

⁵⁷⁴ DRAGOS, D. C. Y NEAMTU, B., “Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects”, cit., p. 303; CARUSO, G. M., «La colaboración público-público: los intereses del mercado y su repercusión sobre el gasto público. Perfiles problemáticos e incoherencia del enfoque europeo sobre contratos entre administraciones adjudicadoras», en HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L. (coord.) *El impacto de la crisis en la contratación pública. España, Italia y Francia*, Thompson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 360.

⁵⁷⁵ GIMENO FELIÚ, J. M., “El nuevo paquete legislativo comunitario de contratación pública: Principales novedades. La orientación estratégica de la contratación pública.”, cit., p. 16; GUERRA, M. P., «Dalla spending review a un “sistema” del public procurement? La qualificazione delle stazioni appaltanti tra centralizzazione e policentrismo», *Astrid Rassegna*, vol. 20, 2016, p. 2; CARUSO, G. M., “La colaboración público-público: los intereses del mercado y su repercusión sobre el gasto público. Perfiles problemáticos e incoherencia del enfoque europeo sobre contratos entre administraciones adjudicadoras”, cit., p. 342; GIOVANNINI, G., «La disciplina degli appalti tra vecchio e nuovo», en *La nuova disciplina dei contratti pubblici. Tra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione*, Giuffrè Editore, Milano, 2016, p. 23.

⁵⁷⁶ CORTESE, F., «L’ambito soggettivo di applicazione», en MASTRAGOSTINO, F. (coord.) *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2017, p. 205; GIMENO FELIÚ, J. M., “El nuevo paquete legislativo comunitario de contratación pública: Principales novedades. La orientación estratégica de la contratación pública.”, cit., p. 20; DI LASCIO, F., «Le centrali di committenza», en GALLO, S. (coord.) *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 95.

⁵⁷⁷ Especialmente en el ámbito local, donde, en Italia, el 70 % de los municipios tienen una población inferior a los 5.000 habitantes, véase GUERRA, M. P., “Dalla spending review a un «sistema» del public procurement? La qualificazione delle stazioni appaltanti tra centralizzazione e policentrismo”, cit., p. 1. A lo que se une la existencia de más de 32.000 poderes adjudicadores en Italia tal y como señala CONSIGLIO DI STATO. COMMISSIONE SPECIALE DEL 21 MARZO, *Parere n. 855/2016, 1 aprile*, cit.

adecuada gestión de los procedimientos de contratación pública o, cuanto menos, la dificultad de obtenerlos; así como una fuerte dispersión de la información sobre procedimientos de licitación que abonan el campo para el mantenimiento de unos sistemas de contratación cualitativamente inadecuados, permeables al riesgo de la corrupción⁵⁷⁸ y que propician la inseguridad de los propios poderes adjudicadores sobre la posibilidad de una planificación y una consecución de objetivos de carácter estratégico en sus procedimientos de contratación pública⁵⁷⁹. Problemática que se ve agudizada a la vista de la mayor complejidad en el diseño de los procesos de licitación conexas a las primeras figuras jurídicas introducidas por el legislador europeo para el fomento de la planificación estratégica de los poderes adjudicadores, entre los que se encuentran el coste del ciclo de vida previsto, potestativamente, en sustitución del criterio de adjudicación de oferta económicamente más ventajosa⁵⁸⁰ y que, según entendemos, constituye unos de los principales factores explicativos del hecho de que la Directiva 2014/24/UE recoja y promueva expresamente en sus considerandos⁵⁸¹ los procesos de concentración de la demanda iniciados previamente —a partir de los años 80-90— en algunos Estados miembros⁵⁸².

Dentro de estos, sin duda, se ha de destacar el caso italiano, país en el que desde el año 2000 se ha iniciado un proceso de concentración de la demanda de los poderes adjudicadores nacionales con el objetivo de conseguir un ahorro en el gasto público mediante la realización de contratos de mayor volumen que permitieran la generación de economías de escala⁵⁸³; la consecución de un mayor nivel de profesionalización y especialización de los responsables de contratación pública que condujera a un

⁵⁷⁸ GUERRA, M. P., “Dalla spending review a un «sistema» del public procurement? La qualificazione delle stazioni appaltanti tra centralizzazione e policentrismo”, cit., p. 1. En el mismo sentido véase VANDELI, L., «Les réformes territoriales en France et en Italie: parallélismes et divergences», 2014, Audition au Sénat sur le projet de loi portant nouvelle organisation territoriale de la République, Paris.

⁵⁷⁹ BUTLER, L., «Innovation in Public Procurement: Towards the “Innovation Union”», en LICHÈRE, F., CARANTA, R. y TREUMER, S. (coords.) *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Djof Publishing, Copenhagen, 2014, pp. 346 y 347. En igual sentido véase RACCA, G. M., «Joint procurement challenges in the future implementation of the new directives», en LICHÈRE, F., CARANTA, R. y TREUMER, S. (coords.) *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Djof Publishing, Copenhagen, 2014, pp. 225 a 226.

⁵⁸⁰ Arts. 68 y 67.2 de la Directiva 2014/24/UE. Al respecto véase DRAGOS, D. C. Y NEAMTU, B., “Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects”, cit., p. 324.

⁵⁸¹ Véanse los considerandos 59, 60 y 69 de la Directiva 2014/24/UE.

⁵⁸² Sobre alguna de estas experiencias referidas por la Directiva 2014/24/UE véase DI LASCIO, F., “Le centrali di committenza”, cit., pp. 104 a 106.

⁵⁸³ OCDE, *Centralised Purchasing Systems in the European Union*, Sigma Papers, 2010.

incremento de la cualidad y la eficiencia de estos procedimientos y de las llamadas “economías de gama”, así como a una mayor resistencia ante actividades de corrupción por parte de los responsables del procedimiento⁵⁸⁴; la mayor permeabilización y capacitación de la estructura de contratación pública para la recepción de las nuevas tecnologías, especialmente en relación al empleo de medios telemáticos y sus consiguientes ahorros y mayores eficiencias implícitas⁵⁸⁵; un mayor control y transparencia de la actividad desarrollada por los poderes adjudicadores favorecido por la reducción objetiva y subjetiva del ámbito de supervisión; la reducción de los incentivos de los poderes adjudicadores de realizar procesos de contratación ajenos al interés público y guiados por un pacto *sceleris* con un determinado operador económico⁵⁸⁶, toda vez que se detrae de la administración aprovisionada la elección directa del proveedor; una mayor proyección competitiva de las licitaciones⁵⁸⁷; y, finalmente, se insta a las administraciones destinatarias últimas de los productos y obras, demandados por los entes agregadores, para que lleven a cabo una planificación de sus necesidades, a fin de comunicarlas a los segundos de forma apriorística, lo que implicará el fomento de su actividad estratégica⁵⁸⁸.

Tan temprana orientación del Ordenamiento italiano hacia la senda que recogería posteriormente y con buenos ojos el legislador europeo, forzado por la crisis económica ya existente en 2011, ha originado que Italia se constituya como uno de los países de la Unión con un empleo más extendido de las figuras de las centrales de compra⁵⁸⁹ y de los

⁵⁸⁴ MATTARELLA, B. G., “Disciplina dei contratti pubblici e prevenzione della corruzione”, cit., pp. 340 y 341; DUGATO, M., “Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici e contrasto alla corruzione nel settore degli appalti pubblici”, cit., p. 672.

⁵⁸⁵ RACCA, G. M., «Professional Buying Organisations, Sustainability and Competition in Public Procurement Performance», en *IV International Public Procurement Conference*, Corea, 2010, par. 1.

⁵⁸⁶ Sobre tal motivación véase VARONE, V., «Il novo Codice dei contratti pubblici. La qualificazione delle stazioni appaltanti», en *Il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50)*, Giuffrè Editore, Varese, 2016, p. 9

⁵⁸⁷ VANNUCCI, A., «Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione», en COMPORITI, G.D. (coord.) *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, p. 294; Considerando 15 de la Directiva 2014/24/UE; CHITI, M. P., “Le direttive 2014 dell’Unione Europea sui contratti pubblici e i problemi della loro attuazione in Italia”, cit., p. 109.

⁵⁸⁸ MATTARELLA, B. G., «La centralizzazione delle committenze», *Giornale di Diritto Amministrativo*, vol. 5, 2016 P. 613. En el mismo sentido CORTESE, F., “L’ambito soggettivo di applicazione”, cit., p. 81; DI LASCIO, F., «La centralizzazione degli appalti, la spending review e l’autonomia organizzativa locale», *Giornale di Diritto Amministrativo*, vol. 2, 2014, p. 206; PAPPANO, D., «Las compras centralizadas de la Administración Pública, entre exigencias de racionalización del gasto y medidas anticrisis», en HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L. (coord.) *El impacto de la crisis en la contratación pública. España, Italia, Francia*, Thompson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 398.

⁵⁸⁹ Instrumento definido por el art. 1.16 de la Directiva 2014/24/UE como “un poder adjudicador que realiza actividades de compra centralizada y, eventualmente, actividades de compra auxiliares”. No

acuerdos marco, como lo demuestra el hecho de que la central Consip S.p.A. presentó un volumen de actividad durante 2015 de unos cuarenta y nueve mil millones de euros⁵⁹⁰, volumen en buena medida gestionado a través de la plataforma de *e-procurement* de la Administración Pública y de sus diversos sistemas de adquisición, entre los cuales, como hemos tenido ocasión de ver, se encuentran los acuerdos marco y las *convenzione* Consip, produciéndose o, al menos, tratando de aprovecharse importantes sinergias entre el aspecto centralizador de las centrales de compra y estos sistemas de compra y la utilización de procedimientos de contratación electrónica. Hecho que pone de manifiesto el considerando 72 de la Directiva 2014/24/UE al señalar que:

Los medios de comunicación electrónicos resultan especialmente idóneos para apoyar prácticas y herramientas de compra centralizadas, ya que ofrecen la posibilidad de reutilizar y procesar datos automáticamente y minimizan los costes de información y transacción. Por lo tanto, como primera medida, debe obligarse a las centrales de compras a utilizar estos medios de comunicación electrónicos, facilitando al mismo tiempo la convergencia de prácticas en toda la Unión. A continuación, debe establecerse la obligación general de utilizar los medios de comunicación electrónicos en todos los procedimientos de contratación después de un período transitorio de 30 meses.

Igualmente, esta tendencia centralizadora ha sido el factor determinante de la *sui generis* y/o vanguardista configuración de la vigente regulación de la contratación pública basada en dos sistemas de funcionamiento, el primero o general, consistente en la exigencia de acreditación de la suficiente cualificación de los poderes adjudicadores ante una entidad independiente y especializada a fin de poder licitar de manera autónoma, y el segundo o específico del ámbito local, consistente en la preceptiva concentración de la demanda de los municipios no capitales de provincia, en ambos

obstante, la referencia a la realización de actividades de compra centralizada venía detallada en mayor medida por la definición de esta misma figura en el art. 1.10 de la Directiva 2004/18/CE expresada del siguiente modo: “Una «central de compras» es un poder adjudicador que: - adquiere suministros y/o servicios destinados a poderes adjudicadores (actuando a modo de mayorista que compra, almacena y revende a otros entes adjudicadores), o - adjudica contratos públicos o celebra acuerdos marco de obras, suministro o servicios destinados a poderes adjudicadores (para lo cual podrá actuar de manera autónoma o bien actuando según las instrucciones impartidas por el ente adjudicador interesado)”.

⁵⁹⁰ MATTARELLA, B. G., “La centralizzazione delle committenze”, cit., p. 615.

casos, a partir de los umbrales legalmente establecidos. Modelo de centrales de compra, acuerdos marco y *convenzioni* Consip a través del cual se pretende que en un sistema de compra público “federal” como el italiano se tienda hacia la estandarización de praxis, regulaciones y metodologías que favorezcan la interoperabilidad del sistema⁵⁹¹.

No obstante, el sistema de concentración supone la aparición del riesgo de que el mercado de la contratación pública origine una estructura tendente a la exclusión de las PyMEs y al favorecimiento de las grandes empresas que pueda generar el favorecimiento de actividades colusorias y de reducción de la competencia real del mercado de la contratación pública⁵⁹², en atención a lo cual el art. 1, c. 2 del d.L. n. 95/2012, por el que se modifica el art. 2, c. 1-bis del d.lgs. n. 163/2006 en desarrollo de lo ya establecido en el art. 13, c. 5 de la Legge n. 180/2011, viene a indicar que:

i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese. *los criterios de participación en las licitaciones no deben suponer la exclusión de las pequeñas y medianas empresas.*

Al tiempo que el art. 41, c. 2, último periodo del d.lgs. n. 163/2006 señalaba que:

Sono illegittimi i criteri che fissano, senza congrua motivazione, limiti di accesso connessi al fatturato aziendale. *Son ilegítimos los criterios que establecen, sin justificación adecuada, límites de acceso relacionados con la facturación de la empresa.*

Cuestión tratada expresamente por el considerando 59 de la Directiva 2014/24/UE al prever que:

No obstante, la agregación y la centralización de las compras deben supervisarse cuidadosamente para evitar una excesiva concentración de poder adquisitivo y la colusión y preservar la transparencia y la competencia, así como las posibilidades de acceso al mercado de las PYME.

⁵⁹¹ BROGGI, D., *Consip: Il significato di un’esperienza. Teoria e pratica tra e-procurement ed e-government*, cit., p. 42.

⁵⁹² FIORENTINO, L., «Il modello Consip: profili evolutivi», en BROGGI, D. (coord.) *Consip: il significato di un’esperienza. Teoria ed pratica tra e-Procurement ed e-Government*, FrancoAngeli, 2008, pp. 56 y 57; DI LASCIO, F., “Le centrali di committenza”, cit., p. 100; Considerando 59 de la Directiva 2014/24/UE.

A lo que se unen las valoraciones contenidas en su considerando 83 en el que se insiste sobre la necesidad de la proporcionalidad a la hora de fijar los requisitos económico-técnicos respecto del objeto del contrato de forma que los mismos no sean excesivamente elevados y por tanto excluyentes de las PyMEs. Preocupaciones, sin duda, recogidas en la *Legge delega* n. 11/2016, entre otros, en su art. 1, c. 1 lett. r), lett. cc) y lett. dd), pudiendo destacarse, adicionalmente, la expresa relación establecida en el art. 1, c. 1, lett. i) entre el empleo de las TIC y el fomento de ventajas conductuales, especialmente entre la pequeña y mediana empresa, en el que se viene a señalar que la necesidad de garantizar la

semplificazione, armonizzazione e progressiva digitalizzazione delle procedure in materia di affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, attraverso la promozione di reti e sistemi informatici, anche al fine di facilitare l'accesso delle micro, piccole e medie imprese mediante una maggiore diffusione di informazioni e un'adeguata tempistica, e di soluzioni innovative nelle materie disciplinate, con particolare riguardo allo sviluppo delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici di preminente interesse nazionale, nonché all'innovazione tecnologica e digitale e all'interconnessione della pubblica amministrazione.

simplificación, armonización y digitalización progresiva de los procedimientos relativos a la adjudicación de contratos públicos y contratos de concesión, mediante la promoción de redes y sistemas informáticos, también para facilitar el acceso de las micro, pequeñas y medianas empresas a través de una mayor difusión de la información y una adecuada periodicidad; y de soluciones innovadoras en las materias reguladas, con especial atención al desarrollo de infraestructuras y centros de producción estratégicos de interés nacional preeminente, así como la innovación tecnológica y digital y la interconexión de la administración pública.

Protección de la PyME que no ha de confundirse con la protección del proveedor o mano de obra local, lo cual iría en contra de los principios que deben guiar y regir en un mercado como en el de la contratación pública, donde uno de los principales objetivos ha de ser la eliminación de barreras entre los diversos Estados miembros, lo que nos debe llevar a rechazar orientaciones como las contenidas en el art. 1, c. 1, lett. ddd) de la legge 11/2016, toda vez que la consecución de este objetivo, así

como la utilización de la contratación pública como palanca de otras políticas públicas, como puedan ser aquellas de corte medioambiental o social, no deben caer en el error de focalizarse en el lugar de ejecución del contrato en cuestión, sino en todo el espacio abarcado por dicho mercado, esto es, la UE sin ningún tipo de restricción, lo que nos debe llevar a superar viejas barreras conceptuales derivadas del anclaje exclusivo de consideraciones centradas en el funcionamiento de los Estados nación.

A pesar de lo cual, lo cierto es que el valor medio de los lotes entre los años 2011 y 2014 ha crecido un 33 % pasando de los seiscientos mil euros a los ochocientos mil como efecto directo de la concentración de la demanda, dificultando así el acceso de la PyME al mercado de la contratación pública⁵⁹³, cuando es lo cierto que las ventajas conductuales o de transparencia ofrecidas por las TIC permiten que tradicionales instrumentos ligados o sospechosos de poder incurrir en actuaciones irregulares, tales como la división en lotes —aún en la Directiva 2004/18/CE—, se sitúen en un nuevo escenario en el que el incremento de la dificultad de tal empleo *sospechoso* permita volver la mirada hacia sus efectos positivos, especialmente el fomento que los mismos permiten en relación a la participación de las pequeñas y medianas empresas, convirtiendo o reforzando el papel de este instrumento ya conocido como origen de ventajas de concurrencia. Nuevo contexto que explica el tenor del actual art. 51 del d.lgs. n. 50/2016, a pesar de lo cual no podemos concluir que el mismo se instituya directamente como un elemento de fomento de las políticas públicas keynesianas sobre utilización de la contratación pública como palanca de otras políticas públicas a las que aludíamos anteriormente, dada la evidente amplitud del margen de valoración y motivación que se da a los entes adjudicadores, el cual permitirá la posibilidad fáctica de hacer prevalecer los principios de economicidad y eficiencia dentro de una actividad discrecional en la que el control judicial quedará altamente limitado —tal y como prevé expresamente el considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE—⁵⁹⁴. Aunque sería posible avanzar en dicha línea favoreciendo realmente la constitución de la contratación pública como una palanca de tales políticas públicas mediante el futuro aprovechamiento de la posibilidad del último párrafo del art. 46 de la Directiva 2014/24/UE, no transpuesta en el d.lgs. n. 50/2016, por el que se contempla la

⁵⁹³ PIGA, G., “La nuova disciplina sui contratti pubblici: il punto di vista dell’economista”, cit., p. 84.

⁵⁹⁴ CARINGELLA, F. Y PROTTO, M., *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo. Commento organico al codice e alle linee guida ANAC alla luce del decreto correttivo del 19 aprile 2017*, n. 56, cit., art. 51, pp. 261, 262 y 265.

posibilidad de establecer determinadas circunstancias en que sea obligatoria la división en lotes. Si bien, en la utilización de la figura de la división en lotes, sobre todo en su versión de mayor orientación a la apertura de la competencia, como puede ser aquella en la que no se permite la presentación de ofertas respecto de más de un lote por el mismo operador económico, ha de tenerse en cuenta que la misma puede suponer el riesgo de disminuir la eficacia del intercambio ante la potencial exclusión de la que sería la oferta más ventajosa del resto de lotes, al tiempo que se reduce o elimina la posibilidad del aprovechamiento de economías de escala.

Adicionalmente, como señala CHITI, la agregación de la demanda comportará, en cierto modo, un fenómeno natural de agregación de la oferta al provocar una disminución del número de procedimientos de licitación, con la consiguiente certeza estadística para los operadores económicos de tener menos posibilidades a la hora de ser adjudicatarios de un contrato público; el incremento del volumen de los procedimientos de licitación y el consiguiente incremento de los requisitos de participación y por ende, favoreciendo la configuración de una oferta oligopolística⁵⁹⁵.

Por todo ello, aunque las herramientas de concentración de la demanda, tales como los acuerdos marco o las convenciones Consip, empleen medios electrónicos, las ventajas concurrenciales derivadas de estos contarán con una limitación externa conducente a un estrechamiento de la oferta de los mercados de la contratación pública correspondientes.

2. EL MODELO DE CONCENTRACIÓN DEL D.LGS. N. 50/2016

El art. 37 del d.lgs. n. 50/2016 viene a establecer que, sin perjuicio del preceptivo empleo de medios telemáticos cuando así haya sido dispuesto, los poderes adjudicadores, con carácter general, pueden proceder autónomamente a la adquisición de bienes y servicios por importe inferior a los cuarenta mil euros, así como a la adquisición de obras por importe inferior a los ciento cincuenta mil euros. En el caso de que se pretenda actuar por encima de los referidos umbrales, de manera autónoma, se habría de acreditar ante un organismo independiente de ámbito nacional, como la

⁵⁹⁵ CHITI, M. P., “Le direttive 2014 dell’Unione Europea sui contratti pubblici e i problemi della loro attuazione in Italia”, cit., p. 110.

ANAC, la suficiente “cualificación”⁵⁹⁶ para la realización de procedimientos de licitación sobre la base de unos criterios que se encuentran pendientes de determinación y cuyo desarrollo se realizará mediante Decreto del Presidente del Consejo de Ministros —art. 38.2—⁵⁹⁷. Aquellos poderes adjudicadores que no obtengan la suficiente cualificación deberán proceder a la adquisición de bienes, servicios y obras mediante una central de compras o mediante agregación de su demanda con uno o más poderes adjudicadores que sí dispongan de la suficiente cualificación, previéndose que cuando un ente adjudicador solicite a la ANAC la concesión de CIG para la realización de un procedimiento para el que no hayan acreditado su cualificación, éste le sea denegado.

Al margen de la habilitación ligada al proceso de cualificación, el art. 37, c. 2 del d.lgs. n. 50/2016 establece una disposición a favor del empleo de medios telemáticos, previéndose que para los contratos de bienes y servicios con valor comprendido entre 40.000 y 209.000 euros y de obras comprendidos entre 150.000 y un millón de euros deberá procederse al empleo autónomo de aquellos entes adjudicadores cualificados, cuando estén disponibles las concretas categorías de producto necesarias, de los *strumenti telematici di negoziazione* puestos a disposición por centrales de compras cualificadas, tales como la Consip, S.p.A.⁵⁹⁸. Es decir, además de la oportuna cualificación, una vez obtenida ésta no otorgará una posibilidad de actuación completamente libre, sino que, en los procedimientos no sujetos a una regulación armonizada, tal actuación autónoma deberá desarrollarse necesariamente a través de los sistemas electrónicos de compra establecidos mediante las plataformas electrónicas de los entes centralizadores.

⁵⁹⁶ El artículo 38, c. 1 establece como sujetos cualificados *ex lege* al *Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti*, *Consip*, *Ivitalia*, así como los sujetos agregadores regionales referidos en el artículo 9 del d.L. 66/2014 y las ciudades metropolitanas. La adquisición de tal cualificación es necesaria tanto para poderes adjudicadores individuales como para centrales de compras.

⁵⁹⁷ Transitoriamente, hasta la entrada en vigor de tal Decreto, *ex art. 216 epígrafe 10 del D.lgs. 50/2016*, se entenderán por poderes adjudicadores y centrales de compra cualificados aquellos que se encuentren inscritos en el Anagrafe previsto en el art. 33-ter del *DL 179/2012*. Como señala GUERRA, M. P., “Dalla spending review a un «sistema» del public procurement? La qualificazione delle stazioni appaltanti tra centralizzazione e policentrismo”, *cit.*, pp. 13 y 14, los criterios de calidad, eficiencia y profesionalización promovidos por el *D.lgs 50/2016* difieren de los establecidos previamente respecto de los sujetos agregadores en los que se tenía en cuenta su volumen de contratación. La enorme trascendencia de la inclusión del sistema de cualificación podría hacer aconsejable, como señala TORCHIA, L., “La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari”, *cit.*, p. 161, una primera fase experimental de carácter voluntario. Actualmente, en desarrollo de la previsión en cuestión se ha llevado a cabo el *Schema* del d.P.C.M. registrado el 7 de febrero de 2018.

