Las reformas de transparencia y legislación anticorrupción en Italia. Los contratos públicos y el papel jugado por ANAC

Martina Sinisi

Investigadora confirmada de Derecho Administrativo y con acreditación para las funciones de profesora asociada

1. **El principio de transparencia y las reformas más recientes**
2. **La regulación del sistema de la incompatibilidad de los funcionarios públicos y de la imposibilidad de asignación de tareas (inconferibilidad)**
3. **Corrupción en el ámbito de los contratos del sector público y el papel jugado por ANAC**
4. **Las nuevas atribuciones de ANAC y los otros niveles de intervención: búsqueda de un equilibrio**
5. **La regulación anticorrupción como instrumento de prevención y la tutela judicial como medio de corrección: criticidades y «fracasos» en la consecución del objetivo común**

Resumen

La necesidad de implementar el principio de transparencia ha llevado a cambios regulatorios en los diversos sectores en los que se aplica el principio de transparencia. De hecho, este principio no surge solo para contrarrestar la corrupción (y en este contexto, las reformas más recientes con respecto a los contratos públicos y el papel de la Autoridad Nacional Anticorrupción no pueden ignorarse), sino que se implementa en un principio general de accesibilidad de la acción administrativa, a través de la provisión de acceso cívico generalizado, con referencia a todos los documentos y los datos de la Administración pública y ejercitado por cualquiera.

Artículo recibido el 30/04/2019; aceptado el 07/07/2019.

Palabras clave: *transparencia; acceso generalizado; corrupción; contractos públicos; Autoridad Nacional Anticorrupción*.

The reforms on transparency and the legislation against corruption in Italy. Public contracts and the role played by the National Anti-Corruption Authority

Abstract

The need to implement the principle of transparency has led to regulatory changes in several sectors. In fact, this principle is necessary not only for fighting corruption (in this regard, the recent reforms on public contracts and the role of the National Anti-Corruption Authority are relevant), but also for all citizens which benefit from the general principle of open administrative access to all documents and data of the public administration.

Keywords: transparency; public access; corruption; public contracts; National Anti-Corruption Authority.

1
El principio de transparencia y las reformas más recientes

El principio de transparencia se refiere a diferentes perfiles del sistema administrativo italiano: el procedimiento administrativo, la organización administrativa, la responsabilidad de los funcionarios, el proceso de informatización de la Administración pública y la regulación de la prevención de la mala administración y de la corrupción[1].

El principio de la transparencia se traduce en un modelo de organización que proporciona formas complejas de prevención (cargas procesales, controles, etc.) y sanciones, con el objetivo principal de evitar fenómenos de mala administración[2].

1. G. Arena, «Trasparenza amministrativa», *Enc. Giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1995; R. Villata, «La trasparenza dell'azione amministrativa», *Dir. proc. amm.*, 1987; R. Chieppa, «La trasparenza come regola della pubblica amministrazione», *Dir. ec.*, 1994; M. Spasiano, «Trasparenza e qualità dell'amministrazione», *I principi generali dell'azione amministrativa*, editado por M. P. Chiti, G. Palma, Nápoles, 2006; *Id.* «I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità», *Codice dell'azione amministrativa*, editado por M. A. Sandulli, Milán, Giuffrè, 2017.

2. F. Merloni, «La trasparenza come strumento di lotta alla corruzione tra legge 190/2012 e d.lgs. 33/2013», y E. Carloni, «I principi del codice della trasparenza», *La trasparenza*

También otras normas establecen el mismo objetivo, como aquellas que (i) regulan el sistema de incompatibilidad y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones por los funcionarios públicos; (ii) regulan el sistema de inconferibilidad de asignaciones; (iii) garantizan el control de los ciudadanos sobre la obra de la Administración pública a través de obligaciones publicitarias y nuevas formas de acceso cívico[3].

En particular, el Decreto Legislativo 97/2016 modificó la regulación de la transparencia (Decreto Legislativo 33/2013) tomando como modelo la Ley de libertad de información (*freedom of information act*) e introduciendo así, además de la obligación ya regulada de publicación de algunos documentos, información o datos, el llamado «acceso cívico simple», lo que representa una sanción por el incumplimiento de la obligación de publicación (regulado por el artículo 5, párrafo 1, del Decreto Legislativo 33/2013), una forma de acceso generalizada de todos los ciudadanos a todos los datos y documentos en posesión de la Administración pública, también a aquellos no sujetos a publicación (artículo 5, párrafo 2, Decreto Legislativo 33/2013, introducido por el Decreto Legislativo 97/2016)[4].

Este Decreto marca un paso importante en el camino hacia la transparencia de la acción administrativa en Italia.

El Decreto es parte de la reforma de la Administración pública y persigue el objetivo de racionalizar las obligaciones de información previstas en el Decreto Legislativo 33/2013 y ampliar la posibilidad de conocer la acción administrativa, a través del reconocimiento de un derecho «generalizado» de acceso a la información pública[5].

---

amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo n. 33, editado por B. Ponti, Santarcangelo Maggioli, 2013; S. Cassese, «L'etica pubblica», *Giorn. Dir. amm*., 2003.

3. D. U. Galetta, «Accesso civico e trasparenza della pubblica amministrazione alla luce delle (previste) modifiche delle disposizioni del Decreto legislativo n. 33/2013», www.federalismi.it, 2016; D. U. Galetta, «La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo», *Riv. it. Dir. pubbl. comun*., 5, 2016, p. 1019.

4. S. Villamena, «Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili», www.federalismi.it, 2016.

5. Se prevé la «accesibilidad total de los datos y documentos de las Administraciones públicas», dirigida no solo a «fomentar formas generalizadas de control sobre el ejercicio de las funciones institucionales y el uso de los recursos públicos», sino también a garantizar una mayor protección de los derechos de los ciudadanos y promover su participación en la realización de actividades administrativas (artículo 1, párrafo 1, Decreto Legislativo n.º 33 de 2013). C. Colapietro, «L'"importazione" del diritto di accesso civico generalizzato nel nostro ordinamento in bilico tra legittime pretese e impossibili (o quasi) imprese», *Trasparenza nella p.a. e norme anticorruzione: dalla prevenzione alla repressione*, editado por A. Massaro, M. Sinisi, RomaTrE-Press, 2017. En el Informe de la Autoridad Nacional Anticorrupción del primer año de implementación de la Ley n.º 190/2012 se destacan los problemas críticos encontrados en la implementación de la regulación a que se refiere el Decreto Legislati-

A este respecto, la digitalización de la Administración pública fue importante. Una Administración basada en un funcionamiento electrónico no solo sirve mejor a los principios de eficacia y eficiencia, al ahorrar costes, sino que también refuerza las garantías de los interesados y facilita el cumplimiento de las obligaciones de transparencia, pues permite ofrecer información puntual, ágil y actualizada a los interesados. Las disposiciones que regulan la transparencia de la Administración pública pretenden lograr una acción administrativa más democrática que esté en consonancia con los cánones constitucionales. De hecho, las asimetrías de información existentes entre los titulares y los destinatarios de las funciones públicas limitan la participación efectiva de los involucrados en la gestión administrativa, impidiendo la plena realización de la libertad y de la igualdad de los ciudadanos. No por casualidad, el segundo párrafo del artículo 1 del Decreto Legislativo 33/2013 especifica que la transparencia «ayuda a poner en práctica el principio de la democracia y los principios constitucionales de igualdad, equidad, buen gobierno, responsabilidad, eficacia y eficiencia en el uso de los recursos públicos, la integridad y la lealtad en el servicio a la nación», y que es «condición de garantía de las libertades individuales y colectivas y de los derechos civiles, políticos y sociales, que ella garantiza el derecho a una buena administración y contribuye a la creación de una administración abierta, para servir a los ciudadanos».

Con el derecho de acceso cívico «generalizado» a la información pública, se ha otorgado la libertad de acceso de cualquier persona a los datos y documentos en posesión de las Administraciones públicas y otros sujetos previstos por la ley.

Esta libertad está garantizada, en cumplimiento de las normas que regulan la protección de intereses públicos y privados con relevancia jurídica, a través de la publicación de documentos, información y datos relativos a la organización y a las actividades de las Administraciones públicas.

La actual disciplina marca un claro cambio de tendencia. El reconocimiento de un derecho de acceso «total» a la información pública representa la novedad más significativa introducida por la reforma. La transparencia administrativa ahora está protegida como un derecho fundamental y esta libertad de acceso a la información administrativa es la herramienta para implementarla. De esta manera, el acceso cívico «generalizado», a diferencia

vo n.º 33 de 2013 (en www.anticorruzione.it); A. Natalini, G. Vesperini (editado por), «Le troppe trasparenze», en *Il big bang della trasparenza*, Nápoles, 2015, 28; F. Patroni Griffi, «La trasparenza della Pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza», www.federalismi.it.

de la forma de acceso documental que exige la Ley 241/90 (artículo 22), que limita subjectivamente solo a las partes interesadas y requiere una solicitud justificada, se extiende a todos los datos públicos y puede ser presentado por cualquier persona y sin motivos específicos (a excepción de las exclusiones y límites establecidos por la ley, artículo 5-bis Decreto Legislativo 33/2013).

El artículo 3, párrafo 1, del Decreto Legislativo 97/2016, establece que «todos los documentos, información y datos sujetos al acceso cívico, incluidos los que están sujetos a publicación obligatoria según la legislación vigente, son públicos y cualquier persona tiene derecho a conocerlos, utilizarlos de forma gratuita, y usarlos y reutilizarlos de conformidad con el artículo 7»; es decir, tienen que ser publicados en un formato abierto y de conformidad con las reglamentaciones sobre utilización y protección de datos de carácter personal[6]. Estas garantías también se extienden a los datos que constituyen el objeto de la nueva forma de acceso cívico «generalizado».

En esta y otras áreas juega un papel fundamental la Autoridad Nacional Anticorrupción (ANAC), que es una autoridad responsable de la protección de los principios de buena fe y de buen gobierno, cuya tarea es, por lo tanto, prevenir y contrarrestar los fenómenos de corrupción que pueden ocurrir en la esfera pública, especialmente en los sectores de mayor riesgo.

La Autoridad Nacional Anticorrupción, habiendo consultado al Garante para la Protección de los Datos Personales, tiene la facultad de identificar los datos sujetos a publicación obligatoria para los cuales la publicación completa se reemplaza por la información resumida, quedando la posibilidad de acceder a los datos en su totalidad a través del acceso cívico.

Además, se atribuye a la Autoridad Nacional Anticorrupción, durante la redacción del Plan Nacional Anticorrupción (que es el Plan que deben elaborar anualmente todas las Administraciones públicas), la tarea de especificar las obligaciones de publicación y los métodos de implementación de dicha publicación, en relación con el tamaño organizativo y las actividades llevadas a cabo. Estos pronósticos permiten a ANAC identificar las obligaciones de publicación en relación con el riesgo de corrupción de cada Administración pública y con la necesidad de proteger los datos de carácter personal.