⁵⁹⁸ CRESTA, S., “Procedure elettroniche e strumenti di acquisto telematici nel nuovo codice dei contratti pubblici”, *cit.*, p. 985.

Por su parte, el art. 37, c. 4 del d.lgs. n. 50/2016 excluye del sistema general de cualificación a los municipios no capitales de provincia, en el sentido de que estos dispondrán de acceso a un “sistema de cualificación menor” por el cual, en relación a los procedimientos de contratación que superen los umbrales anteriores, solo les permitiría actuar autónomamente respecto de contratos no SARA y a través de instrumentos de *e-procurement* puestos a disposición de centrales de compra cualificadas —primer periodo del art. 37, c. 2 del d.lgs. n. 50/2016—. En otro caso, aun habiendo obtenido la correspondiente cualificación, deberán actuar indefectiblemente en los procedimientos de compra pública superiores a los umbrales antes indicados a través de una central de compras cualificada, mediante uniones, asociaciones o consorcios de municipios constituidos y cualificados como central de compras, o mediante el empleo de una *Stazione Unica Appaltante* —SUA— o ente de área vasta⁵⁹⁹ que tenga igualmente la suficiente cualificación. Al respecto se establece que, por medio de Decreto del Presidente del Consejo de Ministros —pendiente de aprobación— se determinarán los ámbitos territoriales de referencia para el establecimiento de centrales de contratación que agreguen la demanda de municipios que no sean capitales de provincia encuadrando dentro del ámbito nacional una competencia que hasta ahora había sido reservada a las regiones⁶⁰⁰.

Así las cosas, nos encontramos con el hecho de que el Ordenamiento italiano aborda el objetivo y las preocupaciones mencionadas, recientemente introducidas por el legislador europeo en las Directivas de cuarta generación, de una forma más directa y concisa, a pesar de que las mismas no han dado lugar todavía a una regulación europea de trasposición cogente, en la que se aúnan estrategias de concentración de la demanda y de implementación preceptiva de medios electrónicos.

Si bien, esa exigencia de concentración por parte del legislador nacional en la esfera de la contratación local ha sido especialmente intensa, no podemos obviar que ha planteado, como no podía ser de otro modo, una serie de dudas sobre la legitimidad constitucional del legislador estatal en la adopción de tales medidas. Dudas que, en

⁵⁹⁹ El concepto de *Stazione Unica Appaltante* podríamos traducirlo por un Poder Adjudicador Único generalmente constitutivo de entidades de compra supralocales y/o supra provinciales. Por su parte, los entes de área vasta hacen referencia a las provincias y a las ciudades metropolitanas. Sobre el desarrollo de esta figura jurídica véase PAPPANO, D., “Las compras centralizadas de la Administración Pública, entre exigencias de racionalización del gasto y medidas anticrisis”, cit., p. 406.

⁶⁰⁰ Cambio que puede ir ligado a las manifestaciones del considerando 60 Directiva 2014/24/UE sobre la necesidad de determinar precisamente el ámbito geográfico de los acuerdos marco.

algunos casos, han ayudado a despejar los 16 años de evolución que han precedido al actual sistema, pero que no se disipan en otros, toda vez que los arts. 37 y 38 del d.lgs. 50/2016 nos sitúan en un estadio desconocido: la privación por parte del legislador estatal a entes no estatales de toda capacidad de licitación autónoma prescindiendo de la previsión de alternativas de licitación independiente, aún condicionada en algunos de sus extremos, hecho que ni tan siquiera ocurre dentro del actual y novedoso sistema general de cualificación. Extremo al que se une el rechazo a la *legge costituzionale* publicada en la *Gazzeta Ufficiale* de 15 de abril de 2016, n. 88 y su modificación del título V de la *Costituzione*. Por todo ello, nos encontramos con unos fines del legislador italiano totalmente deseables en virtud de los cuales se han dispuesto unos medios que, por el contrario, no muestran su oportunidad o idoneidad de manera tan manifiesta al retrotraernos a controversias o problemáticas que hundan sus raíces en el devenir legislativo previo al d.lgs n. 50/2016, lo que nos exige detenernos someramente en la exposición de su desarrollo.

Al mismo tiempo, podemos observar cómo el sistema previsto potencia especialmente, o sitúa en un primer orden, la utilización de procedimientos electrónicos de carácter centralizador, tales como las convenciones Consip o los acuerdos marco, respecto de aquellos procedimientos de compra electrónica de posible utilización independiente por parte de cada ente adjudicador, como son el MePA o los sistemas dinámicos de adquisición.

3. EVOLUCIÓN DEL PROCESO DE CONCENTRACIÓN DE LA DEMANDA DE LOS PODERES ADJUDICADORES EN ITALIA Y DE IMPLEMENTACIÓN PRECEPTIVA DE SISTEMAS ELECTRÓNICOS: PRECEDENTES DEL D.LGS. N. 50/2016

3.1.- LA CONCENTRACIÓN DE DEMANDA PARA LA ADQUISICIÓN DE BIENES Y SERVICIOS CON PRECEPTIVIDAD ESTATAL Y PROYECCIÓN NACIONAL: AÑOS 2000 – 2002

La *Legge n. 488/1999 —finanziaria 2000—* previó por vez primera que el *Ministero del Tesoro*, valiéndose en su caso de sociedades especializadas⁶⁰¹,

⁶⁰¹ Encomendándose posteriormente tales competencias a la CONSIP, S.p.A., gestora de los servicios informáticos del indicado Ministerio desde 1997 mediante el Decreto Ministerial de 24 de febrero de 2000 del Ministero dell'Economia e delle Finanze, relevando así al *Provveditorato Generale dello Stato* regulado hasta entonces por el R.D. n. 94/1923.

estableciera una serie de “*convenzioni*” para la adquisición de bienes y servicios con operadores económicos nacionales y extranjeros seleccionados mediante el procedimiento competitivo en vigor, los cuales vincularían preceptivamente a todas las administraciones estatales, centrales o periféricas al quedar estos obligados a proveerse a través de los operadores previamente seleccionados hasta las cuantías o importes máximos totales establecidos en el acuerdo —art. 26, c. 1 y 3—, salvo en aquellos casos en los que el aprovisionamiento de suministros o servicios se produjera en el seno de un “*esperimento di gara*”⁶⁰² con fecha de finalización entre los años 2000 y 2003, los cuales podrían ser renovados una sola vez por periodo no superior a dos años, siempre y cuando el operador económico se aviniera a una reducción de los precios establecidos de al menos un 3 %⁶⁰³. *Convenzioni* que, como hemos tenido ocasión de ver en el capítulo III, constituyen uno de los elementos de adquisición accesibles a través de la plataforma de *e-procurement* de la Administración Pública. Por su parte, el resto de administraciones territoriales recibían la opción de adherirse o no a los referidos acuerdos, desplegando, en el caso de que no lo hicieran, una vinculación indirecta consistente en que sus procedimientos de compra de bienes y servicios debían de utilizar como referente o elemento orientador los parámetros de calidad y precio de aquellos relativos a productos análogos —art. 26, c. 3 *in fine*—.

Las previsiones de la *Legge finanziaria 2000* serían desarrolladas por la *Legge n. 388/2000 —finanziaria 2001—* cuyo art. 59 establecía la necesidad de una actuación de promoción por parte del *Ministero del tesoro* de una coordinación de los diferentes poderes adjudicadores estatales y no estatales a fin de diseñar estrategias comunes de compra de bienes y servicios que permitieran estandarizar las órdenes de compra por categoría de producto y, en su caso, la elaboración de acuerdos como los indicados en la anterior ley *finanziaria*, referidos a concretos ámbitos territoriales de la *Repubblica* a las que, voluntariamente, se pudieran adherir todos los entes interesados pertenecientes a los mismos.

De forma paralela, su artículo 60 establecía que la Consip, S.p.A., con la colaboración de la *Commissione tecnica per la spesa pubblica* y del *Istituto di studi e analisi economica —ISAE—*, llevaran a cabo una adecuada clasificación de los

⁶⁰² Acuerdo de duración generalmente plurianual entre un ente adjudicador y particulares.

⁶⁰³ Sobre la dinámica de este tipo de aprovisionamiento resulta de interés D. PAPPANO, “Las compras centralizadas de la Administración Pública, entre exigencias de racionalización del gasto y medidas anticrisis”, cit., pp. 408 a 410.

productos generalmente demandados por los poderes adjudicadores que permitiera la identificación de los diversos ámbitos homogéneos a los que debieran estar referidas las correspondientes “*convenzioni*” territoriales, identificando, a su vez, sus principales características técnicas, económicas y de aprovisionamiento.

Finalmente, el epígrafe 5 de su artículo 59 instaba a las regiones, las entidades sanitarias y hospitalarias, los entes locales y a las universidades que no se adhirieran a este tipo de acuerdos, a la aplicación subsidiaria de lo establecido en el artículo 26, c. 3 de la *Legge finanziaria 2000*, debiendo motivar, en su caso, la realización de procedimientos de adquisición en condiciones menos ventajosas a las establecidas en los acuerdos estatales.

Vemos, pues, cómo entre los años 2000 y 2002, en paralelo a la instauración del MePA, el legislador italiano inicia un procedimiento de concentración de la demanda a nivel estatal mediante técnicas de coordinación, con la intención de que la misma estableciera un cierto influjo y extensión sobre las demandas de los poderes adjudicadores no estatales a través de técnicas de cooperación entre administraciones que desembocarán, finalmente, en el establecimiento de las primeras medidas o influjos de carácter obligatorio por parte de la normativa nacional en el desarrollo de la actuación de los poderes adjudicadores no estatales.

3.2.- LA CONCENTRACIÓN DE LA DEMANDA DE BIENES Y SERVICIOS CON PRECEPTIVIDAD ESTATAL, PROYECCIÓN NACIONAL Y DETERMINACIÓN OBLIGATORIA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN LOCAL: 2002 – 2004

La proyección a entes no estatales de los procesos de concentración de la demanda de los poderes adjudicadores estatales siguió intensificándose hasta el punto de llegar a constreñir o condicionar el diseño autónomo de sus procedimientos de contratación. En efecto, el artículo 24, c. 6 de la *Legge n. 448/2001 —finanziaria 2002—* a pesar de mantener la posibilidad de no adhesión a las “*convezioni*” previstas en la *Legge finanziaria 2000* o a las “*convezioni*” territoriales de la *Legge finanziaria 2001*, añadía la obligación para todos los entes locales —salvo las ciudades metropolitanas— de que en el caso de que no se produjera tal adhesión, su actuación autónoma debía consistir, necesariamente, en la adjudicación del contrato en cuestión a través de una subasta inversa —*asta di ribasso*— donde el precio de salida sería el establecido en los acuerdos nacionales correspondientes al tipo de producto. De este

modo, llegábamos a un punto de inflexión en el desarrollo del proceso de concentración en el que el Estado, en pos de la planificación y racionalización del gasto público, restringía de forma clara la autonomía de una parte muy significativa, al menos cuantitativamente, de las Administraciones Públicas territoriales no estatales⁶⁰⁴. Régimen jurídico en el que la coordinación estatal empezaba a hacerse patente en el ámbito de la contratación pública local y que sería mantenido por el epígrafe 3 del artículo 24 de la *Legge* n. 289/2002, —*finanziaria 2003*—.

Las anteriores disposiciones, al mantener los avances en esta línea, desencadenaron la interposición de un recurso de inconstitucionalidad por parte de la Región de Basilicata⁶⁰⁵ fundamentado en que el mencionado artículo 24 en sus epígrafes 6 y 7 excedía de las competencias atribuidas al Estado, toda vez que el artículo 117, c. 2 de la *Costituzione* en su apartado p)⁶⁰⁶ solo concede al mismo la competencia sobre la regulación de los órganos de gobierno y de las funciones fundamentales de los municipios, provincias y ciudades metropolitanas, y donde en su segundo párrafo se establece la coordinación de las finanzas públicas como una competencia concurrente con las regiones en las que la intervención del Estado queda limitada a la determinación de los principios fundamentales.

Contrariamente, la representación procesal del Estado arguyó que los objetivos perseguidos por los preceptos impugnados se dirigían a la consecución del respeto del pacto de estabilidad y, consecuentemente, de los objetivos de la Comunidad Europea recogidos en normas comunitarias “de igual rango respecto de las normas constitucionales”, sin que importe, en consecuencia, la naturaleza básica o de desarrollo de los preceptos impugnados.

⁶⁰⁴ Previamente, el *decreto Legge 18 settembre 2001, n. 347*, en su artículo 2, c. 1 había instado el establecimiento de las disposiciones necesarias por parte de las regiones a fin de que los correspondientes poderes adjudicadores sanitarios y hospitalarios se adhirieran a las referidas *convenzioni*, a lo que en su epígrafe 2 añadía que la realización de un procedimiento de compra pública por parte de estos poderes adjudicadores tan solo podría llevarse a cabo para adquisiciones concretas en los que se demuestre la no conveniencia de actuación a través de *convenzioni*, siendo los mismos comunicados al *Collegio Sindacale* y a la región correspondiente para su monitorización. Lo que suponía el establecimiento de un precedente sectorial de la expansión preceptiva del ámbito de centralización de la demanda de los poderes adjudicadores.

⁶⁰⁵ Cuestión de inconstitucionalidad interpuesta junto con sendos recursos de las Regiones de *Toscana* y *Emilia-Romagna* contra los epígrafes 2, 3, 4, 9 y 13 del artículo 24 de la *Legge finanziaria 2002* y resuelto en CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza 36/2004, 26 gennaio*.

⁶⁰⁶ Precepto que había sido recientemente modificado en virtud de la *Legge Costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*.

Argumentación que recibió la contrarréplica de la Región de Basilicata recordando la doctrina constitucional por la que se establecía que las exigencias del Derecho comunitario no podían alterar el reparto interno de las competencias legislativas de las diferentes administraciones territoriales italianas, suponiendo, en otro caso, la trasgresión del principio constitucional fundamental de equilibrio entre la autonomía local y la unidad de la *Repubblica*, derivado del Título V de la parte segunda de la *Costituzione*.

Dicho debate entre Región y Estado fue finalizado por la *Corte Costituzionale* concluyendo que la obligación de adoptar los precios de las *convenzioni* Consip como precio de salida de una subasta inversa no superaba los límites de intervención básica del Estado en cuanto a la competencia de coordinación económica ni los de la discrecionalidad de la que dispone dentro de ésta (los cuales habían sido analizados previamente en la misma Sentencia en sede de los Fundamentos de Derecho relativos a las impugnaciones de los epígrafes 2, y 3 del artículo 24) encuadra dentro del “poder del legislador estatal” la facultad “de imponer a los entes autonómicos, por razones de coordinación financiera conexas a los objetivos nacionales, condicionados también por las obligaciones comunitarias, obligaciones en sus políticas de presupuesto, aunque éstas se traduzcan, inevitablemente, en limitaciones indirectas de la autonomía de gasto de los entes”. Por tal motivo quedaba confirmada la constitucionalidad de tales previsiones.

No obstante, esta resolución de la *Corte Costituzionale* podría sorprender en un primer momento al advertirse la inexistencia en el art. 117 de la *Costituzione* de competencia expresa reconocida al Estado sobre contratación pública, motivo por el cual la misma podría considerarse encuadrada dentro de la categoría residual de atribución de competencias a las regiones contenida en el párrafo cuarto del referido artículo. En este punto se ha de recordar la doctrina que la *Corte* había establecido⁶⁰⁷ en relación a las obras públicas, por la que se hace extensible a “toda la actividad contractual de la Administración Pública”, por lo que la competencia sobre dicho ámbito dependerá de los diferentes aspectos materiales a cuya regulación se proceda, lo que lleva a concluir que la redacción de los párrafos primero y segundo del art. 117 no se refiere a materias en sentido “técnico” sino a competencias de carácter general que

⁶⁰⁷ CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza n. 272/2004, 27 luglio; Sentenza n. 401/2007, 23 novembre; Sentenza n. 303/2003, 1 ottobre.*

podrán abarcar o estar presentes en estas materias técnicas⁶⁰⁸ siempre con respeto a los principios de proporcionalidad y de adecuación. Ha de señalarse que tales indicaciones fueron inicial y expresamente establecidas en relación a competencias exclusivas del Estado, haciéndose extensivas posteriormente al desarrollo básico de competencias del Estado concurrentes con las regiones siempre que no se rebasara tal regulación de base⁶⁰⁹.

Así las cosas, la *Corte Costituzionale* venía a avalar, no solo la potestad estatal para exigir la concentración de la demanda de sus propios entes adjudicadores, sino también la posibilidad de que los mismos predeterminaran diferentes aspectos procedimentales y contractuales de los procedimientos autónomos de licitación llevados a cabo en el ámbito local.

3.3.- CONCENTRACIÓN DE LA DEMANDA DE PRODUCTOS DE RELEVANCIA NACIONAL Y/O REGIONAL CON CARÁCTER POTESTATIVO: 2004 – 2007

“Para este viaje no eran necesarias tales alforjas” se podría haber exclamado al ver que el sistema de concentración de la demanda estatal y su influjo preceptivo en la órbita local quedaba totalmente sin efecto con la *Legge* n. 350/2003 —*finanziaria* 2004—, la cual eliminaba la preceptividad del empleo de la convenciones Consip para todos los poderes adjudicadores italianos, incluidos los estatales, limitando, además, su empleo potestativo a los productos de relevancia nacional o regional dependiendo del ámbito territorial de las *convenzioni* —art. 2 epígrafes 166 a 169—. Consecuencia de lo anterior, su art. 2 epígrafe 171 preveía que desde su entrada en vigor las Administraciones Públicas pudieran decidir libremente la continuación o no de su adhesión a acuerdos llevados a cabo por Consip, ente que según el epígrafe 172 parecía reconfigurarse como un organismo auxiliar y de asesoramiento de los poderes adjudicadores perdiendo así el papel sumamente protagonista adquirido en los periodos anteriores.

Este cambio radical de rumbo del legislador italiano, por el que se daba la espalda al sistema de concentración previamente ideado, comenzó a presentar sus primeros síntomas de reversión con la aprobación de la *Legge* n. 266/2005 —*finanziaria*

⁶⁰⁸ TASSONE, A. R., «Il codice dei contratti pubblici e le autonomie», en SAITTA, F. (coord.) *Appalti e contratti pubblici. Commentario sistematico*, Wolters Kluwer; CEDAM, Milanofiori Assago, 2016, p. 107.

⁶⁰⁹ CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza n. 44/2014, 13 marzo, comma 6 del Considerato in diritto*.

2006—, por la que se reintroducía, ahora con carácter excepcional, la obligatoriedad del empleo de las convenciones Consip en relación a los órganos estatales para los que el control de sus cuentas anuales hiciera prever que no se alcanzarían los objetivos fijados por el pacto de estabilidad y crecimiento presentado ante las instituciones de la UE. Obligación de agregación que solo podría ser exceptuada cuando los procedimientos de compra autónomos establecieran un precio máximo del 80 % respecto del establecido por el acuerdo correspondiente al tipo de producto de que se trate —art. 1, c. 22—. Previsión a la que se unía la posibilidad de que las uniones de municipios y provincias que se pudieran haber realizado, o que se realizaran en lo sucesivo sobre la base del artículo 59, c. 2 de la *Legge finanziaria 2001*, adquirieran funciones de centrales de compra en relación a los poderes adjudicadores locales o regionales de su mismo ámbito, las cuales deberían proceder a la valoración y evaluación de la oportunidad y utilidad de las *convenzioni* Consip, que mantendrían, no obstante, el régimen de su plena potestatividad *extra* estatal —art. 1, c. 158 y 159— confirmada por el artículo 33 del d.lgs. n. 163/2006. Mimbres de la *Legge finanziaria 2006* que, como veremos, preparaban la vuelta a la dinámica de concentración anterior.

3.4.- CONFORMACIÓN DE UN SISTEMA DE CONCENTRACIÓN EN RED O POLICÉNTRICA DE LA DEMANDA DE PRODUCTOS Y PREVISIÓN DEL MERCADO ELECTRÓNICO CON PRECEPTIVIDAD ESTATAL Y RELEVANCIA NACIONAL: 2007- 2016

Efectivamente, como anunciaba la *Legge finanziaria 2006*, la *Legge* n. 296/2006 —*finanziaria 2007*—, restituyó la preceptividad en la agregación de la demanda de los poderes adjudicadores estatales, tratando de hacer extensivos sus efectos a los regionales, locales e institucionales de forma análoga a los periodos previos a 2004, es decir, dándoles la posibilidad de emplear una central de contratación o, bien, proceder de forma autónoma, siempre y cuando no se incumplieran los parámetros precio-calidad del acuerdo estatal potencialmente aplicable —art. 1 c. 449—⁶¹⁰.

La principal novedad de este periodo, en paralelo al apreciable incremento de la influencia de las convenciones Consip sobre los procesos autónomos de poderes adjudicadores regionales, de ciudades metropolitanas o institucionales, radicaba en la

⁶¹⁰ Nuevamente la preceptividad de la concentración presenta una mayor intensidad en el concreto sector de la sanidad cuyos poderes adjudicadores debían de contratar necesariamente a través de Consip, S.p.A. o la central regional correspondiente, siendo esta segunda alternativa añadida posteriormente por el art. 7 epígrafe 1 del *decreto Legge* n. 52/2012.

previsión contenida en su artículo 1, c. 455 por la que se posibilitaba que las regiones pudieran constituir centrales de contratación, e incluso centrales plurirregionales, en los términos del artículo 33 del *d.lgs. n. 163/2006*, las cuales se unirían en sus correspondientes ámbitos a Consip, S.p.A. generando un *sistema a rete* o policéntrico⁶¹¹ para cuya monitorización se designó la *Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le provincia autonome*.

De este modo, Consip, S.p.A. agruparía necesariamente la demanda de los poderes adjudicadores estatales, mientras que los demás entes institucionales y territoriales podrían optar en su recurso a este tipo de acuerdos marco establecidos por una central de contratación regional o nacional, o bien, contratar de manera autónoma con las restricciones que se indican más adelante.

Adicionalmente, durante la vigencia del presente periodo tuvo lugar el planteamiento de la figura de las SUA, *ex art. 13* de la *Legge n. 136/2010*, con el objetivo de garantizar la transparencia, la legalidad y la eficiencia de los contratos públicos y evitar la infiltración en el sistema de grupos mafiosos, la cual sería desarrollada por el *d.P.C.M. n. 55214/2011*, donde se configuraba como una central de compras de posible constitución por parte de cualquier tipo de poder adjudicador mediante la elaboración de unos estatutos que regulen su funcionamiento, financiación y ámbito de actuación y que pasarían a integrarse dentro del referido sistema red de centrales, dando lugar a un posible nivel de agregación subregional. No obstante, el ámbito de generación de las SUA y, en general, de cualesquiera poderes adjudicadores agregadores distintos de las centrales de compra nacional y regionales, fue “racionalizado” por el epígrafe 5 del artículo 9 *d.L. n. 66/2014* donde se preveía que todas las regiones italianas deberían designar o constituir antes del 31 de diciembre de 2014 un sujeto agregador, o bien, establecer acuerdos para que la actividad agregadora en el territorio regional fuera desarrollada por Consip, S.p.A., siendo el número máximo posible de SUA en territorio nacional de 35.