El acceso cívico «generalizado», que es independiente de la titularidad de situaciones legalmente relevantes, garantiza un amplio conocimiento de la actividad administrativa.

6. Se hace referencia al art. 68 del Decreto Legislativo de 7 de marzo de 2005, n.º 82, que contiene el «Código de la administración digital»; al Decreto Legislativo de 24 de enero de 2006, n.º 36, sobre la reutilización de documentos en el sector público, y al Decreto Legislativo de 30 de junio de 2003, n.º 196, que contiene el «Código para la tutela de los datos de carácter personal».

El procedimiento para ejercer el derecho de acceso cívico «generalizado» a la información pública requiere que la solicitud se transmita a la Administración pública que posee los datos, la información o los documentos, a la Oficina de Relaciones Públicas (URP), a otra oficina indicada por la Administración en la sección de «administración transparente» del sitio web institucional, o al gerente de transparencia y de prevención de corrupción.

El procedimiento debe concluirse con una disposición expresa y motivada, en el plazo de treinta días posteriores a la presentación de la solicitud.

En caso de aceptación de la solicitud en ausencia de oposición, la Administración debe transmitir oportunamente los datos o documentos solicitados al solicitante, o debe publicar los datos en su sitio web y también informar al solicitante de dicha publicación, indicando el correspondiente enlace.

La divulgación de datos y documentos es *sin costo,* salvo el derecho de la Administración de solicitar el reembolso únicamente del costo incurrido por la reproducción en papel de documentos.

El peticionario o la contraparte a quien se niegue el acceso cívico o que reciba una oposición, tiene a su disposición un mecanismo de *doble protección*: (i) la *protección administrativa*, que brinda la posibilidad de presentar una solicitud de reexamen al gerente de transparencia y de prevención de corrupción, que decide con una disposición motivada, en el plazo de 20 días (con una extensión de 15 días si el gerente solicita la opinión de la Autoridad Nacional Anticorrupción); (ii) la *tutela judicial*, a través del recurso contencioso-administrativo[7].

El incumplimiento de las obligaciones de publicación determina las responsabilidades disciplinarias y administrativas del gerente de transparencia y de prevención de corrupción, y de otros gerentes y funcionarios con autonomía para la toma de decisiones que no hayan garantizado con la debida diligencia el flujo de información a publicar.

Existen algunas limitaciones del acceso cívico generalizado, que se refieren a casos de secretos de Estado y otros casos previstos por la Ley.

Con referencia a las limitaciones inherentes a la necesidad de salvaguardar el interés público, la Ley establece que el acceso es denegado si la denegación es necesaria para evitar un perjuicio concreto a la protección de la seguridad pública, del orden público, de la defensa, de las relaciones internacionales, de la estabilidad política, financiera y económica del Estado, de las investigaciones sobre crímenes y de la realización de actividades de inspección.

7. M. C. Cavallaro, «Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati», *Dir. Amm.*, 1, 2015; M. Lipari, «Rito in materia di accesso ai documenti amministrativi», *Il processo amministrativo*, editado por A. Quaranta, V. Lopilato, Milán, 2011.

Además, el acceso se rechaza si es perjudicial para la protección de los datos de carácter personal, para la libertad y el secreto de la correspondencia, etc.[8].

Sin embargo, la regulación no es perfecta y aún no ha logrado los resultados esperados.

La Autoridad Nacional Anticorrupción ha promulgado varios actos para proponer un enfoque interpretativo y aplicativo a las Administraciones públicas, a los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones públicas, a las entidades públicas empresariales y a las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas[9].

Sin embargo, con algunas criticidades restantes, en un informe reciente de fecha 4 de enero de 2018, ANAC hizo algunas observaciones críticas sobre el Decreto Legislativo 33/2013 (modificado por el Decreto Legislativo 97/2016) para adoptar correcciones que hagan más efectivas las disposiciones nacionales vigentes.

2
La regulación del sistema de la incompatibilidad de los funcionarios públicos y de la imposibilidad de asignación de tareas (inconferibilidad)

En el proceso legislativo destinado a una mayor transparencia y a la lucha contra la corrupción, otro objetivo logrado es la regulación de la asignación de oficinas y de las causas de la incompatibilidad.

La regulación de los casos de incompatibilidad y de no asignabilidad de los cargos públicos a los funcionarios públicos ha entrado en el sistema legal italiano a través de la Ley de 6 de noviembre de 2012, n.º 190, sobre «Disposiciones para la prevención y represión de la corrupción y la ilegalidad en la Administración pública» (*Ley anticorrupción*)[10].

Esta Ley, en el artículo 1, párrafo 49, delega al Gobierno la adopción de uno o más decretos legislativos tendentes a modificar las normas vigentes

8. Resolución ANAC n.º 1309 de 28 de diciembre de 2016.

9. Resoluciones n.º 1309 y n.º 1310 de 28 de diciembre de 2016, n.º 241 de 8 de marzo de 2017, y n.º 1134 de 8 de noviembre de 2017. Para una reflexión general sobre la regulación y sobre las garantías para ayudar al ejercicio, con referencia específica al caso de las directrices ANAC, ver A. G. Giuffrè, «Le "nuove" dimensioni del regolamento. Il caso delle linee guida ANAC», www.federalismi.it.

10. El problema tiene orígenes que se remontan a hace bastante tiempo: S. Cassese, «Maladministration», *Foro it*., 1992, V, p. 243; M. D'Alberti, R. Finocchiaro (editado por), *Corruzione e sistema istituzionale*, Bolonia, 1994; U. Allegretti, «Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione», *Dig. Disc. pubbl*., Turín, 1993, VIII, p. 131.

sobre la asignación de cargos gerenciales y de alta responsabilidad administrativa en las Administraciones públicas (artículo 1, párrafo 2, del Decreto Legislativo 165/2001).

Las regulaciones se refieren a los puestos de los ejecutivos o directores de los organismos que realizan «funciones administrativas» o «producción de bienes y servicios públicos para la Administración pública», o aquellos que «en nombre de la Administración pública gestionan servicios públicos», excluyendo entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas que no gestionen servicios públicos, no produzcan bienes y no presten servicios a una Administración pública, o no realicen funciones administrativas en su nombre (es decir, actividades concretas destinadas a satisfacer necesidades colectivas directas e inmediatas)[11].

El párrafo 50 establece, en particular, algunos principios y criterios que deben regir los futuros decretos, incluyendo:

a) establecer explícitamente, a efectos de prevención y lucha contra la corrupción, los casos de imposibilidad de conferir cargos directivos, adoptando en general el criterio de no conferibilidad para quienes hayan sido condenados, incluso con una sentencia que no se haya finalizado, por los delitos previstos en el capítulo I del título II del segundo libro del Código Penal;

b) establecer explícitamente, a efectos de prevención y lucha contra la corrupción, los casos de imposibilidad de conferir cargos administrativos, adoptando en general el criterio de no conferibilidad para quienes, por un período de tiempo razonable antes de la asignación, no menos de un año, hayan ocupado cargos o desempeñado tareas en entidades de derecho privado vinculadas a control o financiadas por la Administración que entregue la tarea;

c) regular los criterios de atribución así como los casos de no asignación de puestos gerenciales a personas ajenas a las Administraciones públicas que, durante un período de tiempo razonable antes de la asignación, no inferior a un año, hayan formado parte de cuerpos políticos o hayan cubierto cargos públicos electivos [...].

En la implementación de esta regulación, ha sido emanado el Decreto Legislativo 39/2013, que en su artículo 1 indica las definiciones de «imposibilidad de asignación» (inconferibilidad) e «incompatibilidad».

Por «imposibilidad de asignación» / «inconferibilidad» se entiende la interdicción, permanente o temporal, para conferir algunas tareas a quienes

11. S. Battini, «Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dipendenti pubblici», *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 1.

hayan sido condenados por algunos delitos previstos por la ley, hayan ocupado cargos en entidades de derecho privado sujetas a control o financiadas por la Administración que entregue la tarea o hayan formado parte de órganos políticos.

Por «incompatibilidad» se entiende la imposibilidad de cubrir dos cargos en conflicto entre sí: el sujeto debe elegir uno u otro cargo dentro del término perentorio de quince días, bajo pena de la pérdida de ambos cargos[12].

Las disposiciones sobre la incompatibilidad y la «imposibilidad de asignación» / «inconferibilidad» tienen por objeto asegurar la imparcialidad subjetiva del funcionario de la Administración pública.

El Decreto tiene el objetivo de introducir una incompatibilidad general reservada solo para cargos de alta gerencia, dejando el régimen existente completamente sin cambios para otros empleados públicos.

Aunque el Decreto Legislativo no deroga explícitamente la legislación preexistente, innova al introducir un régimen de incompatibilidad que ya no es especial, sino general, y que se extiende a todos los cargos gerenciales de los organismos públicos y de los organismos privados sujetos a control público.

La «imposibilidad de asignación» / «inconferibilidad» y la incompatibilidad asumen un carácter complementario, con respecto al fin unitario de una mayor garantía de la imparcialidad y del buen gobierno de la Administración pública. Los titulares de los cargos administrativos apicales no pueden acumular cargos políticos, y los titulares de cargos políticos no pueden ser nombrados en cargos gerenciales de las Administraciones públicas, de los organismos públicos, o de los organismos privados en control público.

Con referencia al acceso y a la permanencia en las asignaciones administrativas, la Ley 190/2012 modifica la regulación anterior, que presentaba algunos límites, ya que para ciertos tipos de funcionarios públicos no evaluaba si los cargos externos asumidos por el empleado de la Administración pública podrían haber comprometido su imparcialidad.

La Ley 190/2012 interviene de varias maneras: (i) con una revisión del sistema de autorización para asumir cargos externos a la Administración pública; (ii) con la inclusión de una «incompatibilidad posterior», es decir, la prohibición de asumir cargos en empresas privadas después de la terminación del servicio prestado para las Administraciones públicas, que pueda causar la parcialidad del funcionario en el ejercicio de las funciones encomendadas; (iii) con una nueva regulación del régimen de incompatibilidad, referida ya no a todos los empleados públicos, sino solamente a los cargos gerenciales.

12. M. B. Cavallo, «Incompatibilità e inconferibilità di incarichi», *Trasparenza e norme anticorruzione: dalla prevenzione alla repressione*, cit.

La inconferibilidad, que implica una exclusión temporal de la asignación del cargo, es, por lo tanto, también un instrumento de prevención de la corrupción y de la parcialidad, y con eso, un instrumento del buen gobierno y de la buena administración.

La responsabilidad del cumplimiento de las disposiciones del Decreto es atribuida principalmente a la Administración pública, y en segundo lugar a ANAC, que puede ejercer los poderes de inspección y supervisión.

Sin embargo, ANAC ha señalado varias criticidades del sistema de incompatibilidad y de inconferibilidad[13], entre ellas: (i) la ausencia de disposiciones específicas que exijan a las Administraciones competentes llevar a cabo controles sobre la posibilidad de asignación de un cargo público; (ii) la ausencia de una regulación del procedimiento para determinar la imposibilidad de asignación de un cargo público; (iii) la incertidumbre sobre la necesidad de una «declaración de invalidez» de los cargos asignados en violación de la ley; (iv) la incertidumbre del período dentro del cual debería hacerse dicha declaración; (v) la automaticidad de la sanción de suspensión del cargo.