Con la *Legge n. 191/2009 —finanziaria per il 2010—* el sistema de las convenciones Consip se hizo extensivo a los acuerdos marco. Así, en su art. 2, c. 225 se pasó a prever expresamente que Consip, S.p.A. pudiera llevar a cabo acuerdos marco de los que pudieran disponer el resto de Administraciones Públicas para la adquisición de

⁶¹¹ GUERRA, M. P., “Dalla spending review a un «sistema» del public procurement? La qualificazione delle stazioni appaltanti tra centralizzazione e policentrismo”, *cit.*, pp. 19 y ss.

bienes y servicios, debiendo adaptarse, en caso de no recurrir a estos, a los parámetros de calidad-precio de los mismos. Regulación que viene a unirse al tradicional sistema de convenciones Consip, otorgándole una mayor flexibilidad al prever incluso el comma 226 del citado artículo, que las *convenzioni* Consip pudieran llevarse a cabo a los fines y en sede de la adjudicación de contratos basados en un acuerdo marco llevado a cabo por la propia Consip S.p.A. En esta línea y tratando de favorecer la utilización del sistema de acuerdos marco, el art. 2, c. 227 de la Legge n. 191/2009, previó, de manera análoga a la normativa anterior, que en sede de la Conferencia permanente para las relaciones entre Estado-Regiones se definieran las categorías de producto sobre las que llevar a cabo la previsión de acuerdos marco dentro del sistema Consip-Centrales de compra regionales.

A lo anterior se unía la previsión del art. 1, c. 7 del d.L. n. 135/2012 por el que se establecía la obligación, en relación a determinadas categorías de producto —energía eléctrica, gas, carburante, combustible para calefacción y telefonía—, de aprovisionarse a través de *convenzione* o acuerdos marco puestos a disposición por Consip S.p.A. o por las centrales de compra regionales, o incluso de manera independiente, pero en este último caso, mediante la utilización de los sistemas electrónicos puestos a disposición por las centrales antes indicadas, salvo que, de forma independiente, consigan la formalización de contratos con un precio inferior (al establecido en los anteriores instrumentos) al 10 % en el sector de la telefonía o al 3 % en los demás sectores que indica. Necesidad de acudir a procedimientos telemáticos que se incrementa por el art. 1, c. 158 de la Legge n. 228/2012 al prever que mediante decreto del ministro de economía y finanzas, a adoptar antes del 31 de marzo de cada año, se individualizaran las categorías de bienes y servicios, así como el umbral económico a partir del cual las Administraciones Públicas estatales, centrales y periféricas deberían proceder a la realización de la licitación por medio de instrumentos telemáticos, o bien, ser puestos a disposición por el propio Ministerio.

Sin duda, el establecimiento de este nuevo sistema de concentración policéntrico mediante la utilización de sistemas centralizadores telematizados, como las convenciones Consip o los acuerdos marco, trataba de hacer más plausible la extensión de los efectos vinculantes o condicionantes del proceso de concentración y/o digitalización de la demanda fuera de los ámbitos central y local, estando acompañado en su configuración por otras novedades con las que se trataba de mejorar su

funcionamiento respecto de experiencias pasadas, con medidas como las siguientes: (1)- el favorecimiento del empleo de las *convenzioni* de agregación en cualquier momento, para lo que el epígrafe 13 del artículo 1 del d.L. n. 95/201 establecía, con carácter retroactivo, la posibilidad de rescindir los contratos autónomamente establecidos por los entes adjudicadores, con preaviso de al menos 15 días y previo pago al operador económico de todo lo devengado, cuando las condiciones del correlativo acuerdo previsto por la Consip, S.p.A. fueran más favorables, debiendo notificarse y justificarse ante el Tribunal de Cuentas el no ejercicio de esta cláusula cuando fuera posible; (2)- el incremento de la flexibilidad del modelo de concentración mediante la previsión del art. 1, c. 3 del d.L. n. 95/2012 por la que se establecía que los poderes adjudicadores con obligación de aprovisionarse en sus procedimientos de compra pública a través de la central Consip, S.p.A. o de las correspondientes centrales de compra regionales pudieran hacerlo autónomamente en aquellos casos en los que no se hubiera previsto acuerdo marco alguno para el tipo de producto requerido, debiendo aquella restringirse a la duración y volumen estrictamente necesario e incluir la condición resolutive para el supuesto en el que se adopte el correspondiente acuerdo⁶¹²; (3)- el fomento de la coordinación y especificación de los parámetros imperativos en caso de actuación autónoma de los poderes adjudicadores no estatales, para lo que el epígrafe 7 del art. 9 del d.L. n. 66/2014 procedió a la implantación del sistema de precios de referencia en virtud del cual la ANAC era llamada a la publicación de los mismos en relación a las categorías de bienes y servicios con un mayor impacto en el gasto público, los cuales funcionarían como precio máximo de adjudicación de tales productos siempre y cuando no existiera una convención nacional o regional estipulada en virtud del artículo 26 epígrafe 1 de la *Legge n. 488/1999*; y (4)- la facilitación de la clasificación e identificación de las necesidades de los poderes adjudicadores agregados para lo que el art. 2 del d.L. n. 66/2014 procedió a la creación de un *Tavolo Tecnico* destinado, fundamentalmente, a la recolección de las previsiones de las necesidades de bienes y servicios de aquellos.

Finalmente, se ha de señalar que conjuntamente con las previsiones de utilización preceptiva estatal y de extensión subestatal de la herramienta de las *convenzioni* Consip y de los acuerdos marco, el art. 1, c. 450 de la *Legge n. 296/2006* potenció, por primera vez, de manera obligatoria la utilización de sistemas de

⁶¹² Disposición reiterada en el artículo 9 epígrafe 3-bis del *Decreto IRPEF*.

contratación electrónica no centralizadores al establecer la obligación general de las administraciones estatales centrales y periféricas de realizar sus procedimientos de compra pública a través del MePA en relación a la adquisición de bienes y servicios de valor igual o superior a mil euros y por debajo del umbral comunitario, siempre y cuando se tratara de un producto disponible en el mercado electrónico. Por su parte, el resto de Administraciones Públicas territoriales e institucionales quedarían igualmente obligados para la adquisición de bienes y servicios de valor igual o superior a los mil euros y por debajo del umbral comunitario a recurrir, bien al MePA o bien al sistema análogo puesto a disposición, en su caso, por la central de compras regional. Posteriormente, el art. 7 de la *Legge di conversione* n. 94/2012 del d.L. n. 52/2012 potenciaría de manera notoria el alcance preceptivo del sistema MePA mediante la modificación del art. 1, c. 450 de la Legge n. 296/2006 en virtud de la cual se establecía que todas las Administraciones Públicas no estatales quedarían obligadas a la utilización del MePA allí donde fuera posible.

3.5.- EL AMAGO DEL LEGISLADOR EN 2011 A FAVOR DE UN SISTEMA DE CONCENTRACIÓN PRECEPTIVO DE LA DEMANDA DE LOS PODERES ADJUDICADORES ESTATALES Y LOCALES

La normativa de la etapa anterior fue modificada de forma significativa por el d.L. n. 201/2011 —*Decreto Salva Italia*— que dio lugar a un sistema de concentración en red o policéntrica con preceptividad estatal y para los pequeños municipios, toda vez que en su artículo 23, c. 4⁶¹³ se introdujo el artículo 33, c. 3-*bis* del d.lgs. n. 163/2006 por el que se disponía que los municipios con una población no superior a cinco mil habitantes⁶¹⁴ debían licitar, obligatoriamente, mediante el empleo de una central de contratación, una unión de municipios cuando existiera *ex art.* 32 del d.lgs. 18 de agosto de 2000, o *ex* acuerdo *ad hoc* para la adquisición de productos o, novedosamente, para la realización de obras públicas. Agrupación de la actuación de este tipo de municipios en materia de contratación pública que no constituía un evento aislado, toda vez que un fenómeno similar ya se había producido en relación a la mayor parte de sus funciones y competencias en virtud del artículo 14, c. 28 del d.L. n. 78/2010, intensificado respecto

⁶¹³ Sobre los límites del referido artículo véase DI LASCIO, F., “La centralizzazione degli appalti, la spending review e l’autonomia organizzativa locale”, cit., p. 213.

⁶¹⁴ Al respecto, es de destacar, el art. 1, c. 115 de la *Legge n. 56/2014* por el que se prevé que las disposiciones previstas para los pequeños municipios sean igualmente de aplicación para las uniones de estos que no alcancen los cinco mil habitantes.

de municipios con población inferior a mil habitantes *ex art. 16 del d.L. n. 138/2011* y posteriormente atenuado por el art. 19 del d.L. n. 95/2012. Experiencia previa de obligatoria agrupación de los municipios de determinado tamaño para el desarrollo de ciertas actividades que había sido confirmada por la *Corte Costituzionale* al determinarse que la misma podía encuadrarse dentro de la regulación básica de la coordinación económica del Estado —art. 117 lett. p) de la *Costituzione*— al suponer realmente una modificación de “las modalidades de ejercicio de las funciones administrativas y de los servicios públicos sin presentar relación con la regulación sobre institución de nuevos municipios o modificación de sus circunscripciones”⁶¹⁵.

De este modo, la centralización de la demanda orquestada por el legislador nacional ideaba una cota inédita en la que, por primera vez, se privaba a un poder adjudicador no estatal de toda posibilidad de actuación autónoma en materia de contratación pública.

Sin embargo, el diseño original establecido en la anterior reforma no llegó a entrar en vigor toda vez que, estando ello previsto para el 31 de marzo de 2012, fue prorrogado por otros 12 meses por el artículo 29, c. 11-*ter* del d.L. n. 216/2011, produciéndose, antes de la finalización del período prorrogado, la modificación del art. 33, c. 3-*bis* en virtud del art. 1, c. 4 del d.L. n. 95/2012 en el que se estableció la posibilidad de que estos municipios pudieran realizar sus propios procedimientos de compra mediante la utilización de medios electrónicos gestionados por las centrales de compra correspondientes, a lo que se uniría una posterior restricción de su ámbito objetivo por medio del artículo 1 c. 343 de la Legge n. 147/2013 —*finanziaria 2014*—.

Modificaciones, que impiden afirmar que se abriera paso a una nueva etapa en cuanto a la agregación de la demanda de los pequeños municipios, los cuales siempre mantuvieron la posibilidad de actuar de forma autónoma aun cuando ésta presentara unos requisitos más onerosos que el resto de poderes adjudicadores⁶¹⁶. Estas obligaciones, posteriormente, se ceñirían a los productos de relevancia regional o

⁶¹⁵ CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza n. 44/2014, 13 marzo*, cit., par. 7 del *Considerato in diritto*.

⁶¹⁶ Es más, posteriormente, el artículo 23-*ter* c. 3 del d.L. n. 90/2014, determinó que los municipios con población superior a los 10.000 habitantes podrían proceder de manera autónoma para la adquisición de bienes, servicios y obras inferiores a 40.000 euros, facultad que será incrementada a todos los municipios en virtud de la modificación del epígrafe 501 del artículo 1 de la Legge n. 208/2015 —*di stabilità 2016*— y que es acompañada en su epígrafe 502 por una eliminación de la necesidad de recurrir a los mercados electrónicos para procedimientos de contratación inferiores a los mil euros.

nacional, lo que disminuyó en gran parte el impacto que, de otro modo, hubiera tenido la ampliación del ámbito subjetivo del art. 33, c. 3-*bis* del d.lgs. n. 163/2006 contenida en el artículo 9 c. 4 del d.L. n. 66/2014 por el que se hacía extensible a todos los municipios no capitales de provincia. Extremos a los que hay que unir la discontinuidad y brevedad del período que estuvo en vigor esta disposición —ya suavizada respecto de su versión original— la cual se limitó a los periodos comprendidos entre 1/4/2013 – 23/6/2013; 1/1/2014 – 19/2/2014; 1/7/2014 – 19/8/2014; 1/1/2015 – 1/3/2015; 1/11/2015 – 19/4/2016⁶¹⁷.

A pesar de la no entrada en vigor de la primera y más intensa versión del art. 33, c. 3-*bis* del d.lgs. n. 163/2006 introducida por el art. 23, c. 4 del *Decreto Salva Italia*, se produjo la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra el mismo por parte de la región autónoma de *Friuli-Venezia Giulia* para el caso en que aquel se pretendiera hacer valer en todo el territorio nacional, alegando entonces la violación de la competencia legislativa de las regiones con estatuto especial dado que, en su opinión, esta nueva regulación de las potestades de compra pública de los municipios con población inferior a los cinco mil habitantes no se limitaba al establecimiento de una organización financiero-económica de las diferentes administraciones que componen el Estado, sino que establecía directamente una organización estatal de los entes locales, suponiendo una vulneración de los artículos 5, 77, 114, 117, 118 y 119 de la *Costituzione*, así como de los arts. 11, 51 y 54 del Estatuto especial de la Región de Friuli-Venezia Giulia, alegaciones frente a las cuales la abogacía del Estado opuso que el art. 33 c. 3-*bis* del d.lgs. n. 163/2006 introducido por el epígrafe 4 del art. 23 del d.L. n. 201/2011 se había establecido con excepción y salvaguarda de las competencias asumidas por las regiones con estatuto especial y las provincias autónomas. Argumentación del Estado que fue respaldada por el criterio de la *Corte Costituzionale* al recordar que el tenor del art. 4, c. 5 del d.lgs. n. 163/2006 excluía la aplicación del art. 33, c. 3-*bis* a la recurrente⁶¹⁸.

⁶¹⁷ Véase art. 5-ter del d.L. n. 43/2013 y su *Legge* de conversión n. 71/2013; art. 3 c. 1-*bis* del d.L. n. 150/2013 y su *Legge* de conversión n. 49/2014; art. 23-ter c. 1 del d.L. n. 90/2014 y su *Legge* de conversión n. 114/2014; art. 8 epígrafe 3-ter del d.L. n. 192/2014 y su *Legge* de conversión de 27 *febbraio* 2015; art. 1 c. 169 de la *Legge* n. 107/2015; art. 317 c. 1, lett. e) del d.lgs. n. 50/2016.

⁶¹⁸ CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza n. 220/2013, 19 luglio*.

4. LAS DUDAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO DE CONCENTRACIÓN DE LA DEMANDA DE LOS ENTES ADJUDICADORES EN TORNO A LOS SISTEMAS DE CONTRATACIÓN ELECTRÓNICOS

De todo cuanto precede podemos concluir que la experiencia previa a la entrada en vigor del d.lgs. n. 50/2016 nos conduce, *a priori*, a una esperable confirmación de la validez constitucional del sistema de cualificación general dado que no supone la eliminación de la posibilidad de actuación autónoma de los poderes adjudicadores, sino tan solo el establecimiento de una serie de condicionantes tendentes a asegurar que el dinero de los contribuyentes empleado en procedimientos de contratación pública sea gestionado por organismos con unos conocimientos y capacidades técnicas suficientes, cargas establecidas dentro las competencias básicas del Estado en materia de coordinación económica y de presupuestos públicos —art. 117 segundo párrafo de la *Costituzione*—. En efecto, si tal coordinación económica permitía una extensión *extra* estatal de los efectos de la concentración de la demanda de los entes adjudicadores sobre la base de unos parámetros predeterminados por un organismo estatal como Consip, S.p.A. a través de sus *convenzioni*, o como la ANAC a través de precios de referencia por categoría de producto —epígrafes 3.1, 3.2 y 3.4 del presente capítulo—, tanto más debe entenderse que permite que aquella se base sobre la evaluación de unos determinados medios y capacitación técnica de los poderes adjudicadores, siempre y cuando el desarrollo efectuado por el correspondiente *Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri* no aproveche tal evaluación de aptitudes objetivas para trasgredir los límites competenciales del Estado, es decir, que se trate de parámetros que se adapten a los principios de proporcionalidad y adecuación antes enunciados. A lo que se une que la concentración no solo se prevé en torno a núcleos de configuración estatal, sino también de ámbito regional y local, de modo análogo al sistema policéntrico analizado en el epígrafe 3.4 del presente capítulo.

Sin embargo, encontramos que, en relación a los municipios que no sean capitales de provincia, el d.lgs. n. 50/2016 vuelve a un régimen análogo al de la versión original del art. 33, c. 3-*bis* del d.lgs. n. 163/2006, con la ampliación subjetiva prevista en el artículo 9 epígrafe 4 del d.L. n. 66/2014, cuya cuestión de inconstitucionalidad desafortunadamente se limitaba al caso de una región con estatuto especial —epígrafe 3.5 del presente capítulo—, cuando habría sido de gran interés que la misma se hubiera

dado sobre una región de régimen común permitiendo así el análisis en profundidad del Alto Tribunal, toda vez que nos encontramos con una situación completamente diferente a aquella sobre la que se basa el sistema de cualificación general actual o los sistemas analizados en los epígrafes 3.1, 3.2 y 3.4 de este capítulo a la hora de extender los efectos de la concentración de demanda de poderes adjudicadores sobre administraciones no estatales. En efecto, en tales casos se han constituido a nivel nacional una serie de parámetros fijados por organismos centrales o independientes especializados como medida mínima para la consideración de una adecuada gestión de los fondos públicos o bien, la evaluación de una serie de competencias y medios que se entiendan necesarios para ello, lo que, por su parte, difiere sobremanera del presente caso donde se produce una reubicación íntegra y obligatoria de los centros de decisión sobre contratación, lo cual, en el caso de que se tratara de reconducir a una intervención de coordinación económica estatal, debería llevar al establecimiento de una presunción *iuris et de iure* de incapacidad técnica y de medios de los municipios no capitales de provincia de realización de procedimientos de licitación compatibles con el pacto de estabilidad interno y comunitario, dando lugar, en nuestra opinión, a una interpretación del artículo 117 de la *Costituzione* contraria a los principios de adecuación y proporcionalidad lo que supone una determinación apriorística de incumplimiento de sus deberes legales y constitucionales por parte de un determinado ente, vía por la que se podría atacar cualquier actividad autónoma de las administraciones no estatales⁶¹⁹.

En consecuencia, no sería posible una defensa de la constitucionalidad del art. 37, c. 4 del d.lgs. n. 50/2016 ex segundo epígrafe del art. 117 de la *Costituzione* debiendo serlo, en todo caso, a través de su epígrafe primero letra p) y la consideración de la contratación pública como una función fundamental de los municipios, extremo que no es posible, con carácter general, ante el hecho de que la contratación pública no constituye un fin en si mismo, sino una “herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas”⁶²⁰, por lo que solo podrá ser considerada como una función fundamental y, por tanto, dentro de la

⁶¹⁹ En este sentido y en relación a alguna de las competencias de reserva estatal del artículo 4 c. 2 y 3 del d.lgs. n. 163/2006 véase TASSONE, A. R., “Il codice dei contratti pubblici e le autonomie”, cit., p. 111.

⁶²⁰ GIMENO FELIÚ, J. M., “El nuevo paquete legislativo comunitario de contratación pública: Principales novedades. La orientación estratégica de la contratación pública.”, cit., p. 20. Sobre la concepción de la contratación pública como “instrumento eficaz de intervención en la vida económica, política y social” véase SPIAZZI, D., “Appalto pubblico (Diritto Comunitario) -voce-”, cit., p. 338.

órbita del artículo 117, c. 2, lett. p) de la *Costituzione* en cuanto se establezca al servicio de una de tales funciones fundamentales. Ello impide que en este apartado podamos retrotraernos, ahora en sede de contratos públicos, a las cuestiones de inconstitucionalidad referentes a los arts. 16, c. 6 del d.L. n. 138/2011 y 19, c. 5 del d.L. n. 95/2012, cuya constitucionalidad fue objeto de la confirmación de su validez por la *Corte Costituzionale* —véase epígrafe 3.5 del presente capítulo—.

Así las cosas, no podemos sino determinar la más que dudosa constitucionalidad de los arts. 37, c. 4 y 5 del d.lgs. n. 50/2016, a lo que ha contribuido de forma decisiva el rechazo de la *Legge costituzionale* publicada en la *Gazzetta Ufficiale de 15 aprile 2016, n. 88* cuya reforma del artículo 117, c. 2, lett. p) hubiera contribuido a disipar las presentes dudas al prever como competencia exclusiva estatal las disposiciones básicas sobre las formas asociativas de los municipios, así como la ordenación de los mismos, ámbito competencial en el que sí podríamos encontrar espacio para estas previsiones. En consecuencia, tales municipios deberían ser susceptibles de entrar en el sistema de cualificación de los poderes adjudicadores, en tal caso, el epígrafe 5 del art. 37 devendría constitucional al prever entonces la determinación de una concentración de demanda de los municipios alternativa a su actuación autónoma condicionada, siendo entonces reconducible al ámbito de la coordinación económica estatal.

De este modo, se puede apreciar cómo las dudas constitucionales surgen de la intención de extender obligatoriamente los sistemas de contratación, normalmente electrónica, basados en herramientas de concentración de la demanda, tales como el acuerdo marco o las convenciones Consip, instrumentos naturales para el desarrollo de la actividad de las centrales de compra o de los sujetos agregadores en general. Situación distinta de la que se produciría en el caso de la implantación preceptiva de sistemas electrónicos de contratación no centralizadores o reductores de la autonomía funcional del ente adjudicador, como el MePA o los sistemas dinámicos de adquisición, donde la competencia estatal podría salvarse a través de la unión medio electrónico-efecto analizada en el epígrafe 2 del capítulo II del presente trabajo, pudiendo alcanzar, ahora sí, su legitimidad constitucional en el art. 117, c. 2, lett. e) de la *Costituzione*, como elemento que garantice o potencie la tutela de la competencia de los operadores económicos y, también, en su lett. m), al establecer un medio de acceso a la contratación pública con unos niveles potenciados de transparencia y accesibilidad, o en relación a la competencia básica de coordinación financiera, contemplada en el art. 117, c. 3 de la

Costituzione, dada la conexión entre el empleo de la contratación electrónica y de los ahorros presupuestarios derivados de sus ventajas estructurales analizadas en el capítulo I.

CONCLUSIONI

Lo sviluppo del presente lavoro deve condurci ad una serie di riflessioni finali intorno a quelli che consideriamo quattro punti chiave: (i) la configurazione ed estensione obbligatoria dei sistemi degli appalti pubblici elettronici, analizzati nel capitolo III, in cui, come si è evidenziato, si è optato per quei sistemi non necessariamente elettronici, ma che, in generale, nella seconda fase del loro sviluppo, sono caratterizzati da un funzionamento telematico, formando parte di piattaforme elettroniche, come per esempio quella dello Stato; (ii) le sfide a cui si espone il processo di digitalizzazione del processo ordinario delle gare di appalto e l'importante tappa che rappresenterà il termine di quanto progettato precedentemente, con lo sviluppo definitivo della piattaforma centrale dell'ANAC e il modello che esso rappresenterà per lo sviluppo di tutte le altre piattaforme analoghe a livello regionale; (iii) le nuove sfide inerenti all'implementazione delle ICT, come per esempio la sicurezza e l'interoperabilità; ed infine (iv), lo "stress test" a cui è stata sottoposta la nuova dimensione dell'*e-government* e —soprattutto— dell'*e-procurement*, a proposito della divisione costituzionale delle competenze tra lo Stato e le regioni, derivata dalle sue particolarità e particolari richieste funzionali e di progettazione.

1. In merito ai procedimenti degli appalti pubblici tradizionalmente vincolati alle piattaforme dell'e-procurement

Come si è potuto notare, durante lo studio del capitolo V, tra tutti i procedimenti degli appalti pubblici con una funzionalità elettronica e accessibile attraverso la piattaforma dell'*e-procurement* dello Stato, fin dall'inizio del XXI secolo si è cercato di potenziare tutti quelli aventi un carattere accentratore o aggregatore della domanda delle stazioni appaltanti, come via per il raggiungimento di una struttura degli appalti pubblici molto più pianificata, efficiente e professionale. Si tratta di effetti a cui dobbiamo aggiungere il fatto che attraverso i procedimenti delle convenzioni Consip e accordi quadro per una determinata area geografica, si produce un'evidente distanziamento tra la stazione appaltante e l'operatore economico, fino al punto in cui la selezione di

quest'ultimo dipenderà da terzi, in linea di principio non interessati nell'oggetto principale dell'appalto, impedendo così, oppure ostacolando, qualunque tipo di attività mafiosa all'interno del funzionamento di alcune amministrazioni aggiudicatrici. Al contempo, il conseguimento della gara di appalto grazie all'aiuto di terzi, generalmente una stazione appaltante accentratrice e altamente professionale come, per esempio, una centrale di committenza, stabilirà specifici parametri economici comuni di approvvigionamento per tutti gli attori pubblici nell'ambito di uno sviluppo maggiore e con più trasparenza; parametri, teoricamente più efficienti di quegli altri che, in forma autonoma, potrebbero essere generati da una sola stazione appaltante e che diventeranno un affidabile elemento di riferimento di ciò che può essere inteso come una contrattazione efficiente.

Tuttavia, a causa della sua struttura operativa, il suo ambito di applicazione si limiterà a prodotti e attività che rispondono a necessità comuni e standardizzate da diverse stazioni appaltanti, causando, allo stesso tempo, un rilevante aumento del volume di ognuno dei procedimenti di acquisto realizzati ed anche un restringimento del numero totale degli stessi; in questo modo, si crea uno scenario del tutto favorevole per operatori economici di maggiore grandezza, penalizzando le PMI.

Quindi, nonostante gli effetti favorevoli che si possono predicare rispetto alla centralizzazione della domanda, la sua conseguenza relativa alla vera esclusione delle PMI, principale elemento conformatore del tessuto imprenditoriale italiano, deve essere valorata come un elemento di cruciale importanza che deve ricondurci a limitare questi procedimenti dell'*e-procurement* a quei settori in cui la struttura dell'offerta sia principalmente composta da grandi imprese e, generalmente, con un numero ridotto, così come potrebbe essere il caso del mercato dell'industria farmaceutica o il somministro delle telecomunicazioni o dell'energia.

Effettivamente, nel caso dei mercati con un grande numero di operatori economici e di diverse dimensioni, che generalmente operano sotto un regime di competenza perfetta, ciò che potrà determinare l'utilizzo di questi sistemi elettronici di centralizzazione della domanda sono degli effetti concorrenziali del tutto sfavorevoli, poiché escludono totalmente gli operatori di piccole e medie dimensioni, per di più, considerando che quanto detto non potrà trovare rimedio attraverso lo strumento della divisione in lotti. Questa riduzione di potenziali operatori e, dunque, la possibile collusione tra gli stessi, può far sì che, da determinati scenari, come quelli rappresentati

nelle figure I.1.3 e I.1.3.bis, ci spostiamo poi verso degli altri, come quelli rappresentati nella figura I.3.10, con il conseguente spostamento del punto di equilibrio del mercato degli appalti pubblici a scapito degli interessi delle stazioni appaltanti. Cioè, potremmo trovarci con uno scenario in cui l'implementazione delle ICT attraverso queste procedure contrattuali, lungi dal condurci ad una approssimazione verso il naturale punto di equilibrio ottimale del corrispondente mercato degli appalti pubblici, ci allontanerà da essa stessa passando da un ambito di concorrenza tra operatori economici fino ad uno non competitivo, facilitando, ad esempio, la creazione di oligopoli. Situazione in cui, quando non si annulleranno definitivamente, si ridurranno enormemente tutti i vantaggi strutturali che sono stati segnalati nel capitolo I, come potenzialmente predicabile dall'impiego dei sistemi di *e-procurement*.

A tali svantaggi dobbiamo unire il fatto che costi e tempi di trasporto o spostamento possono danneggiare le stazioni appaltanti più lontane dai fornitori centrali, portandoli ad incorrere in costi più elevati, rispetto a quelli che deriverebbero da una relazione economica con altri operatori più vicini, così come anche la completa rigidità di tali procedure quando si cerca di adattare i prodotti standard a possibili esigenze speciali delle diverse stazioni appaltanti.

In effetti, bisogna anche notare che, dopo il completamento della prima fase di queste procedure, l'operatore o gli operatori economici aggiudicatari della convenzione o dell'accordo quadro, rimarranno gli unici possibili offerenti dei procedimenti di acquisto delle stazioni appaltanti, con una naturale motivazione nel provare a forzare la fissazione delle condizioni contrattuali dei successivi contratti di sviluppo che gli siano più favorevoli, entro i limiti consentiti dalla convenzione o accordo iniziale, avendo adesso una grande forza negoziatrice e una situazione di speciale esposizione da parte delle amministrazioni aggiudicatrici. Realtà prevedibile anche nel caso degli accordi quadro adottati con una pluralità di operatori economici, dato il numero limitato degli stessi e le loro possibili azioni collusive.

Per tutto quanto sopra, dobbiamo giungere ad una conclusione iniziale consistente nella necessaria riformulazione del sistema di centralizzazione della domanda orchestrato intorno alle leggi annuali di stabilità e ai regolamenti relativi alla *spending review* dall'anno 2000, agevolati e/o resi possibili dai sistemi di appalti pubblici elettronici. In concreto, consideriamo che questi sistemi di centralizzazione dovrebbero limitarsi a quei mercati in cui si denota una certa configurazione

oligopolistica dell'offerta, come si verifica nel caso di successo della fornitura attraverso delle centrali di committenza di prodotti sanitari e farmacologici da parte del Servizio Sanitario Nazionale. In questi casi, il notevole incremento del volume della domanda pubblica non significherà l'esclusione degli offerenti da nessun settore del mercato, mentre, l'aumento delle dimensioni del richiedente, per mezzo della corrispondente convenzione o accordo quadro, permetterà l'ottenimento dell'economie di scala e di gamma che genererebbe, della maggiore conoscenza del mercato e della sua maggiore specializzazione, dotando l'attore di un maggiore potere di negoziazione che faciliterà il trascinarsi dell'equilibrio di un mercato in una situazione analoga a quella del monopolio bilaterale verso il punto (Q^* monopsonio, P^* monopsonio), rappresentato nella figura I.3.10, migliorando, adesso sì, l'equilibrio che potrebbe essere generato autonomamente da una amministrazione aggiudicatrice di piccole dimensioni.

I limiti proposti rispetto all'impiego delle convenzioni Consip e degli accordi quadro, come è stato evidenziato, derivano fondamentalmente da una concezione e da un concetto degli stessi che potrebbero essere spostati in un contesto completamente analogico e del tutto estraneo all'impiego delle ICT, lasciando scoperto un carattere *accidentale* o *funzionale* delle stesse ICT, orientato verso il raggiungimento di effetti di miglioramento o semplificazione rispetto ad un'operazione non elettronica.

Quindi, dentro i limiti menzionati relativi alle convenzioni Consip e agli accordi quadro, è necessario compiere dei progressi nel percorso stabilito dall'art. 37, comma. 2 del d.lgs. n. 50/2016 mediante gli altri sistemi di acquisizione elettronica non aggregatore, ovvero, quei mercati elettronici e sistemi dinamici nel cui ambito di applicazione può essere abbandonato un processo generalizzato di centralizzazione della gara d'appalto per un'altra centralizzazione di avvio, gestione e manutenzione delle piattaforme o degli spazi digitali per la negoziazione in cui l'azione autonoma delle stazioni appaltanti qualificate è consentita *ex art.* 38 del d.lgs. n. 50/2016.

Così, le procedure di appalto che si riferiscono a prodotti e servizi che soddisfano necessità *standard* che, tra l'altro, possono anche essere aggiudicati sulla base di criteri rigorosamente oggettivi e misurabili aritmicamente, verranno negoziati per via elettronica, con i suoi vantaggi conseguenti dalla trasparenza e concorrenza, articolati e regolati, adesso, secondo una struttura bifasica che, a differenza delle procedure di carattere aggregatore, nella prima delle sue fasi, non rappresenteranno un limite competitivo o di accesso al sistema di acquisizione elettronica, ma un requisito

per l'abilitazione di qualsiasi operatore che soddisfi determinate caratteristiche; di conseguenza, ciò permetterà che tale abilitazione possa essere regolata non solo per il tipo di prodotto, ma anche in funzione di altre variabili come il raggio di azione, la dimensione delle stazioni appaltanti che possono essere forniti o la dimensione massima del lotto consesso.

Grazie a questo, sulla base di questi sistemi puramente elettronici, in funzione della grandezza degli operatori economici, si potrà orchestrare un sistema di accesso o abilitazione su più livelli, in virtù del quale, i criteri di accesso per l'offerta di un determinato codice CPV, all'interno del mercato elettronico o del sistema dinamico di acquisizione, potranno essere modulati a seconda che siano concessi per la realizzazione di offerte che non superino una certa quantità di prodotto in nessuno dei loro lotti, che sono limitati a determinate regioni o province, o che sono diretti esclusivamente ai comuni al di sotto di una certa popolazione.

In altre parole, questi sistemi elettronici consentono una *disaggregazione* del sistema di abilitazione della prima fase che deve essere urgentemente inclusa nella pratica, e che offre il potenziale di questi sistemi elettronici per essere proiettato come uno strumento utile e accessibile in relazione a tutti gli operatori economici, permettendo, ora, di sfruttare appieno i potenziali vantaggi competitivi derivati dalle ICT in qualsiasi tipo di mercato degli appalti pubblici. Tutto questo è il risultato della connessione dei fenomeni di dematerializzazione, deterritorializzazione, ipertestualità, ipermedialità e interattività. A questo si aggiunge una riconfigurazione della procedura di appalto realizzata attraverso questi sistemi contrattuali telematici che favorirà l'ottenimento di vantaggi informativi da parte delle stazioni appaltanti, nonché un canale di accesso di maggiore semplicità per gli operatori economici per conoscere la pubblicazione di nuove procedure di gara.

Inoltre, la flessibilità di entrambi i sistemi di acquisto elettronico, date le potenzialità della prima fase, così come anche la possibilità di eseguire la seconda fase tramite il sistema RdO, consentirebbe a questi sistemi di non essere vincolati da procedure di acquisto relativi a prodotti che rispondono alle esigenze *standard* di una pluralità o della generalità delle amministrazioni aggiudicatrici del territorio nazionale o di una determinata regione o area geografica, ma di estendersi sistematicamente e preventivamente a qualunque tipo di prodotto o di lavoro la cui aggiudicazione dell'appalto tende, normalmente, all'impiego di criteri di valutazione prettamente

oggettivi, in modo che consenta il funzionamento dei sistemi di ponderazione e aggiudicazione automatici dei mercati elettronici e dei sistemi dinamici di acquisizione.

D'altro canto, sarebbe opportuno che la legislazione futura tenda all'unificazione dei sistemi di mercati elettronici e dei sistemi dinamici di acquisizione, fino a raggiungere la fusione in un'unica entità giuridica —e quindi tendendo all'unificazione del MePA e dello SDAPA—, al fine di eliminare una complessità non necessaria nell'Ordinamento Giuridico Italiano, vista la prova che il mercato elettronico non riesce a costituire nient'altro che un modello concreto di un sistema dinamico di acquisizione. In effetti, tale separazione normativa non altro non è che il risultato di un'evoluzione asincrona delle normative italiane ed europee in materia di *e-procurement*, le cui previsioni, considerate completamente indipendenti e separate, hanno cessato di avere senso dall'apparizione nella Direttiva 2004/18/CE di una figura come il sistema dinamico di acquisizione che ci consente di includere, così come è stato descritto nel presente lavoro, le stesse funzionalità del mercato elettronico. Approccio in cui, come abbiamo visto, lo strumento del catalogo elettronico sarà fondamentale per consentire alla nuova figura risultante dalla fusione, di mantenere lo sviluppo della seconda fase attraverso i sistemi OdA, RdO ed EdA, a seconda della quantità della procedura e delle preferenze delle stazioni appaltanti.

Tuttavia, come è stato sottolineato, per il corretto funzionamento di questo sistema è essenziale non finire per produrre un abuso della figura delle piattaforme elettroniche, in modo che l'infrastruttura virtuale su cui funzionano i mercati elettronici e/o i sistemi dinamici di acquisizione, presenti almeno un'aggregazione a livello regionale, altrimenti, i potenziali vantaggi della concorrenza, così come anche i vantaggi informativi, si vedranno diluiti gravemente e progressivamente, provocando una marcata frammentazione del mercato che, in ultima istanza, costringerà gli operatori economici all'impossibile sforzo —soprattutto nel caso delle PMI— di rendersi presenti nei numerosi portali degli appalti pubblici elettronici, oltre al consolidamento di un funzionamento del tutto inefficiente, antieconomico e contrario alle proprie possibilità offerte dalle ICT.

Pertanto, il corretto funzionamento del sistema richiederà una limitazione nella proliferazione delle piattaforme elettroniche destinate all'utilizzo di questi sistemi di appalto, causando una sorta di centralizzazione nelle figure del responsabile e del gestore delle stesse, ma che, a differenza delle convenzioni Consip o degli accordi

quadro, non implica una centralizzazione dell'attività della gara d'appalto e della selezione dell'operatore economico vincitore, cosa che deve essere svolta in modo indipendente da ciascuna stazione appaltante nell'ambito dell'infrastruttura tecnologica fornita. In caso contrario, l'*e-procurement* comporterà l'imposizione di un costo di adattamento a una forte pluralità di soluzioni tecnologiche, con il conseguente ostacolo all'accesso agli appalti pubblici, in particolare per le PMI⁶²¹.

I propri limiti derivanti dall'utilizzo dei mercati elettronici e dei sistemi dinamici di acquisizione, come abbiamo potuto notare, deriveranno, precisamente, dalla sua configurazione come procedimento di appalti pubblici elettronici di "*end-to-end*", in cui le ICT raggiungeranno un ruolo *essenziale* e *strutturale*, che, insieme ai limiti già esposti dei sistemi essenzialmente aggregatori e contemplati nella piattaforma dello Stato dell'*e-procurement*, renderanno necessario, almeno per il momento e considerato l'attuale stato della tecnica, l'esistenza dei processi degli appalti, che potremmo denominare ordinari o tradizionali, con una digitalizzazione del tutto limitata. Seguendo questa linea, possiamo anche evidenziare il considerando 52 della Direttiva 2014/24/UE con il quale si indica espressamente che le amministrazioni aggiudicatrici non sono obbligate a trattare le offerte per via elettronica o comunque procedere alla loro valutazione elettronica e/o automatizzata; cosa che non possiamo valutare negativamente o come un limite rispetto all'impiego di un appalto elettronico "*end-to-end*"⁶²², ma piuttosto come una risposta consapevole dei limiti ancora esistenti nella tecnologia attuale e nella fase di sviluppo dei sistemi degli appalti pubblici elettronici, i quali impediscono che questi stessi trattamenti elettronici siano utili per qualunque tipo di gara d'appalto e che sfociano in una necessaria digitalizzazione parziale del procedimento standard dell'appalto.

2. In merito alle esigenze di sviluppo della digitalizzazione del procedimento di gara d'appalto generale

Nel IV capitolo del presente lavoro, si è potuto comprovare come la digitalizzazione parziale del procedimento ordinario degli appalti ha soprattutto inciso

⁶²¹ BROGGI, D., *Consip: Il significato di un'esperienza. Teoria e pratica tra e-procurement ed e-government*, cit., p. 42.

⁶²² In senso contrario, cfr. MARTÍN DELGADO, I., "La difusión e intercambio de información contractual a través de medios electrónicos. Publicidad, notificaciones y comunicaciones electrónicas", cit., p. 1941.

nell'ambito delle comunicazioni e della pubblicità, dove l'impiego parziale delle ICT permetterà un miglioramento delle dinamiche e delle funzionalità proprie del procedimento analogico, la creazione di nuovi vantaggi ed esclusive innovazioni amministrative degli appalti elettronici, perfino l'armonizzazione o l'approccio del funzionamento strutturale di questo sistema generale con i sistemi degli appalti elettronici end-to-end, come ad esempio il mercato digitale o il sistema dinamico di acquisizione.

Seguendo questo obiettivo, *interattività e sistematizzazione*, si presentano come due concetti del tutto indispensabili.

Come è stato spiegato, l'attuale regolamentazione del processo di digitalizzazione della generalità delle procedure degli appalti si è basata, principalmente, sull'utilizzo della dematerializzazione che le comunicazioni elettroniche e la pubblicità digitale consentono, con i loro conseguenti effetti di miglioramento delle stesse utilità che erano state ricercate dai mezzi di comunicazione e dalla pubblicazione analogica. Tuttavia, dal nostro punto di vista, possiamo solo determinare con certezza la generazione di una vera innovazione amministrativa se l'effetto sopra menzionato è combinato con le possibilità di interattività consentite delle ICT, dettagliate nel presente lavoro e del tutto assenti nell'Ordinamento Italiano. Queste possibilità, unitamente alle pianificazioni pluriennali obbligatorie e svolte dalle amministrazioni aggiudicatrici, faciliterebbero l'istituzione di un sistema di monitoraggio e di avviso per le future gare di appalto, del tutto personalizzato da parte degli operatori economici, portando a dei vantaggi concorrenziali senza precedenti fino ad oggi, e favorevoli soprattutto per le PMI. A quanto detto, poi, si potrà aggiungere, in base al tipo di procedura, l'ottenimento di vantaggi informativi, sconosciuti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, attraverso consulte di mercato indirette che non richiedano il contatto diretto con uno o più operatori specifici e i loro conseguenti rischi, attivati dalle amministrazioni aggiudicatrici in relazione a determinati tipi di contratti, nonché alla generazione di informazioni senza precedenti e alla trasparenza nella sede delle procedure risolte mediante affidamento diretto o attraverso una procedura negoziata senza pubblicità in cui è invitato solo un operatore economico, attraverso l'autorizzazione di un sistema analogo all'OdA, nella sede del procedimento ordinario e la raccolta di dati —anche in forma anonima— delle pre-offerte o dei cataloghi resi disponibili alle stazioni appaltanti.

A sua volta, questa conclusione ci porta a valorare in modo particolarmente positivo nel contesto dell'*e-procurement* le previsioni dell'art. 21 del d.lgs. n. 50/2016 e del suo regolamento attuativo, il decreto n. 14/2018; previsioni che, vista la loro forte sinergia con i sistemi dell'*e-procurement*, è necessario che vengano estese al di sotto delle soglie indicate dalle sezioni 3 e 6, così come anche a tutte le stazioni appaltanti, che, in ogni caso, e non soltanto rispetto alle amministrazioni aggiudicatrici, costituiscono gli agenti di canalizzazione di una fonte importante di spesa pubblica, come è il caso delle procedure di acquisto che rientrano nel campo della regolazione della contrattazione pubblica.

Allo stesso tempo, l'utilità dei sistemi di pubblicità digitale dipenderà da una sistematizzazione corretta e dettagliata delle informazioni, una contropartita diretta degli effetti del potenziamento delle ICT, che consentirà l'accesso attraverso un singolo portale ad una grande quantità di informazioni, che, in mancanza della sufficiente ed essenziale sistematizzazione, sarà una sorta di “rumore informatico” con una capacità di informazione paragonabile a quella del silenzio⁶²³, poiché la singola pubblicità delle informazioni, anche con mezzi elettronici, non implica di per sé una adeguata disponibilità degli stessi⁶²⁴, come è possibile oggi vedere nelle varie piattaforme nazionali, come è caso del portale di trasparenza dell'ANAC, accessibile attraverso la sua pagina web www.portaletrasparenza.anticorruzione.it. A tal fine, è essenziale che tale sistematizzazione consenta il filtraggio dei dati nell'ambito dei codici europei CPV e NUTS, sia per l'elevato livello di accuratezza —che consentirà di superare le generalità e la superficialità dei criteri di ricerca di determinati portali, come la gestione trasparente del sito web del MIT, accessibile su www.trasparenza.mit.gov.it e delle conseguenti difficoltà di accesso alle informazioni richieste— che per suo ruolo di strumento che promuove l'interoperabilità linguistica in relazione agli operatori economici appartenenti ad altri Stati Membri.

Visti i fatti, l'interattività e una sistematizzazione adeguata e dettagliata saranno due sfide che l'ANAC dovrà affrontare quando svilupperà la sua piattaforma centrale di informazioni operativa sugli appalti pubblici, così come i suoi strumenti di informazione conoscitiva nella sua area di “Amministrazione Trasparente”. Scenario in cui

⁶²³ DE NICTOLIS, R., “Il codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà”, cit., p. 84.

⁶²⁴ TESSARO, T. E PIOVESAN, S., *La riforma Madia del procedimento amministrativo. La legge 241/90 dopo la legge 124/2015*, cit., p. 127.

l'Ordinamento Italiano rischierà decisamente se l'implementazione delle ICT e della normativa del d.lgs. n. 50/2016 relativa al procedimento ordinario degli appalti pubblici, si mantiene in una linea di replica della procedura cartacea, ora su supporto elettronico, o se, infine, procede in modo decisivo verso il raggiungimento di una vera e propria innovazione amministrativa che ci colloca in un nuovo e migliore panorama, anche se questa implementazione debba essere applicata solo parzialmente rispetto alla procedura totale degli appalti. Raggiungendo, là dove si applichi, che venga fatto completamente e con pieno sfruttamento di tutte le sue potenzialità. A questo punto, in relazione alle proposte precedentemente esposte, dovremmo menzionare la convenienza di estendere al campo della pubblicità operativa all'interno del d.lgs. n. 50/2016 le qualità e le caratteristiche delle informazioni elettroniche relative alla pubblicità conoscitiva previste nel d.lgs. n. 33/2013, in particolare per quanto riguarda l'uso di formati di dati aperti⁶²⁵.

Allo stesso tempo, sarà del tutto imprescindibile che questa piattaforma centrale, anche stesso attraverso l'interconnessione grazie alle caratteristiche dell'ipertestualità e dell'ipermedialità delle ICT, garantisca un accesso ordinato e sistematico a tutta l'informazione relativa agli appalti pubblici del territorio nazionale insieme alle piattaforme regionali. Effettivamente, queste piattaforme centrali sono una soluzione indispensabile per l'enorme frammentazione del mercato degli appalti pubblici, che potrebbe coinvolgere la pubblicità digitale esclusivamente in base ai profili di committente, con il conseguente obbligo degli operatori economici di consultare circa 32.000 portali web. Una situazione che, senza dubbio, implicherebbe l'introduzione di soluzioni di *e-procurement* che costituiscono un sistema di contrattazione pubblica meno funzionale e, anche costituire un passo indietro rispetto a quello analogico, basato fondamentalmente sulla possibilità di consultare un singolo o i pochi giornali ufficiali come la Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana. Contesto in cui, viste le possibilità di cui sopra, offerte dalle nuove tecnologie, indipendentemente dall'esistenza di una pluralità di piattaforme che rispettano l'autonomia delle regioni nella gestione diretta dei propri strumenti digitali, non si deve assolutamente perdere l'occasione di generare un portale di ricerca unico e accedere a tutte le informazioni nazionali sui contratti. Una funzionalità che dovrebbe corrispondere in modo del tutto naturale al futuro portale

⁶²⁵ Proposta della modifica del D.lgs. n. 50/2016, simile a quanto già visto nell'art. 63 della Legge Spagnola n. 9/2017, dell'8 Novembre, dei contratti del Settore Pubblico.

dell'ANAC, che servirebbe per semplificare enormemente l'accesso degli operatori economici ai mercati degli appalti pubblici, soprattutto a quelli di piccole dimensioni.

In sostanza, lo sviluppo della suddetta piattaforma determinerà in gran parte il peso specifico e la qualità dell'*e-procurement* in Italia, poiché rappresenta il principale nodo di digitalizzazione di tutte le procedure di appalto, nella cui fase di aggiudicazione è impossibile rinunciare a qualunque attività valutativa e di discrezionalità da parte dell'Amministrazione, posizionandole in circostanze di concorrenza, trasparenza — operativa e conoscitiva— e di informazioni sul mercato senza precedenti, che consentono di affinare in modo esponenziale l'esposizione e l'efficacia delle decisioni basate su questa discrezione, correggendo deviazioni volontarie o involontarie rispetto al punto di equilibrio ottimale dei mercati degli appalti pubblici. Deviazioni da correggere, che saranno le stesse che sono state rivelate come strutturali durante il suo funzionamento analogico.