3
Corrupción en el ámbito de los contratos del sector público y el papel jugado por ANAC

Se ha dicho que la transparencia también es un arma contra la corrupción, y uno de los sectores con mayor riesgo de corrupción en Italia es la contratación pública.

La contratación del sector público, como se ha señalado, es objeto de una atención especial por parte de Europa, que ha adoptado, más recientemente, las directivas 2014/24/UE y 2014/25/UE, incorporadas en Italia por el Decreto Legislativo 50/2016 (y el posterior Decreto de modificación) - Código de Contratos del Sector Público, texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Decreto Legislativo n.º 163/2006).

En la ejecución de la primera de dichas directivas (art. 86) y de la obligación de cooperación administrativa, fue también elaborado el «Sistema IMI» (información del mercado interno) para verificar la información y documentación proporcionada por empresas contratistas en otros países europeos.

Italia presenta un marco de referencia en que las normas de transparencia y de lucha contra la corrupción se juntan con las disposiciones específicas relativas a los contratos del sector público.

13. Opinión ANAC de 9 septiembre 2015.

Como se indica en el Informe Anual 2016 de ANAC, la corrupción representa «el abuso del poder público para lograr beneficios personales».

De acuerdo con este esquema, la corrupción es una práctica que se basa en el supuesto de que la comunidad (principal) delegue en el funcionario público (agente) un poder de toma de decisiones para lograr los intereses colectivos, y este último, explotando las asimetrías de información y los límites de los mecanismos de control de la acción administrativa por parte de la comunidad, en violación de la asignación recibida, se haga portador de intereses privados. Este enfoque es conocido en la literatura económica como teoría «principal-agente».

Este esquema es suficientemente extenso para cubrir múltiples formas de corrupción y mala gestión, desde los conflictos de intereses hasta los típicos delitos de corrupción, soborno, y otros delitos contra la Administración pública.

Sobre la base de las diversas definiciones, se han construido algunos índices de medición de la corrupción, tanto «subjetivos», que miden la «percepción» del fenómeno, como «objetivos» (por ejemplo, el índice de percepción de la corrupción –IPC, el índice de control de la corrupción –CCI del Banco Mundial, y los indicadores más amplios, como el índice de integridad pública– IPI, que evalúa la capacidad global de un sistema para resistir la corrupción, teniendo en cuenta aspectos como la apertura de mercados, la libertad de prensa o la transparencia pública).

El tema de la corrupción es un tema del cual se ha hablado mucho en los últimos años.

El legislador ha intervenido repetidamente tanto con la legislación sobre la transparencia como en términos de responsabilidad administrativa y disciplinaria, estableciendo nuevas formas de responsabilidad relacionadas con la figura del funcionario encargado de la prevención de la corrupción[14].

En este último caso, él incluso previó la imputación a una persona «no agente», cuya responsabilidad se presume por el papel que desempeña, y únicamente porque se ha comprobado la comisión de un delito por un funcionario de la misma Administración pública, independientemente de la existencia de una implicación personal en el delito y con inversión, por lo tanto, de la carga probatoria (que pesa sobre la persona que está llamada a probar su inocencia)[15].

14. G. Bottino, «La responsabilità amministrativa come strumento di prevenzione e contrasto alla cattiva amministrazione: una mitologia giuridica da decostruire alla luce dei dati quantitativi di riferimento», y V. Berlingò, «Cattiva amministrazione "sistemica" e nuove funzioni della responsabilità per danno erariale», *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, editado por M. Andreis, R. Morzenti Pellegrini, Turín, 2016.
Resolución ANAC 28 octubre 2015, n.º 12.

15. Resolución ANAC 28 octubre 2015, n.º 12.

Este enfoque normativo se debe al hecho de que la «mala administración» lamentablemente ahora está generalizada[16].

El panorama no es alentador a pesar de las reformas y de las buenas intenciones que han guiado al legislador.

El punto de partida, con el que lamentablemente tenemos que lidiar, es el de la presencia de un «crimen legal», como se ha definido, que se desarrolla cada vez más a menudo sin la flagrante violación de las normas, sino a través de la práctica de intercambios de favores y promesas indebidas[17].

Es decir, emergen prácticas corruptivas habituales que han llevado a algunos a definir el fenómeno en términos de mala administración «sistémica»[18].

Significativamente, ANAC, con una declaración de 9 de diciembre de 2016, anunció la fundación en París, con motivo del Día Internacional contra la Corrupción, de una red de cooperación internacional entre catorce autoridades nacionales, incluida la italiana, para prevenir la corrupción en la Administración pública.

El camino anticorrupción llevado a cabo hasta ahora en Italia también ha llevado a la firma del Protocolo de cooperación entre ANAC y el BEI (Banco Europeo de Inversiones) el 13 de septiembre de 2016, sobre el intercambio de información; mientras que unos meses antes, en abril de 2016, tras una serie de negociaciones, se firmó un Protocolo de cooperación en la lucha contra la corrupción con la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), para el intercambio de información y la asistencia operacional y técnica mutua.

ANAC, además, se reunió en varias ocasiones con representantes de las instituciones europeas en asuntos de interés común[19].

El objetivo de la red es promover una cultura internacional de transparencia. Uno de los sectores más expuestos a la corrupción es indudablemente el de la contratación pública, que debería ser un factor estratégico para la recuperación económica y el desarrollo de Europa.

16. M. D'Alberti, «Corruzione soggettiva e oggettiva», en *Corruzione e sistema istituzionale*, editado por M. D'Alberti, R. Finocchi, Bolonia, 1994.

17. La expresión es de Luigi Gili, presidente del Tribunal de los Condes (Piamonte) –Informe inaugural del año judicial 2016.

18. V. Berlingò, «Cattiva amministrazione "sistemica" e nuove funzioni della responsabilità per danno erariale», *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, Actos de conferencia AIPDA, Universidad de Bérgamo, 7 junio 2016, editado por M. Andreis, R. Morzenti Pellegrini, Turín, Giappichelli, 2016.

19. Se mencionan: la participación de Italia en el «Workshop experience sharing workshop on preventing corruption in public procurement at the local and regional level», Atenas, 24 y 25 febrero 2016; la audiencia de ANAC por parte de la Comisión Europea en el contexto del segundo ciclo de evaluación sobre el estado de la corrupción en la Unión Europea, 24 octubre 2016; la participación en la reunión de estudio «Twinning/Taiex», Roma, 1 diciembre 2016; y la participación en el proyecto organizado de EUPOL COPPS con la *Palestinian Anticorruption Commission* (PACC).

La Unión Europea, en el Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 2014, titulado «Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE»[20], ofrece un análisis de la corrupción en los Estados miembros y de las medidas adoptadas para prevenir y luchar contra ella, detectando la (triste) primacía de Italia y otros países.

En este informe, significativamente, leemos que los Estados miembros tienen instrumentos legales para luchar contra la corrupción, pero los resultados obtenidos a menudo no son satisfactorios. Esto se debe a que las normas relativas a la corrupción «no siempre se aplican con suficiente determinación y los problemas sistémicos no se abordan con suficiente fuerza», a que las intenciones declaradas están todavía lejos de producir resultados tangibles y, a menudo, parece faltar una voluntad política efectiva para eliminar fenómenos de corrupción.

El papel desempeñado por el sector de los contratos públicos (licitación pública) en la economía del país hace que la situación, si es posible, sea aún más difícil.

La incidencia del gasto en licitaciones y adquisiciones públicas a nivel nacional en los últimos años en Italia ha tenido un impacto en el PIB (producto interior bruto) de más del 10 %.

Además de esto, a menudo debido a la corrupción, los costos de adquisición pública suman entre un 20 % y un 25 % del valor del contrato (y con frecuencia incluso valores más altos, hasta un 50 %)[21].

La práctica está tan arraigada que, en el pasado, ha llevado a la jurisprudencia a configurar el concepto de «transferencia» de la cantidad de sobornos en los precios de adjudicación del contrato, reconociendo la percepción del soborno automáticamente como un daño[22].

El legislador italiano, ya con la introducción del delito de «tráfico ilícito de influencias» (art. 346-*bis* CP), había tratado de frenar la corrupción «endémica» mediante el castigo de la actitud de aquellos que, aprovechando las relaciones o el conocimiento del funcionario público responsable de tomar la decisión, trataran de influir para obtener alguna utilidad.

Finalmente, el sector de la contratación pública ha estado sujeto a regulación debido a la implementación de las directivas europeas de 2014, que están inspiradas en los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad

20. COM(2014) 38.
21. Informe COM(2014) 38, cit.
22. Esta posición ha sido abandonada por la jurisprudencia más reciente y prudente, según la cual la percepción de sobornos no es en sí misma una prueba de la existencia de un daño moral. M. Sinisi, «Sistema anticorruzione e responsabilità amministrativa: vecchie e nuove fattispecie e tipologie di danno erariale», *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, editado por M. Andreis, R. Morzenti Pellegrini, Turín, Giappichelli, 2016.

y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, para asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras de interés general, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

En particular, el artículo 1, letra q), de la Ley para la transposición de las directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE (transpuestas en el nuevo Código de Contratos del Sector Público – Decreto Legislativo 50/2016), indicaba entre los principios y criterios orientadores: la «armonización de las normas de transparencia, publicidad, duración y trazabilidad de los procedimientos de adjudicación [...], también con el fin de contribuir a la lucha contra la corrupción, para evitar conflictos de interés y promover la transparencia en el ámbito de la contratación pública y de los contratos de concesión», y entre las medidas de armonización indicó: (i) la identificación explícita de los casos en los que, excepcionalmente, habría sido posible recurrir al procedimiento de participación restringida (procedimiento restringido y procedimiento negociado) sin publicación previa del anuncio de licitación (información previa con el fin de conocer la licitación); (ii) la provisión de un «sistema administrativo, regulado bajo la dirección de ANAC, de sanciones y recompensas por el reporte obligatorio de extorsión y soborno por parte de las empresas».

A pesar de las intervenciones normativas de los últimos cuatro años, el presidente del Tribunal de Cuentas (Piamonte), en el informe inaugural del año judicial 2016, denuncia el entorno normativo y administrativo como «frágil, contradictorio, incierto» y que fomenta el comportamiento corruptor, viendo esto como un grave «fallo de legalidad».

En el contexto de los contratos públicos es necesario verificar la idoneidad de las políticas de gestión del riesgo de corrupción y las actividades llevadas a cabo por ANAC en términos de objetivos y resultados logrados.