Pertanto, l'implementazione delle ICT non dovrebbe solo portarci all'obiettivo degli appalti pubblici elettronici in senso stretto o "*end-to-end*", ma anche al "miglioramento di qualità" della discrezionalità che deve operare all'interno degli appalti pubblici elettronici in senso lato. Un potere discrezionale che, in generale, è indispensabile —ad un certo livello— all'interno dell'attuazione delle stazioni appaltanti, al fine di garantire una necessaria flessibilità dei procedimenti degli appalti pubblici. Inoltre, la necessità di questo potere discrezionale è stata sottolineata e rafforzata dalle direttive della quarta generazione⁶²⁶. In questo modo, giungiamo alla conclusione che, a medio termine, oltre procedure interamente elettroniche come i mercati elettronici o i sistemi dinamici di acquisizione, sarà inevitabile dover ricorrere ad una procedura di gare di appalto standard digitalizzata solo parzialmente e che, a sua volta, come è già stato analizzato, non rappresenta un ostacolo per le ICT per promuovere una vera rivoluzione ed evoluzione del mercato degli appalti pubblici analogici.

3. *In merito ai requisiti di operabilità dell'e-procurement*

L'utilità del funzionamento dei procedimenti degli appalti pubblici menzionati, che richiedono l'impiego delle ICT, dovrà soddisfare, in modo essenziale, due requisiti

⁶²⁶ PIPERATA, G., «Contrattazione pubblica e lotta alla corruzione. Uno sguardo alle recenti riforme amministrative italiane», *Federalismi.it: Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, vol. 16, 2015, p. 17.

associati intrinsecamente a queste nuove tecnologie: (i) devono garantire la presenza di un adeguato livello di sicurezza adattato al nuovo contesto di interazione dematerializzato che soddisfi certi livelli di sicurezza giuridica, che siano —come minimo— analoghi a quelli dell'amministrazione cartacea, e (ii) il raggiungimento di un livello adeguato di interoperabilità delle tecnologie introdotte che consentano l'utilizzo, lo scambio adeguato ed efficace di informazioni, e la produzione di effetti giuridici vincolati a qualsiasi settore o mercato degli appalti pubblici, indipendentemente dalla localizzazione dell'operatore economico all'interno del territorio italiano o, in generale, del territorio dell'Unione Europea.

Dunque, da entrambi i requisiti dipenderà la stessa possibilità di concedere effetti giuridici al sistema degli appalti pubblici, nonché la fattibilità del suo impiego senza la produzione di una frammentazione del mercato degli appalti pubblici a livello nazionale o europeo. Elementi essenziali rispetto alla possibilità di sposare l'introduzione di soluzioni per l'*e-procurement*, con l'obiettivo dell'UE, presente fin dalle prime direttive del 1970, che consisteva nel favorire la libertà di stabilimento, la libera prestazione dei servizi, l'eliminazione di restrizioni all'importazione e il divieto di discriminazione in base alla nazionalità; vale a dire, l'intenzione di creare un mercato unico di contrattazione pubblica, nel quale un operatore economico di qualunque Stato Membro possa partecipare alle procedure di gara tenute in un altro Stato Membro, ed essere valutato esclusivamente in risposta a criteri economici, senza che la sua nazionalità supponga alcun ostacolo⁶²⁷.

In relazione ad entrambe le sfide intrinseche negli appalti pubblici elettronici, troviamo uno strumento di fondamentale importanza: la firma elettronica, in particolare la firma elettronica a livello avanzato basata su un certificato qualificato o superiore fornito da uno dei fornitori inclusi nell'elenco di fiducia stabilito dalla Decisione 2009/767/CE, che è uno strumento diffuso o promosso dalla legislazione europea all'interno di tutti gli stati membri, avente già un lungo percorso alle spalle —risalente alla fine del secolo scorso— e che, insieme all'indirizzo digitale o posta elettronica certificata, stabilisce uno strumento pienamente accessibile per gli operatori economici, garantisce l'identificazione dell'autore delle comunicazioni, la sua tracciabilità e inalterabilità, la data di creazione del documento, la sua spedizione e persino la sua

⁶²⁷ FANTINI, S. Y SIMONETTI, H., *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, cit., p. 18; TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. SALA SEXTA, *Sentencia de 27 de noviembre de 2001, C-285/99 y C-286/99*, cit.

apertura da parte del mittente, essendo fattibile il suo utilizzo in qualsiasi Stato Membro. Nel caso Italiano, dobbiamo evidenziare il tipo concreto di firma digitale, che è stata costituita negli ultimi anni come sistema nazionale per antonomasia quando si tratta di garantire la sicurezza nel campo dell'*e-government* e, al suo interno, nel sistema degli appalti pubblici elettronici; al contempo, rappresenta uno strumento pienamente interoperabile dal punto di vista tecnico nell'Unione Europea, che consentirà agli operatori economici italiani di utilizzare questo strumento tecnologico, con cui hanno già familiarità, nelle loro relazioni con le stazioni appaltanti di Stati Membri terzi, contribuendo alla formazione di un mercato unico all'interno dell'Unione europea, visto che agevolerà o consentirà gli elementi di base necessari affinché l'*e-procurement* possa ostentare tutti i suoi effetti favorevoli a questo approccio tra soggetti di diversi Stati Membri, derivati principalmente dagli effetti di dematerializzazione e destatalizzazione.

Questo è il motivo per cui dobbiamo sottolineare l'utilizzo della firma elettronica e dei certificati digitali come parte fondamentale degli appalti pubblici a medio termine, che sarà essenziale anche considerando l'estensione a questo campo di altre soluzioni tecnologiche e formati, come SPID, dove, alla fine, la sua attuabilità dipenderà dell'impiego dei primi ai suoi livelli di sicurezza più alti. A questo punto, dobbiamo commentare che non riteniamo opportuna l'implementazione di queste altre soluzioni nel campo specifico della contrattazione pubblica, a causa del fatto che l'attuazione di tecnologie o formati diversi, stabilite ancora in modo potestativo, con l'obbiettivo di rendere i sistemi di identificazione elettronica più *user-friendly*, possono far sì che gli operatori economici italiani si abituino a un sistema operativo diverso — anche se, in ultima istanza, rappresenterebbe la stessa soluzione tecnologica— da quello sviluppato in altri Stati membri, con conseguenti ostacoli al fine di poter partecipare in operazioni intracomunitarie. Inoltre, possiamo notare alcune considerazioni come quelle di ATZORI, secondo le quali ci troveremo di fronte a un modello di privatizzazione più pronunciato dell'ottenere il sistema di identificazione telematica e la conseguente implementazione di un sistema di pagamento che ci porta a rafforzare che “garantire che io sia veramente io” si trasformi in un settore di attività strategiche⁶²⁸, con il conseguente aumento graduale dei costi di accesso agli appalti pubblici elettronici.

⁶²⁸ ATZORI, M., “Da Spid nuove minacce per i diritti fondamentali”, cit. Anche se è vero che questo settore di attività si è già confermato nell'ambito dello sviluppo dei fornitori di firma e dei

Questo punto di vista parte del fatto, ormai evidente, che il Regolamento n. 910/2014, per la configurazione dei sistemi di sicurezza elettronica ha optato per una determinata soluzione tecnologica: l'impiego dei certificati elettronici, fatto che dovrebbe indurci a presumere che l'utilizzo di essi e dei sistemi di firma elettronica a medio termine sarà, inevitabilmente, una soluzione tecnologica necessaria o, in ogni caso, del tutto complementare, perfino nei casi di implementazione nelle procedure di appalti pubblici di tecnologie completamente nuove come *Blockchain*. Un esempio di quanto detto, lo possiamo trovare nella proposta compresa nell'avviso di preinformazione pubblicato in Spagna dalla *Comunidad Autónoma* di Aragona il 6 Marzo 2018⁶²⁹. Di conseguenza, la comparsa di nuove tecnologie e la conseguente realizzazione di analisi sulla pari o migliore efficienza delle stesse rispetto a quelle stabilite dal Regolamento n. 910/2014 che porterebbe condurci a valutare la necessità di modifica dello stesso al fine di prevedere una più ampia neutralità tecnologica, riflessa nei canali di interoperabilità interstatale, non dovrebbe minare, anche se rischiamo di essere visti come troppo pragmatici e/o conformisti, le seguenti linee conclusive: – L'attuale configurazione del Regolamento n. 910/2014, presumibilmente in vigore nei prossimi anni, offre una soluzione tecnologica solvente e uniforme a tutti i Stati Membri, favorendo il coordinamento e l'interoperabilità tra tali membri e quindi la formazione del mercato unico di contrattazione pubblica. – Si tratta di una soluzione, come abbiamo potuto verificare, perfettamente accessibile e incorporabile dagli operatori economici. – Attualmente, e, osiamo dire, nel prossimo decennio, il ruolo dei certificati e delle firme elettroniche nel rapporto con la Pubblica Amministrazione e, soprattutto nel campo degli appalti pubblici, sarà del tutto centrale, senza che questo debba escludere la possibilità, ovviamente, di un progresso e un'innovazione tecnologica che ci porteranno, a medio termine, all'utilizzo congiunto di nuove tecnologie insieme a quelle previste nel Regolamento n. 910/2014, come nel caso di Aragona sopra citato. – A lungo termine, poi, superando il Regolamento di riferimento nel senso di prevedere, in maniera coordinata a livello europeo, vedremo l'incorporazione di nuovi strumenti per la sicurezza elettronica aggiuntiva e alternative a quelle già esistenti, con il

certificati elettronici, dobbiamo comunque essere d'accordo con l'autore quando dice che il sistema SPID produrrebbe una privatizzazione del funzionamento dei sistemi di identificazione, ogni volta che i cittadini smettono di relazionarsi in forma diretta ed esclusiva con le Pubbliche Amministrazioni, per chiedere i loro servizi direttamente alle imprese del settore privato.

⁶²⁹ Avviso accessibile alla pagina web www.aplicaciones.aragon.es, sezione di avvisi di preinformazione.

conseguente aumento favorevole della concorrenza nel settore dei fornitori di tali strumenti.

Andando oltre queste considerazioni, dobbiamo concludere l'esistenza di adeguate soluzioni all'interno dell'Ordinamento giuridico italiano, al fine di garantire la presenza di canali di interoperabilità tecnica che, basata su un'attività di coordinamento da parte di istanze statali prevista dall'art. 117, c. 2, lett. r) della Costituzione e che è stata sviluppata, principalmente dall'AgID, garantendo, inoltre, l'esistenza di una "singola voce" al momento del coordinamento di questa interoperabilità con la rete TESTA di istanze europee.

Alla luce di quanto esposto, dobbiamo concentrare la nostra attenzione su gli necessari sviluppi relativi all'interoperabilità giuridico-organizzativa e semantica. Per quanto riguarda la prima, devono concludersi i necessari progressi a livello europeo per quanto riguarda E-Certis, in modo da includervi obbligatoriamente tutti i documenti che possono essere richiesti nei diversi Stati Membri quando partecipano alle procedure di gare d'appalto eseguite negli stessi, nonché la previsione che la piattaforma centrale dell'ANAC preveda la creazione di una sezione che informi e guidi gli operatori economici appartenenti agli Stati Membri, o sulla creazione di una posta elettronica certificata-indirizzo digitale, o sulla possibilità di utilizzare in modo interoperabile strumenti simili a quelli dei loro Stati di origine.

D'altra parte, a proposito dell'interoperabilità semantica, per tutte le ragioni esposte all'interno di questo lavoro, dobbiamo concludere la necessaria pubblicazione dei documenti di gara e dei capitolati di oneri attraverso indirizzi o siti *web* che hanno degli strumenti che seguono la linea dell'*E-Translation*⁶³⁰, orientati a consentire la traduzione automatica degli stessi, pubblicati in formato aperto, in qualunque lingue dell'Unione Europea, in modo che le ICT siano orientate non solo per consentire la possibilità di un accesso facile e veloce alle procedure delle gare d'appalto, incluso fuori dai confini nazionali, ma anche che il loro accesso stesso tenda ad essere molto più

⁶³⁰ Sistema di traduzione automatica generata all'interno dell'Unione Europea, sul quale è possibile consultare qualunque informazione addizionale attraverso il sito web https://ec.europa.eu/info/resources-partners/machine-translation-public-administrations-etranlation_en. Anche se, considerata la complessità di creazione e sviluppo di queste tecnologie e la sua proiezione *extra* nazionale ed europea, nello sviluppo di questo sistema bisognerebbe richiedere l'implicazione e l'appoggio economico dell'Unione Europea.

efficace e produttivo su un piano di uguaglianza per tutti gli operatori economici, e non solamente in relazione a quelli di maggiori dimensioni o con migliori risorse.

4. *In merito a possibili ostacoli costituzionali di fronte all'impiego di soluzioni dell'e-procurement*

Oltre alle già menzionate sfide di natura funzionale e tecnologica che devono essere superate per consentire il funzionamento degli appalti pubblici, almeno con tutto il suo potenziale, come la sicurezza e l'interoperabilità, il fenomeno dell'e-procurement ha tirato fuori nuove sfide e problemi riguardanti al suo funzionamento, questa volta di carattere propriamente giuridico: la divisione delle competenze tra lo Stato e le regioni all'interno questa materia.

Va tenuto presente che, a seguito delle modifiche introdotte dalla Legge costituzionale del 2001, l'ambito di competenza dello Stato in materia di appalti pubblici è stato contestato, in termini generali, da un ricorso di costituzionalità presentato dalle Regioni Toscana, Veneto, Piemonte, Lazio e Abruzzo, nonché dalla Provincia Autonoma di Trento, di fronte a gran parte degli articoli del d.lgs. n. 163/2006, in occasione del quale la Corte Costituzionale⁶³¹ è venuta a ricordare, in sintonia con il posizionamento della stessa in relazione ai ricorsi di costituzionalità promossi intorno ai processi di centralizzazione analizzati nel capitolo V, che le opere pubbliche —e gli appalti pubblici in generale— non costituiscono un proprio ambito di competenza, in modo che le disposizioni ad essi riferite siano qualificate in base allo scopo specifico di ciascuna, potendo ricadere sia sui poteri statali che in quelli regionali, o anche in poteri condivisi, senza che una specifica area di competenza possa essere determinata in generale in relazione alle disposizioni in materia di appalti pubblici, neppure definendo una linea di competenza basata su criteri soggettivi, e cioè, in funzione dell'appartenenza della stazione appaltante operante ad una determinata Pubblica Amministrazione⁶³².

⁶³¹ CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza n. 401/2007, 23 novembre*.

⁶³² Di conseguenza, come segnala in CARINGELLA, F. Y GIUSTINIANI, M., *Manuale dei contratti pubblici*, cit., p. 44, dopo la riforma del 2001, la scomparsa di qualsiasi menzione alla questione degli appalti nella distribuzione costituzionale dell'art. 117, non può indurci a interpretarlo come un ritorno di competenza alla competenza residua delle regioni, ma a ratificare l'interpretazione della Corte Costituzionale, con la quale si afferma che gli appalti pubblici rappresentano "un insieme eterogeneo di disposizioni di diverso ancoraggio costituzionale".

Considerazioni iniziali dopo le quali è stato valutato legittimo l'esercizio di una competenza statale orientata alla "concentrazione" o unificazione della legislazione in materia di appalti pubblici relativa agli aspetti essenziali previsti dall'art. 4, c. 3 del d.lgs. n. 163/2006 che regolano la fase di *evidenza pubblica*, cioè, fino alla formalizzazione del contratto sulla base dell'art. 117, c. 2, lett. e), ossia sulla base della tutela della competenza degli operatori economici su un piano di parità su tutto il territorio nazionale, in quanto, come è stato ricordato dalla Corte, la nozione di competenza comprende misure volte a garantire il mantenimento dei mercati già operanti con la presenza della libera concorrenza, così come la tendenza alla liberalizzazione dei mercati —"concorrenza sul mercato"—, essendo l'obiettivo contrassegnato dall'art. 4, comma 3, e i suoi precetti di sviluppo del d.lgs. n. 163/2006 per garantire la più ampia apertura del mercato degli appalti pubblici a tutti gli operatori economici nei settori corrispondenti attraverso un procedimento uniforme nella scelta dell'operatore vincitore della gara che garantisca la libera circolazione di beni e servizi e la libertà di stabilimento —concorrenza per il mercato⁶³³— insieme al rispetto dei principi di parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza, che portano alla selezione dell'offerta più vantaggiosa e, quindi, al rispetto dei principi del funzionamento interno dell'Amministrazione sull'imparzialità, buon andamento —art. 97 della Costituzione—, l'efficacia e l'efficienza dell'attività delle autorità pubbliche nel perseguimento dell'interesse pubblico.

Criterio della Corte Costituzionale che, aggrappandosi al principio della concorrenza, in un certo modo forzata, ha cercato di evitare, secondo le parole di CLARICH, una "balcanizzazione" delle norme sugli appalti pubblici⁶³⁴, basata sull'idea espressa da MATTARELLA, secondo cui l'autonomia dovrebbe concentrarsi sulla determinazione della destinazione delle risorse e non sulla differenziazione e frammentazione del procedimento⁶³⁵.

⁶³³ *Ibid.*, p. 46.

⁶³⁴ CARANTA, R., «La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione», *Le Regioni*, vol. 4, 2004, p. 990; DE NICTOLIS, R., «La Corte Costituzionale si pronuncia sul codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture», *Urbanistica e appalti*, vol. 1, 2008, pp. 5 a 7; CLARICH, M., "Contratti Pubblici e concorrenza", cit., pp. 277 a 280.

⁶³⁵ MATTARELLA, B. G., "Disciplina dei contratti pubblici e prevenzione della corruzione", cit., p. 343.

Nel frattempo, in merito alle disposizioni statali o ai poteri pubblici attribuiti allo Stato dall'art. 4 del d.lgs. n.163/2006, è stata giustificata la sua costituzionalità sulla base dell'art. 117, c. 2, lett. l) della Costituzione, per cui si attribuisce allo stesso la competenza esclusiva in materia di ordinamento civile, sulla base delle caratteristiche generali della suddetta fase, in cui entrambe le parti raggiungono una situazione di tendenziale uguaglianza.

Questo criterio giurisprudenziale, che giustifica l'attuale formulazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 50/2016, approverebbe, a nostro avviso, la competenza dello Stato nella configurazione di un procedimento ordinario parzialmente digitalizzato, incluse le previsioni di pubblicazione che eccedono lo stretto ambito del profilo di committente di ogni amministrazione aggiudicatrice, per inserirsi perfino nel seno delle piattaforme centrali, come quella prevista per il suo sviluppo da parte dell'ANAC.

Tuttavia, maggiori dubbi susciterebbero la previsione dell'art. 37, c. 2 del d.lgs. n. 50/2016, che stabilisce l'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici qualificate di ricorrere agli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione dalle centrali di committenza; decisione in un certo senso ereditiera della prima disposizione obbligatoria per l'uso del MEPA, indicata nel periodo 2007-2016, nella parte 3.4 del capitolo V del presente lavoro, anche se, adesso, a un livello nazionale che supera i limiti dell'Amministrazione statale e basato su un sistema policentrico di centrali di committenza.

Tali dubbi derivano dal fatto che ciò che è previsto nella regolamentazione dell'*e-government* non è più il disegno legislativo statale di un procedimento di acquisto uniforme per lo sviluppo completamente autonomo basato sull'impiego delle ICT, ma piuttosto la determinazione dell'uso necessario dei sistemi di acquisto elettronici, gestiti da terzi.

Una previsione che non è per niente capricciosa, ma un prodotto della realtà in cui il processo di informatizzazione della Pubblica Amministrazione richiede ingenti investimenti finanziari e risorse tecniche, nonché ampie conoscenze e professionalità del personale, per la realizzazione delle infrastrutture necessarie e l'implementazione della tecnologia che consenta lo sviluppo di sistemi di acquisto elettronici e delle sue funzionalità più avanzate. Cosa che –addirittura- rende essenziale la concentrazione e l'utilizzo aggiunto di queste funzionalità sotto la gestione e fornitura tecnica centralizzata dello Stato o delle regioni, cioè, con un carattere policentrico, attraverso

enti specializzati come le centrali di committenza. E questo, anche come priorità sulla piena autonomia delle Amministrazioni o delle stazioni appaltanti, con lo scopo di garantire la funzionalità del sistema⁶³⁶.

Quindi, arriviamo ad una prima conclusione, o premessa, che consiste nell'impossibilità e/o inattaccabilità del successo del sistema dell'*e-procurement* nel caso in cui l'uso di mercati elettronici o di sistemi dinamici di acquisizione venga ricercato autonomamente da ogni stazione appaltante, o nel caso in cui si tenti di impiegare le caratteristiche tecnologiche proposte nel presente lavoro, rispetto alla procedura ordinaria degli appalti pubblici nella sede di ciascuno dei profili del committente, invece di farlo in una piattaforma centrale, come ad esempio quelle progettate dall'ANAC.

Raggiunta questa premessa, è chiaro come il successo derivato dall'impiego di determinati strumenti degli appalti pubblici elettronici, dipenderà dall'approccio sulla costituzionalità dell'art. 37, c. 2 del d.lgs. n. 50/2016 e dal conseguente obbligo delle stazioni appaltanti di ricorrere a terzi per l'impiego di questi stessi strumenti.

A questo proposito, in primo luogo, dobbiamo notare che l'art. 37, c. 2 è limitato agli *strumenti telematici di negoziazione*, ovvero, come abbiamo analizzato nel corso del presente lavoro, ai sistemi di acquisizione dinamici, ai mercati elettronici e agli accordi quadro adottati con più di un operatore economico, che prevede una certa concorrenza competitiva tra gli operatori economici nel momento in cui si aggiudicano i contratti di sviluppo specifici nella seconda fase. Questo fatto implica la limitazione della concentrazione funzionale anzidetta rispetto agli strumenti di acquisto elettronico che consentono una maggiore autonomia dell'amministrazione aggiudicatrice usuaria degli stessi, a cui si aggiunge l'aspettativa che tale concentrazione nella gestione delle procedure telematiche abbia un carattere policentrico, ovvero, con la possibilità che una centrale di committenza qualificata venga direttamente costituita e gestita dall'Amministrazione a diversi livelli territoriali.

Tuttavia, anche in presenza di questa limitazione e delle disposizioni a favore dell'autonomia delle amministrazioni territoriali oltre lo Stato, in particolare delle regioni, non è possibile in questo caso, a nostro avviso, l'estensione della dottrina della

⁶³⁶ COSTANTINO, F., *Autonomia dell'amministrazione e innovazione digitale*, cit., p. 80; MADDALENA, M. L., "La digitalizzazione della vita dell'amministrazione e del processo", cit., p. 565.

Corte Costituzionale che consente la possibilità di una regolamentazione statale della normativa sugli appalti pubblici sulla base dell'art. 117, c. 2, lett. e), dal momento che, esclusivamente nella sua fase di attuazione, non si potrebbe negare la possibilità che ciascuna amministrazione aggiudicatrice o stazione appaltante possa sviluppare la propria piattaforma e i corrispondenti *strumenti telematici di negoziazione* in conformità con tutti e ciascuno dei requisiti di interoperabilità stabiliti dallo Stato in virtù dell'autorizzazione dell'art. 117, c. 2, lett. r) della Costituzione. In tal caso, si potrebbe dedurre l'eventuale pieno rispetto del principio di uguaglianza e di tutela della concorrenza e rispetto dei livelli minimi di prestazione di servizi, prestazioni tecniche e tecnologie utilizzate stabilite a livello statale, così che potrebbe essere considerato un eccesso il requisito secondo cui gli stessi dovrebbero essere utilizzati principalmente nel campo di azione delle centrali di committenza. In questo modo, va notato come il problema che affrontiamo non risiede più nella necessità di impiegare sistemi elettronici invece di quelli analogici, chiudendo il cerchio del coordinamento statale a cui abbiamo fatto riferimento nel capitolo II, quanto piuttosto nella necessaria gestione centralizzata delle sue strutture tecnologiche.

Quindi, questo problema, potenzialmente plausibile in virtù di un ricorso costituzionale contro l'art. 37, c. 2 della Costituzione potrebbe mettere a rischio una buona parte del successo dell'*e-procurement*, che potrebbe essere risolto solo ricorrendo, ancora una volta, al rapporto strumento-effetto del tutto ricorrente nella dottrina della Corte Costituzionale nel contesto dell'*e-procurement*, così come abbiamo osservato durante il capitolo II, ma anche con l'evoluzione dell'*e-procurement* esposta dettagliatamente nel capitolo V.

Adesso, questa relazione ci potrebbe portare a giustificare costituzionalmente la competenza statale nello stabilire le previsioni dell'articolo in questione, sulla base dell'art. 117, c. 2, lett. e) della *Costituzione*, relativo all'armonizzazione dei bilanci pubblici, nonché sulla base della competenza dello Stato per la determinazione dei principi fondamentali in materia di coordinamento delle finanze pubbliche *ex art. 117, c. 3 della Costituzione*.

Ma con questo, e di nuovo, vorremmo salvare la certamente necessaria azione centrale dello Stato —e policentrica delle regioni— in materia di *e-government* e di *e-procurement*, sulla base di una interpretazione dell'art. 117 della *Costituzione*, in certa

misura forzata e derivata da una visione pragmatica del sistema di cui i magistrati della *Corte* sono inevitabilmente consapevoli.

Questo è il motivo per cui dobbiamo concludere affermando che i requisiti normativi speciali a cui ci portano l'*e-procurement* e, in generale, l'*e-government*, consistono nel fatto che è necessario proporre una riforma costituzionale, con la quale si introduca come competenza condivisa tra Stato e regioni nell'ambito dell'art.117, c. 3 l'autorizzazione della disposizione e dell'organizzazione delle infrastrutture e delle piattaforme informatiche dell'amministrazione regionale e locale" attraverso la quale lo Stato è autorizzato a stabilire un regolamento di base che determini il numero massimo di tali piattaforme in ciascuna regione e gerarchia.

5. *Considerazioni finali*

Gli appalti pubblici costituiscono un tipo di mercato o di mercati con forti specialità giuridico-economiche nelle quali si concentra un'alta percentuale della spesa pubblica, la quale, tradizionalmente, è stata caratterizzata da una serie di caratteristiche strutturali proprie del suo funzionamento analogico che hanno pesato o, direttamente, hanno impedito il raggiungimento dell'equilibrio ottimale degli stessi appalti, e con questo, della soddisfazione più efficiente dell'interesse pubblico. Di fronte a questa realtà preesistente, lo sviluppo tecnologico delle nostre società ha messo a disposizione di questi mercati la possibilità di implementare delle nuove tecnologie che, attraverso un sistema operativo diverso e delle funzionalità fino ad ora sconosciute, si presentano potenzialmente come soluzione a tali malfunzionamenti strutturali degli appalti pubblici sia a livello nazionale europeo, portando a una vera innovazione, se non rivoluzione, amministrativa che ci porterebbe ad una nuova fase di sviluppo degli appalti pubblici, nonché alla realizzazione finale di un mercato unico veramente funzionale all'interno dell'UE. Potenzialità che dopo l'analisi dettagliata delle stesse, sviluppata nel presente lavoro, osiamo confermare.

Ciò nonostante, come è stato sottolineato, tali tecnologie, in grado di segnare uno stadio del tutto nuovo negli appalti pubblici, presentano anche delle proprie sfide, come la sicurezza elettronica e l'interoperabilità, alle quali dobbiamo aggiungere l'accompagnamento necessario insieme alla sua implementazione di una adeguata regolamentazione e tecnica legale, nonché una modulazione e adattamento del quadro normativo che disciplina il suo ambito di applicazione, poiché l'istituzione di semplici

indicazioni dell'uso della tecnologia come norma non sarebbe altro che una semplice innovazione funzionale⁶³⁷ che, lungi dall'implicare un autentico miglioramento e innovazione amministrativa, si limiterebbe ad essere un trasferimento, all'interno di un campo informatico, del funzionamento dell'amministrazione analogica o cartacea e dei suoi limiti strutturali, che potrebbero, perfino, portare ad un'involuzione della stessa.

Dopo aver superato le già menzionate sfide e richieste inerenti all'impiego delle ICT nel settore degli appalti pubblici, abbiamo ancora un'ultima fase da superare: l'effettiva ricezione e adattamento degli operatori economici ai nuovi sistemi tecnologici operativi. In effetti, la *Strategia per la crescita digitale 2014-2020* ha dimostrato che il problema principale dell'*e-government* risiede nella mancanza di utilizzo dei suoi sistemi da parte dei cittadini, così come è stato visto di prima mano nei dati analizzati nel presente lavoro.

Eppure, tra questi dati, che derivano dai quasi vent'anni di esperienza delle procedure di appalto pubblico elettronico, possiamo trovare certe prove che sembrano indicare un'attenuazione o un superamento efficace di quest'ultima sfida, concretamente, nel campo dell'*e-procurement*, dimostrando empiricamente che le barriere digitali o gli ostacoli di natura tecnologica sono superabili attraverso delle azioni di sensibilizzazione e di informazione per gli operatori economici⁶³⁸, ai quali dobbiamo unire una legislazione determinata e, in certi casi, adeguatamente autoritaria nell'imporre obbligatoriamente queste nuove procedure, così come delle importanti motivazioni economiche, sia degli operatori economici che delle amministrazioni aggiudicatrici, quando cercano di adattarsi al nuovo panorama.

In effetti, tutti questi fattori spiegano i dati della crescita esponenziale del MePA con una notevole partecipazione delle PMI e, all'interno di queste, di aziende con meno di dieci lavoratori, che i rapporti statistici offerti dalla Consip S.p.A. ci permettono di estendere al resto degli strumenti elettronici accessibili attraverso la piattaforma dell'*e-procurement*, in particolare per quanto riguarda i sistemi dinamici di acquisizione.

Prove che dimostrano la forza e il consolidamento del nuovo scenario degli appalti pubblici elettronici in Italia, su cui esprimiamo tre desideri fondamentali:

⁶³⁷ TROJANI, F., *Il nuovo codice dell'amministrazione digitale dopo il d.lgs. 179/2016 e il Regolamento eIDAS*, cit., p. 49.

⁶³⁸ BROGGI, D., *Consip: Il significato di un'esperienza. Teoria e pratica tra e-procurement ed e-government*, cit., p. 39.

1°.- La circoscrizione adeguata da parte delle centrali di committenza delle convenzioni Consip e degli accordi quadro ai settori dominati da un'offerta oligopolistica nei mercati privati.

2°.- Il fatto che da parte di queste centrali venga fatto un grande sforzo con lo scopo di ottenere una disaggregazione dettagliata ed esauriente dei requisiti per l'abilitazione nei mercati elettronici e nei sistemi dinamici di acquisizione.

3°.- Infine, che la regolamentazione delle procedure degli appalti pubblici ordinari parzialmente digitalizzati, soprattutto quella della futura piattaforma di informazione operativa e conoscitiva dell'ANAC, avanzi non solo sul sentiero della dematerializzazione, ma che insista anche sulle possibilità di interattività offerte dalle ICT, pur essendo in grado di sfruttare e facilitare i suoi effetti di destatalizzazione, contribuendo dall'Italia alla desiderabile formazione di un unico mercato europeo degli appalti pubblici.

Desideri e un percorso di realizzazione che abbiamo modestamente cercato di contestualizzare, esporre e illuminare o ispirare durante il corso del presente lavoro e che, se si dovesse realizzare, riteniamo che possa portare, effettivamente, al conseguimento di vantaggi funzionali, di concorrenza, comportamentali e informativi, e quindi, al raggiungimento di una nuova fase per gli appalti pubblici in cui, in linee generali, si possano ottenere delle procedure più trasparenti, rigorose ed efficienti, rispetto a quelle che si sono verificate durante il loro sviluppo in un contesto completamente analogico.

BIBLIOGRAFIA

- AHIJADO, M., *Microeconomía. Teoría*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.
- ALBANO, G. L.; ANTELLINI RUSSO, F., *Public Procurement e politica economica*, V, Quaderni Consip, 2009.
- ALBANO, G. L.; CARPITETI, L.; DINI, F.; GIAMBONI, L.; RUSSO, F.; SPAGNOLO, G., *Riflessioni sull'impatto economico degli istituti innovativi del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, IV, Quaderni Consip, 2007.
- ALBI, E.; GONZÁLEZ-PÁRAMO, J. M.; ZUBIRI, I., «El porqué de la intervención pública», en *Economía Pública I*, Editorial Ariel S.A., 2000, pp. 51-113.
- ALESSANDRO, A.; PERULLI, M. G., «Procedura di affidamento (Art. 66-76)», en Michele Corradino, Saverio Sticchi Damiani (coords.) *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, Giuffrè Editore, Varese, 2017, pp. 273-284.
- ALESSI, R., *Principi di diritto amministrativo. Vol. I*, Giuffrè Editore, Milano, 1974.
- ALLEGRETTI, U., *L'imparzialità amministrativa*, CEDAM, Padova, 1965.
- ALLEORI, T., «Carte elettroniche», en Enrico Carloni (coord.) *Codice dell'amministrazione digitale. Commento al D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2005, pp. 367-389.
- AMORTH, A., «Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato», *Archivio del diritto pubblico e dell'amministrazione italiana*, vol. III, 1938, pp. 455-477.
- ARPAIA, C. M.; FERRO, P.; GIUZIO, W.; IVALDI, G.; MONACELLI, D., «L'e-government in Italia: situazione attuale, problemi e prospettive», *Questioni di Economia e Finanza. Banca d'Italia*, vol. 309, 2016.

- AYMERICH CANO, C., «Corrupción y contratación pública: Análisis de las nuevas directivas europeas de contratos y concesiones públicas», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, vol. 45-46, 2015.
- BANGEMANN, M., *Europa y la Sociedad Global de la Información. Recomendaciones al Consejo Europeo*, 1994.
- BARBERIS, G., «L'interpretazione della "lex specialis": il principio di equivalenza e i criteri ermeneutici generali», *Giurisprudenza italiana*, vol. 2, 2014, pp. 384-389.
- BARLETTA, A., «Posta elettronica certificata (PEC) -voce-», in *Digesto discipline pubblicistiche. Aggiornamento*, Utet giuridica, Torino, 2012, pp. 572-575.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J., «Una reflexión introductoria sobre el Derecho Administrativo y la Administración pública de la sociedad de la información y del conocimiento», *Revista Andaluza de Administración Pública*, vol. 40, 2000.
- BELISARIO, E., *La nuova Pubblica Amministrazione Digitale*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2009.
- BELL, D., *The coming of Post-Industrial Society*, Heinemann, London, 1974.
- DI BENEDETTO, G.; BELLANO, M., *I linguaggi del processo*, Giuffrè Editore, Milano, 2002.
- BERMEJO VERA, J., «La publicidad en el procedimiento de contratación», *Noticias CEE*, vol. 21, 1986.
- BERNADÍ GIL, X., «La cooperación interadministrativa y la interoperabilidad», in *Informe sobre la administración local*, Fundación Carles Pi i Sunyer, Barcelona, 2009.
- BIANCARDI, S., «Gli affidamenti diretti dopo il "decreto correttivo" (d.lgs. 56/2017): la trattativa diretta del MePA», *Appalti & Contratti*, vol. 6, 2017, pp. 44-52.
- BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England. Vol. IV*, 1760.
- BOZZETTO, A., «La selezione degli offerenti», in Michele Corradino, Saverio Sticchi Damiani (coords.) *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, Giuffrè Editore, Varese, 2017, pp. 341-382.
- BROGGI, D., *Consip: Il significato di un'esperienza. Teoria e pratica tra e-procurement ed e-government*, FrancoAngeli, Milano, 2008.

- BUCHANAN, J. M., «De las preferencias privadas a la filosofía pública: el desarrollo de la elección pública», *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, vol. 2, 1980.
- BUCHANAN, J. M.; MCCORMICK, R. E.; TOLLISON, R. D., *El análisis económico de lo político*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1984.
- BUONOMO, G., *Processo telematico e firma digitale*, Giuffrè Editore, Milano, 2004.
- BUTLER, L., «Innovation in Public Procurement: Towards the “Innovation Union”», en François Lichère, Roberto Caranta, Steen Treumer (coords.) *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Djof Publishing, Copenhagen, 2014, pp. 337-383.
- CABALLERÍA RIVERA, M. T., «La cooperación interadministrativa en la LBRL», *Revista de estudios de la Administración local y autonómica*, vol. 257, 1993.
- CACACE, S., *Codice dell'amministrazione digitale d.lgs. n. 82/2005 e n. 159/2006*, giustizia-amministrativa.it.
- CAMANZI, A., «Introduzione», en *Contratti pubblici*, AREL, Roma, 2013.
- CAMINITI, D., «Art. 21. Programma degli acquisti e programmazione dei lavori pubblici», en Roberto Garofoli, Giulia Ferrari (coords.) *Codice dei contratti pubblici. Tomo II*, Neldiritto editore, Molfetta, 2017, pp. 351-376.
- CAMMARATA, M.; MACCARONE, E., «Il valore probatorio del documento informatico», *Interlex*, 2001.
- CAMMAROTA, G., «Firme elettroniche e certificatori», en E. Carloni (coord.) *Codice dell'amministrazione digitale. Commento al D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2005, pp. 188-221.
- CAMMEO, C., *I contratti della pubblica amministrazione. Capacità e legittimazione a contrattare*, Casa editrice poligrafica universitaria del dott. Carlo Cya, Firenze, 1958.
- CANCELO, Á., «Diez años de Contratación Pública Electrónica. Reflexiones y perspectivas de la puesta en práctica de la contratación electrónica desde Euskadi», *Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, vol. 137, 2015.
- CANTUCCI, M., *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, CEDAM,

Padova, 1941.

CARANTA, R., «Contratti pubblici -voce-», en *Digesto delle discipline pubblicistiche. Aggiornamento. Tomo I*, Utet giuridica, Milanofiori Assago, 2008, pp. 237-259.

CARANTA, R., «Gli accordi quadro», en Maria Alessandra Sandulli, Roberto Garofoli (coords.) *Il nuovo diritto degli appalti pubblici. Nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005.*, Giuffrè Editore, Milano, 2005.

CARANTA, R., «La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione», *Le Regioni*, vol. 4, 2004, pp. 990-1014.

CARDARELLI, F., «Art. 3 bis. Uso della telematica», en Maria Alessandra Sandulli (coord.) *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè Editore, Milano, 2017, pp. 509-524.

CARINGELLA, F., *Manuale di diritto amministrativo*, XI, Dike. Giuridica Editrice, Roma, 2017.

CARINGELLA, F.; GIUSTINIANI, M., *Manuale dei contratti pubblici*, Dike. Giuridica Editrice, Roma, 2015.

CARINGELLA, F.; PROTTO, M., *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo. Commento organico al codice e alle linee guida ANAC alla luce del decreto correttivo del 19 aprile 2017, n. 56*, Dike. Giuridica Editrice, Roma, 2017.

CARLONI, E., «Servizi in rete», en Enrico Carloni (coord.) *Codice dell'amministrazione digitale. Commento al D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2005, pp. 340-366.

CARULLO, A.; IUDICA, G., *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, CEDAM, Padova, 2012.

CARUSO, G. M., «La colaboración público-público: los intereses del mercado y su repercusión sobre el gasto público. Perfiles problemáticos e incoherencia del enfoque europeo sobre contratos entre administraciones adjudicadoras», en Francisco L. Hernández González (coord.) *El impacto de la crisis en la contratación pública. España, Italia y Francia*, Thompson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 339-396.

- CASSETTA, E., «Attività amministrativa (voce)», en *Digesto discipline pubblicistiche. Vol. I*, Torino, 1987.
- CASSESE, S., «Le persone giuridiche e lo Stato», *Contratto e impresa*, vol. 1, 1993, pp. 1-13.
- CATALÁ MARTÍ, J. V., *Manual práctico de contratación de las entidades locales*, Bayer Hnos. S.A., Barcelona, 2007.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «Cooperación entre Administraciones Públicas para el impulso de la Administración Electrónica», en *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, 3ª, Thompson Reuters, Cizur Menor, 2010.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., *El Principio de Integridad en la Contratación Pública: Mecanismos para la Prevención de los Conflictos de Intereses y la Lucha contra la Corrupción*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- CERULLI IRELLI, V., *Corso di diritto amministrativo*, Giappichelli editore, Torino, 1994.
- CHITI, M. P., «Le direttive 2014 dell'Unione Europea sui contratti pubblici e i problemi della loro attuazione in Italia», en *La nuova disciplina dei contratti pubblici. Tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Giuffrè Editore, Milano, 2016, pp. 89-120.
- CHOI, J. Y.; KIM, H., «Electronic Government Procurement Reform», *Public Procurement Law Review*, vol. 3, 2013, pp. 116-134.
- CIANFLONE, A.; GIOVANNINI, G., *L'appalto di opere pubbliche*, Giuffrè Editore, Milano, 1999.
- CIOCCA, P.; SATTA, F., «La dematerializzazione dei servizi della P.A.: un'introduzione economica e gli aspetti giuridici del problema», *Diritto Amministrativo*, vol. 2, 2008, pp. 283-296.
- CIRIACO, P., «Accordi quadro», en R. Garofoli, G. Ferrari (coords.) *Codice degli appalti pubblici e nuova direttiva ricorsi*, Neldiritto editore, Molfetta, 2009.
- CLARICH, M., *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Giappichelli editore, Torino, 2010.

- CLARICH, M., «Contratti Pubblici e concorrenza», en *La nuova disciplina dei contratti pubblici. Tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Giuffrè Editore, Milano, 2016, pp. 263-303.
- COMBA, M. E., «Variations in the scope of the new EU public procurement Directives of 2014: Efficiency in public spending and major role of the approximation of laws», en François Lichère, Roberto Caranta, Steen Treumer (coords.) *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Djof Publishing, Copenhagen, 2014, pp. 29-48.
- CORRADO, A., «La trasparenza negli appalti pubblici, tra obblighi di pubblicazione e pubblicità legale», *Federalismi.it: Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, vol. 1, 2018.
- CORTESE, F., «L'ambito soggettivo di applicazione», en Franco Mastragostino (coord.) *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2017, pp. 61-88.
- COSTANTINO, F., *Autonomia dell'amministrazione e innovazione digitale*, Jovene Editore, Napoli, 2012.
- COSTANTINO, F., «L'uso della telematica nella pubblica amministrazione», en Alberto Romano (coord.) *L'azione amministrativa*, G. Giappichelli Editore, 2016.
- COSTANTINO, F., «Open Government», en *Digesto discipline pubblicistiche. Aggiornamento 2015*, Utet giuridica, Milano.
- COSTANZO, P., «Internet (Diritto Pubblico) -voce-», en *Digesto discipline pubblicistiche. Aggiornamento*, Utet giuridica, Torino, 2000, pp. 347-371.
- CRESTA, S., «Procedure elettroniche e strumenti di acquisto telematici nel nuovo codice dei contratti pubblici», *Urbanistica e appalti*, vol. 8-9, 2016, pp. 981-992.
- D'ELIA CIAMPI, I., «L'informatica e le banche dati», en S. Cassese (coord.) *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale. Vol. III*, Giuffrè Editore, Milano, 2003.
- D'ORLANDO, E., «Profili costituzionali dell'amministrazione digitale», *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, vol. 27-2, 2011, pp. 213-229.

- DAMONTE, R.; MORSELETTA, M., *Il sistema di scelta del contraente: aggiornato con il D. Lgs. 31 luglio 2007, n. 113*, IPSOA, Milano, 2007.
- DANESI, A., «L'attività di programmazione dei contratti pubblici e la determina a contrarre», en Domenico Galli, Domenico Gentile, Valentina Paoletti Gualandi (coords.) *Appalti pubblici*, Wolters Kluwer, Milanofiori Assago, 2015, pp. 214-225.
- DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J., «La insistencia de la UE en la contratación pública electrónica -y sus correspondientes decepciones-», *Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, vol. 137, 2015.
- DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J., «Modificaciones en la firma electrónica motivadas por el paquete de nuevas directivas de contratos públicos y por el Reglamento Europeo eIDAS», *Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, vol. 137, 2015, pp. 1579-3036.
- DOMÍNGUEZ MACAYA-LAURNAGA, J., *Claves para una contratación pública electrónica eficaz.*, El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 2011.
- DRAGOS, D. C.; NEAMTU, B., «Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects», en François Lichère, Roberto Caranta, Steen Treumer (coords.) *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Djof Publishing, Copenhagen, 2014, pp. 301-335.
- DUGATO, M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Giuffrè Editore, Milano, 1996.
- DUGATO, M., «Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici e contrasto alla corruzione nel settore degli appalti pubblici», *Munvs*, vol. 3, 2015, pp. 666-684.
- DUGATO, M., «Terremoto, ricostruzione e regole degli appalti», *Munvs*, vol. 3, 2017, pp. 485-496.
- DUNI, G., *L'Amministrazione digitale*, Giuffrè Editore, Milano, 2008.
- DUNI, G., «Principi fondamentali del diritto amministrativo», *Diritto e processo amministrativo*, vol. 2, 2012, pp. 393-409.
- ECHEVERRI SALAZAR, V. M., «Del contrato de libre discusión al contrato de adhesión»,

- Opinión Jurídica*, vol. 9-17, 2010, pp. 127-144.
- EGEA IBÁÑEZ, E., *Sector Público. Delimitación, Dimensión, Composición y Evolución*, Thompson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- ESCRIHUELA MORALES, F. J., «La contratación del sector público y la corrupción», *Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, vol. 135, 2015, pp. 16-21.
- FANTINI, S.; SIMONETTI, H., *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Giuffrè Editore, Milano, 2017.
- FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M., *Contratación Pública, Tomo I*, Bosch, Barcelona, 2008.
- FIorentino, L., «Il modello Consip: profili evolutivi», in Danilo Broggi (coord.) *Consip: il significato di un'esperienza. Teoria ed pratica tra e-Procurement ed e-Government*, FrancoAngeli, 2008, pp. 55-66.
- FontE, E., «L'accordo quadro in tema di appalti pubblici», *I tribunali amministrativi regionali*, vol. 5-6 II, 1997, pp. 145-155.
- FRACCHIA, F., «Riforma Madia: una rivoluzione copernicana?», in Silvia Tuccillo (coord.) *Semplificare e liberalizzare. Amministrazione e cittadini dopo la legge 124 del 2015*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 17-26.
- FROSINI, V., «L'organizzazione informatica dello Stato e la libertà del cittadino», *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, vol. 3, 1993, pp. 599-608.
- GALGANO, F., «Il diritto nella società post-industriale.», in *Prolusione all'apertura dell'anno accademico 1991-1992*, Università di Bologna.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., «Contratación pública e innovación tecnológica», *Revista española de Derecho Administrativo*, vol. 184, 2017, pp. 193-219.
- GALTIERI, C., «Controlli tradizionali e disciplina dei contratti pubblici», in *La nuova disciplina dei contratti pubblici. Tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Giuffrè Editore, Milano, 2016, pp. 385-404.
- GAMAZO CHILLÓN, J. C., «Comportamiento burocrático y presupuestación pública: Una teoría sobre la oferta de la actividad financiera», *Anales de estudios económicos y empresariales*, vol. 12, 1997, pp. 145-170.