Los datos están indicados por el presidente de ANAC en el informe de 2015 y 2016 sobre las actividades llevadas a cabo por la propia ANAC, que ha promulgado numerosos actos de carácter general con respecto a la regulación de los contratos públicos, a través de los cuales trató de proporcionar a los operadores en el sector indicaciones útiles para resolver dudas interpretativas o para llenar vacíos normativos, proporcionándoles criterios y modelos para la gestión de procedimientos de licitación capaces de guiarlos hacia conductas adecuadas para el correcto funcionamiento del mercado. El objetivo es ciertamente deseable, pero aún no se puede decir que se haya logrado el resultado esperado.

La propia ANAC anunció que en la aplicación práctica de las disposiciones reglamentarias para la lucha contra la corrupción hubo «luces y sombras», indicando por ejemplo que la vigilancia sobre el sector de servicios mostró «múltiples anomalías y disfunciones». Por ejemplo, leemos que «en una encuesta de muestra sobre las Administraciones contratantes, destinada a verificar la actividad contractual en el sector de la salud, se reveló un uso excesivo e ilegítimo de las extensiones temporales, en muchos casos activadas ya antes de que el procedimiento para la adjudicación del servicio comenzara -con extensiones que llegaron hasta a tres veces el término original del contrato (y en un caso incluso 13 veces), por un total de 5694 meses de extensión, tanto como el 203 % de las duraciones originales-».

Aparece claro que la evaluación del funcionamiento del sistema debe llevarse a cabo en varios niveles: en el nivel legislativo, en el nivel de vigilancia y en el nivel de la tutela judicial, ya que solo el examen conjunto de estos planes puede comprobar la eficacia del sistema o, por el contrario, revelar la insuficiencia de las medidas proporcionadas.

El marco de evaluación debe tener en cuenta las funciones atribuidas a ANAC por el nuevo Código de Contratos del Sector Público a que se refieren el Decreto Legislativo 50/2016 y el Decreto Legislativo 97/2016 (Decreto Delegado que implementa el artículo 7 de la Ley n.º 124/2015), que intervinieron tanto en el Decreto 33/2013 sobre la transparencia como en la Ley 190/2012, y en particular sobre las disposiciones relativas a la regulación de los programas nacionales de prevención de la corrupción.

Las tareas de ANAC se han descrito atribuyéndole un poder de intervención más amplio e integrado con respecto a las funciones destinadas a garantizar una acción coordinada de control, prevención y lucha contra la corrupción. Esta actividad se junta con la función de supervisión «preventiva», que se implementa a través de actos interpretativos e integradores de la regulación, capaces de guiar la conducta de las Administraciones contratantes y conformar a las buenas prácticas los procedimientos de asignación.

Las tareas de ANAC han sido incrementadas para «flexibilizar la implementación de las reglas y favorecer una regulación [del sector de los contratos públicos] menos expuesta a las anomalías y a la corrupción»[23].

23. Informe del presidente de ANAC, 2015.

4
Las nuevas atribuciones de ANAC y los otros niveles de intervención: búsqueda de un equilibrio

Sin embargo, surge la pregunta de si las nuevas tareas asignadas a ANAC están en línea con los otros planes de intervención o no.

Algunos ejemplos pueden ser útiles para comprender mejor los términos de la pregunta. El nuevo Código proporciona algunos medios de tutela previos al recurso contencioso-administrativo (artículo 211) que tienen por objeto resolver, a petición de las partes interesadas, las «cuestiones planteadas durante los procedimientos de adjudicación».

Las características son similares a las de la resolución alternativa de disputas (ADR). Están configurados como un mecanismo destinado a resolver una disputa antes de su surgimiento y de una manera alternativa a la disputa legal.

El artículo 211 establece que, a iniciativa de las Administraciones contratantes o de una o más de las otras partes, ANAC emitirá un dictamen, después de una audiencia contradictoria, sobre cuestiones surgidas durante los procedimientos de licitación, dentro de los treinta días posteriores a la recepción de la solicitud. El dictamen por parte de ANAC es vinculante y puede ser impugnado con recurso ante los órganos competentes de la justicia administrativa.

En caso de rechazo de la apelación contra la opinión vinculante, el juez evalúa el comportamiento de la parte solicitante que no se conforme.

ANAC tiene el derecho de actuar en los tribunales para la apelación de los actos de licitación, de otros actos generales y de las disposiciones relativas a contratos de gran impacto, emitidos por cualquier poder adjudicador, si considera que violan las normas sobre contratos públicos relacionados con obras, servicios y suministros.

Si considera que un poder adjudicador ha adoptado una disposición viciada por violaciones graves del Código de Contratación Pública, ANAC emitirá un dictamen motivado en el plazo de sesenta días posteriores a la notificación de la violación, indicando específicamente los vicios manifiestos de los actos del procedimiento de adjudicación que ha encontrado. El dictamen se transmite al poder adjudicador; si la Administración contratante no cumple con él dentro del plazo establecido por ANAC, en cualquier caso no más de sesenta días a partir de la transmisión, ANAC puede apelar, dentro de los siguientes treinta días, ante el juez administrativo.

La Ley, en su formulación original, preveía un dictamen vinculante emitido por parte de ANAC sobre el acuerdo de las partes y el acto de recomendación al poder adjudicador de eliminar los actos ilegítimos en autotutela.

Esta facultad se vio reforzada por la imposición de una sanción pecuniaria administrativa directamente al gerente responsable de la Administración contratante, y por la previsión de su impacto en el sistema reputacional de los poderes adjudicadores.

Los asuntos críticos de la Ley, luego reformulados, habían sido expresados por el Consejo de Estado durante la fase consultiva.

Con un primer dictamen de 14 de septiembre de 2016, el Consejo de Estado se expresó sobre el esquema de reglamento de la aplicación del art. 211 del Código de contratos públicos.