- GAMERO CASADO, E., «Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Administración Electrónica; su posición en el sistema de fuentes», en *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- GAMERO CASADO, E.; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «El Derecho Administrativo ante la “Era de la Información”», en Eduardo Gamero Casado, Julián Valero Torrijos (coords.) *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los servicios Públicos*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 35-88.
- GARCÍA ATIENZA, A., «E-Procurement: Una ventana a la transparencia», en *La Regeneración del sistema: Reflexiones en torno a la calidad democrática, el buen gobierno y la lucha contra la corrupción*, AVAPOL, Valencia, 2015.
- GATTI, M., *E-Procurement. Il D.P.R. 101/2002 e gli acquisti in rete della P.A.*, Esselibri - Simone, Napoli, 2002.
- GIANNINI, M. S., «Attività amministrativa (voce)», en *Enciclopedia diritto. Vol. IV.*, Giuffrè Editore, Milano, 1958.
- GIANNINI, M. S., *Diritto amministrativo, vol. II*, Giuffrè Editore, Milano, 1993.
- GIANNINI, M. S., *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1977.
- GIMENO FELIÚ, J. M., «El nuevo paquete legislativo comunitario de contratación pública: Principales novedades. La orientación estratégica de la contratación pública.», en Sonia Rodríguez-Campos González (coord.) *Las nuevas directivas de contratos públicos y su transposición*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 17-127.
- GIMENO FELIÚ, J. M., «La necesaria y urgente política de reformas frente a la corrupción», *Observatorio de la Contratación pública*, 2013.
- GIMENO FELIÚ, J. M., «Retos pendientes en la Unión Europea en la materia de contratos públicos. La necesidad del think tank», *Observatorio de la Contratación pública*, 2015.
- GIOVANNINI, G., «La disciplina degli appalti tra vecchio e nuovo», en *La nuova disciplina dei contratti pubblici. Tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Giuffrè Editore, Milano, 2016, pp. 21-28.

- GIUBBINI, G., «Formazione, gestione e conservazione dei documenti informatici», in Enrico Carloni (coord.) *Codice dell'amministrazione digitale. Commento al D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2005, pp. 223-246.
- GÓMEZ MANRESA, M. F., «La contratación electrónica: Una apuesta del Derecho europeo por la sostenibilidad de la Administración Pública», *Revista Internacional de Derecho Ambiental*, vol. III-8, 2014.
- GRAZIANO, N., «Il disconoscimento del documento informatico sottoscritto con firma digitale», *Dirittoitalia*, vol. I, 6, 2001.
- GRECO, G., *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, Giappichelli editore, Torino, 2003.
- GRECO, G., *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Giuffrè Editore, Milano, 1986.
- GUERCIO, M., *Archivistica informatica. I documenti in ambiente digitale*, Carocci Editore, Roma, 2002.
- GUERRA, M. P., «Dalla spending review a un "sistema" del public procurement? La qualificazione delle stazioni appaltanti tra centralizzazione e policentrismo», *Astrid Rassegna*, vol. 20, 2016, pp. 1-27.
- HEIMLER, A., «Appalti pubblici, prassi applicative e controlli: quale spazio per gli aspetti sostanziali?», *Mercato, concorrenza e regole*, vol. 1, 2015, pp. 181-205.
- HEY, J. D., *Microeconomía Intermedia*, McGraw-Hill/Interamericana de España, Madrid, 2003.
- IRTI, N., *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2001.
- JACKSON, P. M., *The political economy of bureaucracy*, Philip Allan Publishers, Rossendale, 1982.
- JIMÉNEZ, J. C., «Etapas de desarrollo de la economía mundial», in José Antonio Alonso (coord.) *Lecciones sobre economía mundial. Introducción al desarrollo de las relaciones económicas internacionales*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2009, pp. 47-68.
- DE JUAN CASERO, L. J., «Perfil del contratante y Plataforma de contratación del sector

- público», *Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, vol. 137, 2015.
- LAMBORGESE, A. PIETRO, «La rilevanza pubblica dell'esecuzione del contratto di appalto con la pubblica amministrazione», in *La nuova disciplina dei contratti pubblici. Tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Giuffrè Editore, Milano, 2016, pp. 315-336.
- DI LASCIO, F., «La centralizzazione degli appalti, la spending review e l'autonomia organizzativa locale», *Giornale di Diritto Amministrativo*, vol. 2, 2014, pp. 205-219.
- DI LASCIO, F., «Le centrali di committenza», in Sergio Gallo (coord.) *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2014, pp. 95-118.
- LEDDA, F., «Elogio della forma scritto da un anticonformista», *Il Foro Amministrativo*, vol. 76 9-10, 2000, pp. 3443-3460.
- LENOCI, M. C., «La simbiosi tra aste elettroniche e procedure telematiche», *Urbanistica e appalti*, vol. 3, 2015, pp. 291-304.
- LENOCI, M. C.; LESTO, M.; MALINCONICO, C., «Le procedure, tra tradizione ed innovazione», in M. Corradino, Domenico Galli, Domenico Gentile, Maria Cristina Lenoci, Carlo Malinconico (coords.) *I Contratti Pubblici*, Wolters Kluwer, Vicenza, 2017.
- LIBERTINI, M., *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Giuffrè Editore, Milano, 2014.
- LIPARI, M., «Commento agli art. 79-80-81», in Gaetano de Ruvo, Luigi Giampaolino, Maria Alessandra Sandulli, Giuseppe Stancanelli (coords.) *Commento al Regolamento di attuazione della Legge Quadro sui lavori pubblici*, Giuffrè Editore, Milano, 2002.
- LONGO, A.; CANZONIERI, E., *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, Giuffrè Editore, Milano, 2018.
- LUCIANI, F., *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Giappichelli editore, Torino, 2003.

- LUHMANN, N., «I processi decisionali dell'amministrazione», en N. Luhmann (coord.) *I Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Giuffrè Editore, Milano, 1995.
- LUPO, A., «I sistemi dinamici di acquisizione», en Fabio Saitta (coord.) *Appalti e contratti pubblici. Commentario sistematico*, Wolters Kluwer; CEDAM, Milanofiori Assago, 2016, p. capitolo XXVIII.
- MACHLUP, F., «Teorías de la empresa: Marginalista, Behaviorista, Gerencial», *Revista Española de Economía*, vol. IX, 1979.
- MACHO, I.; PÉREZ, D., *Introducción a la economía de la Información*, Ariel, Barcelona, 1994.
- MADDALENA, M. L., «La digitalizzazione della vita dell'amministrazione e del processo», en *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica amministrazione*, Giuffrè Editore, Milano, 2017, pp. 519-598.
- DE MAIO, G., «Digitalizzazione dell'azione amministrativa e riforma media», en Silvia Tuccillo (coord.) *Semplificare e liberalizzare. Amministrazione e cittadini dopo la legge 124 del 2015*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 135-161.
- DE MAIO, G., *Semplificazione e digitalizzazione: un nuovo modello burocratico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.
- MANKIW, G. N., *Principios de Economía*, 4^a, Thomson, Madrid, 2007.
- MARCHETTI TRICAMO, P., «Il sistema Consip e l'approvvigionamento di beni e servizi da parte della P.A. attraverso l'utilizzo di sistemi elettronici e telematici», en Domenico Galli, Domenico Gentile, Valentina Paoletti Gualandi (coords.) *Appalti pubblici*, Wolters Kluwer, Milanofiori Assago, 2015, pp. 1242-1283.
- MARONGIU, D., *Il governo dell'informatica pubblica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007.
- MARONGIU, D., «La funzione di coordinamento informatico. Autonomia delle Regioni e poteri del Ministro per l'innovazione e le tecnologie», *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, vol. 1, 2005, pp. 109-116.
- MARTELLI, R., «Figure innovative del codice dei contratti pubblici: l'accordo quadro», en Domenico Crocco, Luigi E. Mandracchia (coords.) *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, DEI, Rimini, 2007.

- MARTÍN BAUTISTA, M. T., «El principio de libre competencia en la contratación pública: influencias, restricciones y defensas (I)», *Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, vol. 142, 2016.
- MARTÍN DELGADO, I., «Identificación y autenticación de los ciudadanos», en *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- MARTÍN DELGADO, I., «La difusión e intercambio de información contractual a través de medios electrónicos. Publicidad, notificaciones y comunicaciones electrónicas», en Eduardo Gamero Casado, Isabel Gallego Córcoles (coords.) *Tratado de contratos del Sector Público. Tomo II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1895-1962.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., «“Transparencia” vs “Transparencia” en la contratación pública», *Diario la Ley*, vol. 8607, 2015.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «Cooperación y coordinación entre administraciones públicas para el impulso de la administración electrónica. La interoperabilidad», en *Administración electrónica y ciudadanos*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2011.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «El uso de medios electrónicos en la contratación pública. La relación entre las Leyes 39 y 40 de 2015 y las Directivas 24 y 55 de 2014 de contratación pública y facturación electrónica. Propuestas para su transposición», en Isaac Martín Delgado (coord.) *La reforma de la Administración electrónica: Una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, INAP, Madrid, 2017, pp. 285-322.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., «Identificación y autenticación electrónica: DNI electrónico.», en *Administración electrónica y ciudadanos*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *La contratación pública electrónica: análisis y propuesta de transposición de las Directivas comunitarias de 2014*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MARZUOLI, C., *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Giuffrè Editore, Milano, 1982.

- MASSARI, A., «La pubblicità dei bandi di gara e l'imbarazzante ritorno dei quotidiani», *Appalti & Contratti*, 2017.
- MASSARI, A.; USAI, S., *Il mercato elettronico e gli acquisti di beni e servizi dopo la Spending Review*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2013.
- MASUCCI, A., *Il procedimento amministrativo e nuove tecnologie*, G. Giappichelli Editore, Milano, 2008.
- MATTARELLA, B. G., «Disciplina dei contratti pubblici e prevenzione della corruzione», en *La nuova disciplina dei contratti pubblici. Tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Giuffrè Editore, Milano, 2016, pp. 337-353.
- MATTARELLA, B. G., «La centralizzazione delle committenze», *Giornale di Diritto Amministrativo*, vol. 5, 2016, pp. 613-620.
- MAURO, A., «La selezione dei partecipanti», en Sergio Gallo (coord.) *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2014, pp. 119-170.
- MAURO, A., «Selezione delle offerte (Art. 77-82)», en Michele Corradino, Saverio Sticchi Damiani (coords.) *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, Giuffrè Editore, Varese, 2017, pp. 287-338.
- MEDINA ARNAIZ, T., «Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: Perspectiva europea y su incidencia en la legislación española», en *La contratación pública a debate: Presente y futuro*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2014.
- MELE, E., *I contratti delle Pubbliche Amministrazioni*, Giuffrè Editore, Milano, 2011.
- MERCHÁN MURILLO, A., *Firma electrónica: Funciones y problemática. Especial referencia al Reglamento [UE] nº 910/2014, relativo a la identificación electrónica por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE de firma electrónica*, Thompson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- MIANI, M., *Comunicazione pubblica e nuove tecnologie: la pubblica amministrazione dall'e-democracy all'e-government*, Il Mulino, Bologna, 2005.
- MÍGUEZ MACHO, L., «Fórmulas de colaboración público-privada contractual y crisis

- financiera del sector público», en *La contratación pública a debate: Presente y futuro*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2014.
- MISTICHELLI, S., «Trasmissione informatica dei documenti», en Enrico Carloni (coord.) *Codice dell'amministrazione digitale. Commento al D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2005, pp. 247-279.
- MONCHÓN, F., «Teorías alternativas de la empresa», *Revista Española de Economía*, vol. IX, 1979.
- MORBIDELLI, G., «L'appalto comunitario nel settore dell'energia», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, vol. 4, 1993, pp. 743-819.
- MORENO MOLINA, J. A., «Administración electrónica y contratación pública», en *Administración Electrónica y Ciudadanos*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2011.
- MORENO MOLINA, J. A.; DOMÍNGUEZ ALONSO, A. P., «El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública», en *La contratación pública a debate: Presente y futuro*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2014.
- MORENO MOLINA, J. A.; PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva ley de contratos del sector público*, La Ley, Madrid, 2007.
- MORENO MOLINA, J. A.; PUERTA SEGUIDO, F.; PUNZÓN MORALEDA, J.; RAMOS PÉREZ OLIVARES, A., *El consultor de los Ayuntamientos. Claves para la aplicación de la directiva 2014/24/UE sobre contratación pública*, 1º, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.
- MOSCARINI, L. V., *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Giuffrè Editore, Roma, 1988.
- NEGROPONTE, N., *Essere digitali*, Sperling & Kupfer, Milano, 1995.
- DE NICTOLIS, R., «Il codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà», en *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica amministrazione*, Giuffrè Editore, Milano, 2017, pp. 65-107.
- DE NICTOLIS, R., «La Corte Costituzionale si pronuncia sul codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture», *Urbanistica e appalti*, vol. 1, 2008, pp. 5-19.
- NUCARA, F., «Le aste elettroniche e gli altri strumenti per l'e-procurement pubblico», en

Fabio Saitta (coord.) *Appalti e contratti pubblici. Commentario sistematico*, Wolters Kluwer; CEDAM, Milanofiori Assago, 2016, p. capitolo XXXIV.

OROFINO, A. G., *Forme elettroniche e procedimenti amministrativi*, Cacucci Editore, Bari, 2008.

OROFINO, A. G., «L'esternazione informatica degli atti amministrativi», in Stefano Civitarese Matteucci, Luisa Torchia (coords.) *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Vol. IV. La tecnificazione*, Firenze University Press, Firenze, 2016, pp. 181-200.

OROFINO, A. G., «La sottoscrizione delle offerte elettroniche», *Urbanistica e appalti*, vol. 11, 2012, pp. 1191-1199.

OROFINO, M., *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello*, Giuffrè Editore, Milano, 2008.

PAJNO, A., «La nuova disciplina dei contratti pubblici. Tra esigenze di semplificazione rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione», in *La nuova disciplina dei contratti pubblici. Tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Giuffrè Editore, Milano, 2016, pp. 29-74.

PAPPANO, D., «Las compras centralizadas de la Administración Pública, entre exigencias de racionalización del gasto y medidas anticrisis», in Francisco L. Hernández González (coord.) *El impacto de la crisis en la contratación pública. España, Italia, Francia*, Thompson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 397-438.

PARKINSON, C. N., *Parkinson's law and other studies in administration*, Ballantine Books, 1957.

PASCUZZI, G., *Il diritto dell'era digitale. Tecnologie informatiche e regole privatistiche*, Il Mulino, Bologna, 2002.

PASCUZZI, G., *Il diritto dell'era digitale*, Il Mulino, Bologna, 2016.

PIGA, G., «La nuova disciplina sui contratti pubblici: il punto di vista dell'economista», in *La nuova disciplina dei contratti pubblici. Tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Giuffrè Editore, Milano, 2016, pp. 75-88.

- PILI, G., «Gli accordi quadro nel diritto interno ai tempi della spending review», *Appalti & Contratti*, vol. 8-9, 2012, pp. 56-71.
- PIÑAR MAÑAS, J. L., «Revolución tecnológica, Derecho Administrativo y Administración Pública», en *La autorización administrativa. La Administración electrónica. La enseñanza del Derecho administrativo hoy*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- PINDYCK, R. S.; RUBINFELD, D. L., *Microeconomía*, Pearson, Madrid, 2009.
- PIPERATA, G., «Contrattazione pubblica e lotta alla corruzione. Uno sguardo alle recenti riforme amministrative italiane», *Federalismi.it: Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, vol. 16, 2015.
- PITTALIS, G., «Appalto Pubblico -voce-», en *Digesto delle discipline Pubblicistiche. Vol. I.*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1987, pp. 292-315.
- PONTI, B., «Organizzazione delle pubbliche amministrazioni. Rapporti fra Stato, regioni e autonomie locali», en Enrico Carloni (coord.) *Codice dell'amministrazione digitale. Commento al D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2005, pp. 129-162.
- PUNZÓN MORALED A, J., «Reducción de plazos de publicidad y presentación de ofertas», *Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, vol. 143, 2016.
- PUNZÓN MORALED A, J.; RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, F., «El uso de las nuevas tecnologías en la Administración Pública: la contratación pública electrónica prevista en la Directiva 2004/18/CE», *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red -REDETI-*, vol. 24, 2005.
- PUNZÓN MORALED A, J.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, F., *La utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la Ley 30/2007, de contratos del sector público*, La Ley, Móstoles, 2009.
- RACCA, G. M., «Joint procurement challenges in the future implementation of the new directives», en François Lichère, Roberto Caranta, Steen Treumer (coords.) *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Djof Publishing, Copenhagen, 2014, pp. 225-254.
- RACCA, G. M., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra*

autonomia e correttezza, Jovene Editore, Napoli, 2000.

RACCA, G. M., «Professional Buying Organisations, Sustainability and Competition in Public Procurement Performance», en *IV International Public Procurement Conference*, Corea, 2010.

RACCA, G. M.; CAVALLO, P. R., «La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici», *Diritto amministrativo*, vol. 2, 2010, pp. 325-354.

RAIOLA, I., «Art. 106. Modifica di contratti durante il periodo di efficacia», en Roberto Garofoli, Giulia Ferrari (coords.) *Codice dei contratti pubblici. Tomo II*, Neldiritto editore, Molfetta, 2017, pp. 1843-1853.

RANELLETTI, O., *Principii di diritto amministrativo*, L. Pierro editore, Napoli, 1912.

RAPISARDA, I., *Il Mercato Elettronico della PA: vincoli ed economicità degli acquisti sotto soglia*, 2012.

RAZQUÍN LIZARRAGA, M. M., «Las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014: Aspectos clave y propuestas para su transformación en España», *Revista de administración pública*, vol. 196, 2015.

RIFKIN, J., *La Era del Acceso: La revolución de la nueva economía*, Paidós Ibérica, 2000.

ROMANO, A., «Il cittadino e la pubblica amministrazione», en *Atti del XXX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1987.

ROSEN, H. S., *Manual de Hacienda Pública*, 1ª, Ariel Economía, Barcelona, 1990.

ROVERSI MONACO, F. A., *Gli enti di gestione*, Giuffrè Editore, Milano, 1967.

RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE, A., «La nomenclatura CPV», *Observatorio de la Contratación pública*, 2013.

SALMONI, F., «Gli atti statali di coordinamento tecnico e la ripartizione di competente Stato-Regioni (Corte costituzionale 1º aprile 2003 n. 103)», *Giurisprudenza Costituzionale*, vol. 3, 2003, pp. 1735-1743.

SALTELLI, C., «Il codice degli appalti: un mondo da semplificare», en *La nuova disciplina dei contratti pubblici. Tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Giuffrè Editore, Milano, 2016, pp. 355-383.

- SAMUELSON, P. A.; NORDHAUS, W. D., *Economía*, 16^a, McGraw-Hill/Interamericana de España, Madrid, 1999.
- SÁNCHEZ GRAELLS, A., «Exclusion, qualitative selection and short-listing in the New Public Sector Procurement Directive 2014/24», en François Lichère, Roberto Caranta, Steen Treumer (coords.) *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Djof Publishing, Copenhagen, 2014, pp. 97-128.
- SÁNCHEZ GRAELLS, A., «Reflexiones críticas en torno a la disciplina de comportamiento del mercado del comprador público», en *La contratación pública a debate: Presente y futuro*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2014.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., «La coordinación administrativa como concepto jurídico», *Revista de documentación administrativa*, vol. 230-231, 1992.
- SANINO, M.; BONACCORSI DI PATTI, D., «Contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del codice (artt. 16 - 27)», en M. Sanino (coord.) *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Utet, Torino, 2006.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General I*, Iustel, Madrid, 2016.
- SARZANA DI SANT'IPPOLITO, F., «Il documento informatico alla prova della Suprema Corte», *Il corriere giuridico*, vol. 3, 2002.
- SATTA, F., «L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto», *Diritto amministrativo*, vol. 4, 2003, pp. 645-685.
- SAVINO, A., «Modalità comuni alle procedure di affidamento (artt. 49-53)», en Michele Corradino, Saverio Sticchi Damiani (coords.) *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, Giuffrè Editore, Varese, 2017, pp. 187-204.
- SCIANCELEPORE, V. D., «Pianificazione, programmazione e progettazione», en Michele Corradino, Saverio Sticchi Damiani (coords.) *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, Giuffrè Editore, Varese, 2017, pp. 43-68.
- SCOCA, S. S., *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Giuffrè Editore, Milano, 2008.
- SILVA-RUIZ, P. F., «Contratos de adhesión, condiciones contractuales generales

- (condiciones generales de los contratos o de la contratación y las cláusulas abusivas)», en Atilio Aníbal Alterini, José Luis de los Mozos, Carlos Alberto Soto (coords.) *Contratación Contemporánea. Contratos Modernos. Derecho del Consumidor. Vol. 2*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2001, pp. 37-66.
- SMITH, A., *La riqueza de las naciones*, Titivillus - 2015, 1776.
- SORACE, D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Il Mulino, Bologna, 2007.
- SORRENTINO, G., «Il sistema dei controlli “semplificati” per gli acquisti mediante mercato elettronico dopo il decreto correttivo», *Appalti & Contratti*, vol. 5, 2017, pp. 75-82.
- SPASIANO, M. R., «I principi di pubblicità. Trasparenza e imparzialità», en Maria Alessandra Sandulli (coord.) *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè Editore, Milano, 2017, p. art. 1.
- SPIAZZI, D., «Appalto pubblico (Diritto Comunitario) -voce-», en *Novissimo Digesto italiano*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1980, pp. 338-345.
- STIGLITZ, R. S., *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994.
- STIPO, M., «L'interesse pubblico: un mito sfatato?», en *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini. Vol. III*, Giuffrè Editore, Milano, 1988, pp. 909-963.
- STROMBOM, D., «Corruption in Procurement», *Economic Perspectives*, vol. 3-5, 1998.
- TASSONE, A. R., «Il codice dei contratti pubblici e le autonomie», en Fabio Saitta (coord.) *Appalti e contratti pubblici. Commentario sistematico*, Wolters Kluwer; CEDAM, Milanofiori Assago, 2016, p. capitolo IV.
- TESSARO, T.; PIOVESAN, S., *La riforma Madia del procedimento amministrativo. La legge 241/90 dopo la legge 124/2015*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2015.
- TOCCI, M., «Tecniche e strumenti per gli appalti elettronici e aggregati (artt. 54-58)», en Michele Corradino, Saverio Sticchi Damiani (coords.) *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, Giuffrè Editore, Varese, 2017, pp. 209-222.

- TORCHIA, L., *Il controllo pubblico della finanza privata*, CEDAM, Padova, 1992.
- TORCHIA, L., «La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari», en *La nuova disciplina dei contratti pubblici. Tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Giuffrè Editore, Milano, 2016, pp. 131-186.
- TREUMER, S., «Evolution of the EU Public Procurement Regime: The New Public Procurement Directive», en François Lichère, Roberto Caranta, Steen Treumer (coords.) *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Djof Publishing, Copenhagen, 2014, pp. 9-27.
- TROJANI, F., *Il nuovo codice dell'amministrazione digitale dopo il d.lgs. 179/2016 e il Regolamento eIDAS*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2016.
- UNGARO, S., «Appalti, digitale sì ma non troppo: le zone d'ombra del nuovo codice», *Forum PA Digital 360*, 2016.
- VAIANO, D., «Art. 29. Principi in materia di trasparenza», en Roberto Garofoli, Giulia Ferrari (coords.) *Codice dei contratti pubblici. Tomo I*, Neldiritto editore, Molfetta, 2017, pp. 583-594.
- VAIDYA, K.; CAMPBELL, J., «Multidisciplinary approach to defining public e-procurement and evaluating its impact on procurement efficiency», *Information Systems Frontiers*, vol. 18, 2016, pp. 333-348.
- VALERO TORRIJOS, J., «Acceso a los servicios y a la información por medios electrónicos», en Eduardo Gamero Casado, Julián Valero Torrijos (coords.) *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- VALERO TORRIJOS, J., «De la digitalización a la innovación tecnológica: valoración jurídica del proceso de modernización de las administraciones públicas españolas en la última década (2004-2014)», *Revista de Internet, Derecho y Política*, vol. 19, 2014, pp. 117-129.
- VALERO TORRIJOS, J., *El régimen jurídico de la e-Administración. El uso de los medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo común*, 2ª, Comares, Granada, 2007.

- VALERO TORRIJOS, J., «Innovación tecnológica e innovación administrativa», en *Seminario Teoría y Método-STEM*, Universidad Castilla La Mancha, 2016.
- VALERO TORRIJOS, J., «La transposición en España de la normativa europea sobre contratación pública electrónica: Una oportunidad para la innovación tecnológica», en *I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo: La nueva contratación pública*, Toledo, 2014.
- VANDELI, L., «Les riformes territoriales en France et en Italie: parallélismes et divergences», 2014, Audition au Senat sur le project de loi portant nouvelle organisation territoriale de la Republique, Paris.
- VANDELLI, L., *Papeles y Papeleo. Burocracia y literatura*, Iustel, Madrid, 2015.
- VANNUCCI, A., «Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione», en G. D. Comporti (coord.) *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, pp. 265-295.
- VARONE, V., «Il novo Codice dei contratti pubblici. La qualificazione delle stazioni appaltanti», en *Il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50)*, Giuffrè Editore, Varese, 2016, pp. 9-22.
- VEGA MERE, Y., «El derecho del consumidor y la contratación contemporánea. Consideraciones Preliminares a favor de la construcción dogmática de los contratos de consumo», en Atilio Aníbal Alterini, José Luis de los Mozos, Carlos Alberto Soto (coords.) *Contratación Contemporánea. Contratos Modernos. Derecho del Consumidor. Vol. 2*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2001, pp. 517-638.
- VILLA, D., «Digitalizzazione delle procedure e operatori economici», en Michele Corradino, Saverio Sticchi Damiani (coords.) *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, Giuffrè Editore, Varese, 2017, pp. 167-184.
- VILLAR PALASÍ, J. L.; DE LA TORRE MARTÍNEZ, E., «Tema XXV. Los contratos administrativos: naturaleza y especialidades», en *Derecho Administrativo*, UNED, Barcelona, 1973.
- VIZZARI, G., «L'accordo quadro», en Fabio Saitta (coord.) *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, CEDAM, 2008, p. capitolo XIX.
- VIZZARI, G., «L'accordo quadro», en Fabio Saitta (coord.) *Appalti e contratti pubblici*.

Commentario sistematico, Wolters Kluwer; CEDAM, Milanofiori Assago, 2016, p. capitolo XXVII.

ZAGAMI, R., *Firma digitale e sicurezza giuridica*, CEDAM, Padova, 2000.

ZAMORA, F., «Monopolio y monopsonio», *El Trimestre Económico*, vol. 20 N 77(1), 1953.

ZANOBINI, G., «Sull'amministrazione pubblica del diritto privato», *Rivista di diritto pubblico*, vol. 1, 1918, pp. 169-203.

ZUELLI, F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, Giuffrè Editore, Milano, 1973.

GIURISPRUDENZA ED ALTRI FONTI BIBLIOGRAFICHE

ANAC, *Delibera n. 1310/2016, 28 dicembre.*

ANAC, *Determinazione n. 1/2015, 8 gennaio.*

ANAC, *Determinazione n. 5/2013, 6 novembre. Linee guida su programmazione, progettazione ed esecuzione del contratto nei servizi e nelle forniture.*

ANAC, *Parere n. 137/2015, 29 luglio.*

ANAC, *Parere n. 92/2014, 26 novembre.*

ASSOCIAZIONE NAZIONALE COSTRUTTORI EDILI, *Nuovo codice degli appalti pubblici. Esame e commento del D.Lgs. n. 163/2006, 2006.*

ATZORI, M., «Da Spid nuove minacce per i diritti fondamentali», *www.agendadigitale.eu*, 2016.

AVCP, *Atto di segnalazione n. 3/2014, 21 maggio.*

AVCP, *Deliberazione n. 20/2011, 9 febbraio.*

AVCP, *Deliberazione n. 40/2007, 20 febbraio.*

AVCP, *Deliberazione n. 45/2011, 24 aprile.*

AVCP, *Determinazione n. 5 del 6 novembre 2013. Linee guida su programmazione, progettazione ed esecuzione del contratto nei servizi e nelle forniture.*

BRANDEIS, L., «What publicity can do», *Harper's Weekly*, 1913.

CASSAZIONE. SEZIONE LAVORO, *Sentenza n. 11445/2001.*

CHAVES, J. R., «La fórmula de la corrupción y su antídoto», *delJusticia.com*, 2011, fecha de consulta 15 mayo 2016, en <https://www.delajusticia.com>.

CLUSIT, L. B., «Spid, la privacy è ok, “sono altre le vere incognite”», *www.agendadigitale.eu*, 2016.

COMISIÓN EUROPEA, *COM(1996) 583 final, de 27 de noviembre: Libro verde. La*

contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro.

COMISIÓN EUROPEA, COM(1998) 143, de 11 de marzo: *La contratación pública en la Unión Europea.*

COMISIÓN EUROPEA, COM(2003) 238, de 7 de mayo de 2003: *Estrategia para el mercado interior Prioridades del período de 2003 - 2006.*

COMISIÓN EUROPEA, COM(2003) 567, de 26 de septiembre: *El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa.*

COMISIÓN EUROPEA, COM(2004) 22, de 7 de mayo de 2003: *Primer informe sobre la aplicación de la Estrategia para el mercado interior (2003-2006).*

COMISIÓN EUROPEA, COM(2004) 841, de 29 de diciembre: *Plan de acción para la aplicación del marco jurídico de la contratación pública electrónica.*

COMISIÓN EUROPEA, COM(2006) 173, de 25 de abril: *Plan de acción i2010 sobre e-government.*

COMISIÓN EUROPEA, COM(2008) 798 final, de 28 de noviembre: *Plan de acción sobre la firma electrónica y la identificación electrónica para facilitar la prestación de servicios públicos transfronterizos en el mercado único.*

COMISIÓN EUROPEA, COM(2010) 245, de 19 de mayo: *Una agenda digital para Europa.*

COMISIÓN EUROPEA, COM(2010) 2020 final, de 3 de marzo: *EUROPA 2020 Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador.*

COMISIÓN EUROPEA, COM(2010) 571 final, de 18 de octubre: *Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE.*

COMISIÓN EUROPEA, COM(2010) 744 final, de 16 de diciembre: *Hacia la interoperabilidad de los servicios públicos europeos.*

COMISIÓN EUROPEA, COM(2011) 15 final, de 27 de enero: *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente.*

COMISIÓN EUROPEA, COM(2013) 453 final, de 26 de junio: *Contratación pública electrónica de extremo a extremo para modernizar la administración pública.*

COMISIÓN EUROPEA, COM(2014) 38, de 3 de febrero: *Informe sobre la lucha contra la*

corrupción.

COMISIÓN EUROPEA, *COM(2016) 179 final, de 19 de abril: Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE 2016-2020. Acelerar la transformación digital de la Administración.*

COMISIÓN EUROPEA, *COM(2017) 572 final, de 30 de octubre: Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa.*

COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación interpretativa de la Comisión (2006/C 179/2) sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública.*

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, *Informe sobre el anteproyecto de ley de contratos del sector público*, Madrid, 2015.

CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen de 21 de mayo de 1992.*

CONSIGLIO DI STATO. ADUNANZA PLENARIA, *Decisione n. 13/2011.*

CONSIGLIO DI STATO. ADUNANZA PLENARIA, *Decisione n. 31/2012.*

CONSIGLIO DI STATO. ADUNANZA PLENARIA, *Sentenza n. 4/2011, 7 aprile.*

CONSIGLIO DI STATO. COMMISSIONE SPECIALE DEL 21 MARZO 2016, *Adunanza n. 855/2016, 1 aprile.*

CONSIGLIO DI STATO. COMMISSIONE SPECIALE DEL 22 MARZO 2017, *Adunanza n. 782/2017, 30 marzo.*

CONSIGLIO DI STATO. COMMISSIONE SPECIALE DEL 9 GENNAIO 2017, *Adunanza n. 351/2017, 13 febbraio.*

CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE CONSULTIVA PER ATTI NORMATIVI, *Parere, n. 11995/2004.*

CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE II, *Sentenza n. 1964/1995, 26 luglio.*

CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE III, *Parere n. 1306/2016, 1 aprile.*

CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE III, *Sentenza n. 232/1993, 26 ottobre.*

CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE III, *Sentenza n. 4370/2013, 2 settembre.*

CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE III, *Sentenza n. 4990/2016, 25 novembre.*

CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE III, *Sentenza n. 6181/2011, 23 novembre.*

CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE IV, *Sentenza n. 1380/2013, 6 marzo.*

CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE IV, *Sentenza n. 1716/2016, 3 maggio.*

CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE IV, *Sentenza n. 1832/2010, 31 marzo.*

CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE IV, *Sentenza n. 651/2016, 18 febbraio.*

CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE IV, *Sentenza n. 7258/2012, 20 dicembre.*

CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE V, *Sentenza n. 4050/2016, 3 ottobre.*

CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE V, *Sentenza n. 528/2011, 25 gennaio.*

CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE V, *Sentenza n. 5547/2008, 7 novembre.*

CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE V, *Sentenza n. 5824/2002, 23 ottobre.*

CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE V, *Sentenza n. 6017/2014, 5 dicembre.*

CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE V, *Sentenza n. 6018/2014, 5 dicembre.*

CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE V, *Sentenza n. 7261/2010, 1 ottobre.*

CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE V, *Sentenza n. 8152/2010, 23 novembre.*

CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE VI, *Sentenza n. 1747/2011, 22 marzo.*

CONSIGLIO DI STATO. SEZIONE VI, *Sentenza n. 6908/2006, 27 novembre.*

«Consip. Chi siamo», , fecha de consulta 4 febrero 2018, en <http://www.consip.it/azienda/chi-siamo>.

CONSIP S.P.A., «Il Mercato Elettronico della PA (MEPA) supera i 3 miliardi di acquisti nel 2017», 2018, fecha de consulta en <http://www.consip.it/media/news-e-comunicati/consip-il-mercato-elettronico-della-pa-mepa-supera-i-3-miliardi-di-acquisti-nel-2017>.

CONSIP S.P.A.; MINISTERO DI ECONOMIA E FINANZE, *Manuale d'uso del Sistema di e-Procurement per le Amministrazioni. Guida alla predisposizione della Trattativa Diretta*, 2016.

CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza n. 17/2004, 16 gennaio.*

CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza n. 220/2013, 19 luglio.*

CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza n. 271/2005, 7 luglio.*

- CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenze n. 272/2004, 27 luglio.*
- CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza n. 303/2003, 1 ottobre.*
- CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza n. 31/2005, 26 gennaio.*
- CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza n. 36/2004, 26 gennaio.*
- CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza n. 401/2007, 23 novembre.*
- CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza n. 43/2011, 11 febbraio.*
- CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenze n. 44/2014, 13 marzo.*
- CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza n. 485/1995, 10 novembre.*
- CORTE COSTITUZIONALE, *Sentenza n. 6/2004, 13 gennaio.*
- CORTE DEI CONTI. SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO MARCHE, *Deliberazione n. 169/2012, 29 novembre.*
- EUROPEAN COMMISSION, *Eurobarometer n. 374: Businesses' attitudes towards corruption in the EU*, 2013.
- EUROPEAN COMMISSION, «Public procurement – a study on administrative capacity in the EU», fecha de consulta 3 julio 2016, en <http://www.ec.europa.eu>.
- IESE BUSINESS SCHOOL, *La licitación electrónica en el sector público español . Presente y futuro*, 2011.
- OCDE, *Centralised Purchasing Systems in the European Union*, Sigma Papers, 2010.
- OCDE, *Digital government strategies for transforming public services in the welfare areas*, 2014.
- OCDE, *The use of authentication across borders in OECD countries*, Paris, 2005.
- OICE, «Sul rimborso spese pubblicità bandi di gara a carico dell'aggiudicatario», *Appalti & Contratti*, 2017.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, *Acuerdo sobre contratación pública. Abrir mercados y promover la buena gobernanza.*
- PORTALE, V.; MIRAGLIOTTA, G., «A che punto è Spid (Sistema pubblico dell'identità digitale) e a cosa serve», www.agendadigitale.eu, 2017.
- PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Circolare n. 1/2010: Uso della Posta*

elettronica certificata nelle amministrazioni pubbliche.

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Strategia per la crescita digitale 2014-2020*, Roma, 2015.

SIMAP, «How to become a TED eSender», fecha de consulta 23 marzo 2016, en <https://simap.ted.europa.eu/how-to-become-a-ted-esender>.

SIMAP, «Sending electronic notices», fecha de consulta 23 marzo 2016, en <https://simap.ted.europa.eu/web/simap/sending-electronic-notice>.

T.A.R. BASILICATA. SEZIONE I, *Sentenza n. 103/2014, 25 gennaio*.

T.A.R. CAMPANIA. NAPOLI. SEZIONE I, *Sentenza n. 1160/2012, 7 marzo*.

T.A.R. CAMPANIA. NAPOLI. SEZIONE I, *Sentenza n. 22688/2010, 4 novembre*.

T.A.R. CAMPANIA. NAPOLI. SEZIONE III, *Sentenza n. 5965/2013, 20 dicembre*.

T.A.R. CAMPANIA. NAPOLI. SEZIONE VIII, *Sentenza n. 368/2013 17 gennaio*.

T.A.R. LAZIO. ROMA. SEZ. III-QUATER, *Sentenza n. 6868/2012, 24 luglio*.

T.A.R. LAZIO. ROMA. SEZIONE I-BIS, *Sentenza n. 361/2014, 13 gennaio*.

T.A.R. LAZIO. ROMA. SEZIONE II-TER, *Sentenza n. 13654/2015, 2 dicembre*.

T.A.R. LOMBARDIA. MILANO. SEZIONE I, *Sentenza n. 1819/2011, 6 luglio*.

T.A.R. LOMBARDIA. SEZIONE III, *Sentenza n. 315/2010, 9 febbraio*.

T.A.R. PIEMONTE. TORINO. SEZIONE I, *Sentenza n. 381/2014, 5 marzo*.

T.A.R. PUGLIA. BARI. SEZIONE I, *Sentenza n. 1019/2012, 24 maggio*.

T.A.R. PUGLIA. BARI. SEZIONE I, *Sentenza n. 725/2000, 1 febbraio*.

T.A.R. PUGLIA. LECCE. SEZIONE I, *Sentenza n. 233/2014, 24 gennaio*.

T.A.R. SARDEGNA. CAGLIARI. SEZIONE I, *Sentenza n. 660/2014, 30 luglio*.

T.A.R. SICILIA. CATANIA. SEZIONE I, *Sentenza n. 1625/2016, 16 giugno*.

T.A.R. SICILIA. CATANIA. SEZIONE II, *Sentenza n. 2591/2013, 29 ottobre 2013*.

T.A.R. SICILIA, PALERMO. SEZIONE I, *Sentenza n. 5498/2010, 19 aprile*.

T.A.R. TRENTO. TRENTO-ALTO ADIGE. SEZIONE I, *Sentenza n. 339/2012, 21 novembre*.

T.A.R. UMBRIA. PERUGIA, *Sentenza n. 1041/1998, 13 novembre.*

TED, «TED Tenders Electronic Daily», fecha de consulta 23 marzo 2016, en <http://ted.europa.eu/TED>.

THE UNITED NATIONS, *E-government survey 2016: e-government in support of sustainable development.*

TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, «Índice de Percepción de la Corrupción de 2014», fecha de consulta 23 mayo 2016, en <http://www.webantigua.transparencia.org.es>.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Sentencia n. 214/1989, de 21 de diciembre.*

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Sentencia n. 32/1983, de 28 de abril.*

TRIBUNAL DE CUENTAS, *Informe 1046, de 24 de julio de 2014.*

TRIBUNAL DE CUENTAS, *Informe n. 1046/2014, de 24 de julio.*

TRIBUNAL GENERAL DE LA UNIÓN EUROPEA, *Sentencia de 16 de septiembre de 2013, T-402/06.*

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, *Sentencia de 26 de septiembre de 2000, C-225/98*

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. SALA PRIMERA, *Sentencia de 14 de octubre de 2004, C-340/02.*

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. SALA PRIMERA, *Sentencia de 13 de octubre de 2005, C-458/03.*

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. SALA SEXTA, *Sentencia de 24 de septiembre de 1998, C-76/97.*

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. SALA SEXTA, *Sentencia de 27 de noviembre de 2001, C-285/99 y C-286/99.*

TRIBUNAL SUPREMO. SALA TERCERA. SECCIÓN SÉPTIMA, *Sentencia de 17 de octubre de 2000. Rec. n. 3171/1995.*

TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, *Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del Sector Público*, Madrid, 2016.

AGRADECIMIENTOS

Los resultados que se desprenden de las líneas puestas a disposición del lector en el presente trabajo nunca se hubieran materializado como fruto exclusivo de mi estudio, esfuerzo, y tiempo invertidos. Condición necesaria, pero no suficiente.

En efecto, no hubiera podido disfrutar de mi periplo y del desarrollo de mi vida académica estos dos últimos años en la ciudad de Bolonia sin el espíritu filantrópico, la habilidad, la inteligencia, la fortaleza y la grandeza de un hombre natural de la Corona de Castilla, D. Gil Álvarez de Albornoz y Luna, el cual, hace más de seis siglos, ideó la fundación de una institución como la Casa de los Españoles, con el objetivo principal de ofrecer a los estudiantes de los reinos ibéricos, de manera totalmente desinteresada, el valioso regalo de poder formarse en la Universidad de Bolonia.

Generosísimo proyecto que ha llegado hasta nuestros días gracias al buen hacer y fidelidad a la voluntad del fundador, tanto de su familia, patrona de sangre *ad perpetuam*, encabezada durante mi colegiatura por D. Íñigo de Arteaga y Martín (D.E.P.), como de aquellos designados para su gobierno y administración, desempeñados con indudable pericia por el Rector Gutiérrez Alonso.

Igualmente, el presente trabajo ha sido posible gracias a la Universidad de Bolonia, la cual ofrece a sus doctorandos el privilegio de poder desarrollar sus investigaciones respaldados por el acceso, tanto físico como telemático, a la inagotable fuente de conocimiento de sus fondos bibliotecarios y del *Servizio Bibliotecario Nazionale*, de su hemeroteca y de sus bases de datos. Respaldo material al que esta institución adiciona unos excepcionales recursos humanos, tal y como he tenido la

ocasión de comprobar de primera mano en su Facultad de Derecho y en su *Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica*. Sin duda, mi estancia en la SPISA me ha permitido desarrollar mi trabajo junto a compañeros de doctorado con sorprendentes capacidades intelectuales y de esfuerzo, así como contar con la ayuda de trabajadores del centro como D^a. Angela Maria Fabiani, que irradian saber hacer, vocación y una gran talla humana. Y, por supuesto, me ha concedido la posibilidad de aprender y recibir la guía de un elenco de profesores de élite, entre los que debo destacar a quien he tenido el honor de que haya sido mi Director de Tesis, el Profesor Marco Dugato, docente, investigador y profesional al que tras estos años de trabajo no puedo sino admirar profundamente, y al que debo expresar mi gratitud por su tiempo dedicado en la dirección de este trabajo, activo intangible de la Universidad de Bolonia de inestimable valor y que, por sí solo, justificaría la elección de este centro para el desarrollo de estudios de doctorado en Derecho Administrativo.

Estudios de doctorado que suponen un hito en mi formación, inseparablemente ligada a la Universidad de Murcia, donde desarrollé mis estudios de Licenciatura y Máster, y cuyo poso ha sido imprescindible, no solo para abrirme las puertas del Colegio de España y de la Universidad de Bolonia, sino para despertar en mí, progresivamente, la inquietud por el conocimiento y la investigación. Debo agradecer a esta institución, una y cuantas veces sean necesarias, que durante mis siete años de formación en sus Facultades de Derecho y Economía me permitiera aprender de profesores e investigadores igualmente de élite, como el Profesor García-Ripoll Montijano, la Profesora Lafuente Lechuga, el Profesor García Clavel y, muy especialmente, del Profesor Valero Torrijos, cuya inigualable brillantez intelectual, docente y humana no solo convirtieron el temible “tocho” de Derecho Administrativo en una materia de interés, sino también en el principal foco de mi desarrollo investigador y profesional.

Finalmente, debo expresar mi gratitud hacia aquellas personas que han hecho posible este trabajo, al constituirse en indispensable soporte de las cargas intelectuales, personales y emocionales que implica el desarrollo de una tesis doctoral.

A mis compañeros de viaje albornociano. A mis viejos: Nacho, Juanfran, Gabi, Pompeyo y Pedro. A mis nuevos: Valentín, Guillermo y Gabi. Y, por supuesto, a mis

compañeros de promoción: Pedro, Guillermo, Héctor, Miguel y Rubén. Gracias por convertir las antiguas paredes del Colegio de España, a mil quinientos kilómetros de mi hogar, en una segunda casa, por añadir a una estancia académica la alegría del ocio y el descanso en buena compañía, y por permitir que aquel grupo de colegas deviniera en un grupo de amigos, cuya amistad está llamada a sobrevivir al final de mi estancia en el Colegio, rubricado con la defensa de esta tesis.

A los colegiales veteranos que tan bien me acogieron en la familia albornociana y me prestaron su ayuda desde el primer momento, entre los que debo destacar al Profesor Iniesta Delgado, al Profesor Martín Delgado, al Profesor García Costa, al Profesor Díaz González, al Profesor Ortega Rueda, al Profesor Tomás Tomás y, en especial, al Profesor Fernández Salmerón, modelo a seguir de colegial y académico en el que convergen plenamente las virtudes, tan a menudo paralelas o, como mucho, asintóticas, de la excelencia intelectual y de la erudición, y de la inclinación natural hacia lo bueno y lo justo.

Y, por último, a la que es la pieza clave y basilar de cualquier éxito o logro que pueda alcanzar: mi familia, foco inagotable de apoyo, cariño y alegría. Muy especialmente, quiero expresar mi gratitud, nunca suficiente, a mi madre y a mi padre, incansables trabajadores y decisivos artífices del pleno bienestar, armonía y felicidad no solo de sus descendientes, sino también de sus ascendientes y de toda la familia, guiados tan solo por un amor y una generosidad sin límites, mi mejor ejemplo en todos los aspectos de la vida, y de quienes siempre me enorgulleceré de ser su hijo. A Isabel, por regalarme su amor sincero todos los días desde que el cielo me sonrió infinitamente al hacer que nuestros caminos se intersecaran, aun a pesar de las horas de clausura doctoral, del humor cambiante del doctorando y de la distancia geográfica durante las largas estancias en Italia, convirtiéndose en mi compañera de viaje por el pedregoso camino de la vida, el cual ilumina y en el que me anima a tratar de ser mejor a cada paso. Y a mis abuelos, que aunque ya no estén en este mundo, su recuerdo y el amor que me transmitieron permanecerán siempre en mi memoria. Día a día lucho por estar a su altura.

Gracias una y mil veces a todos ellos.

Murcia, a 14 de enero de 2019