En esta circunstancia, también se destacaron otras criticidades de la normativa y surgió la necesidad de que ANAC adoptara una disciplina regulatoria adicional y específica para delimitar las condiciones de ejercicio del poder de «dictamen vinculante» (segundo párrafo del art. 211, posteriormente derogado por el Código). En esta circunstancia el Consejo de Estado expresó perplejidades sobre la contracción excesiva de la investigación procedimental y de las garantías de participación. En este sentido, ha recordado significativamente que las garantías de participación no pueden «reducirse por debajo del estándar mínimo, que es el de la ley sobre el procedimiento administrativo».

La cuestión se refiere a la correlación entre la legalidad sustancial y la legalidad procedimental: cuanto menos la primera esté garantizada debido a la asignación a la autoridad independiente de poderes reguladores y administrativos, mayor es la necesidad de fortalecer las formas de participación de todos los sujetos interesados en el procedimiento para tomar decisiones que afecten a la estructura del mercado.

Los problemas críticos a este respecto son varios; no menos importante, el hecho de que el dictamen previo al recurso solo vincula a aquellos que hayan expresado su voluntad de vincularse, mientras que las otras partes podrán oponerse.

El Consejo de Estado se expresó de nuevo el 28 de diciembre de 2016 (Dictamen n.º 2777) sobre el esquema de regulación de las actividades de supervisión de contratos públicos (y, más en general, sobre el artículo 211, párrafo 2, posteriormente derogado, y el artículo 213 del Código de Contratos).

En esta ocasión ha recordado que el dictamen vinculante es una institución jurídica «difícilmente clasificable en nuestro sistema» y que hay «reservas específicas sobre la introducción de dicha nueva institución, [...] porque lleva a una posibilidad de anulación en autotutela». Dicha anulación no es fácilmente compatible con el marco normativo de referencia y con la presunción de legitimidad de los actos administrativos. El art. 211, párrafo 2, del Código sanciona la negativa a ejercer su poder de autotutela anulando el acto de adquisición, que se debería suponer legítimo hasta que se demuestre lo contrario.

Otro ejemplo se refiere a la regulación de las declaraciones falsas. El artículo 80, párrafo 12, del nuevo Código (*ex* art. 38 Decreto Legislativo 163/2006) establece que «en caso de presentación de declaración falsa o documentación falsa, en la licitación de las líneas de subcontratación, la Administración contratante informará a la Autoridad [ANAC] que, si cree que se haya hecho con dolo o culpa grave en consideración de la importancia y de la gravedad de los hechos a los que la falsedad o la presentación de documentación falsa se refieren, dispone la inscripción en los registros informáticos a los efectos de exclusión de los procedimientos de licitación y asignaciones de subcontratación hasta dos años, después de lo cual se cancela el registro y en cualquier caso pierde eficacia».

El artículo 213 del nuevo Código, párrafo 13 (basado en el artículo 6 del Decreto Legislativo 163/2006), dispone que la Autoridad debe imponer sanciones administrativas pecuniarias «a los operadores económicos que proporcionen a las Administraciones contratantes […] datos o documentos que no sean ciertos en cuanto al cumplimiento con los requisitos de calificación […]».

¿Qué sucede si se emite una declaración falsa que es totalmente irrelevante para el propósito de la adjudicación del contrato porque se relaciona con una persona que no estaría obligada por ley a declarar el cumplimiento con los requisitos?

El caso realmente sucedió. La entidad contratante no consideró que lo falso fuera relevante, como para proceder con la exclusión de la empresa, sino que, por el contrario, otorgó el contrato a esa empresa. Al mismo tiempo, sin embargo, siendo requerida por la ley, comunicó la declaración falsa a la Autoridad, que impuso una sanción pecuniaria.

Entonces debemos preguntarnos cuál es el bien que queremos proteger. El «desvalor» de la declaración falsa es ciertamente susceptible de sanción penal. Pero ¿tiene sentido no excluir a la empresa, de hecho otorgarle el contrato, y sancionarla al mismo tiempo?

La ley, de hecho, limita los casos de sanciones a declaraciones falsas con respecto al cumplimiento de los requisitos de calificación.

¿Puede una declaración (aunque sea falsa) hecha por una persona no obligada a emitir declaraciones de cumplimiento con los requisitos de calificación ser considerada relevante para este propósito? ¿Cuáles son los márgenes de evaluación que le quedan a la Autoridad?

En eso nos ayuda la jurisprudencia más reciente del Consejo de Estado, que en la sentencia de 7 de julio de 2016, n.º 3014, negó la aplicabilidad de la «falsificación inofensiva» en procedimientos de licitaciones públicas.

El Consejo aclaró que en las licitaciones públicas la «falsificación inofensiva» es una institución inexistente, ya que «la exhaustividad de los

enunciados ya es en sí misma un valor que debe perseguirse porque permite, incluso de conformidad con el principio de buena administración y proporcionalidad, la decisión rápida sobre la admisión del operador económico para la selección; por lo tanto, una declaración que no es confiable porque, más allá del elemento subjetivo subyacente, es falsa o incompleta, debe considerarse ya en sí misma perjudicial para los intereses considerados por ley, independientemente del hecho de que la empresa merezca participar» (véase Consejo de Justicia Administrativa (Sicilia), n.º 710/2013 –Consejo de Estado V Sección 3397 de 2013).

Volvamos al punto de partida: ¿cuál es el valor protegido por la ley? ¿ANAC puede sancionar la violación del principio de autorresponsabilidad, para lo cual las declaraciones sustitutivas deben hacerse con diligencia y veracidad, incluso ante una dirección contraria por parte del poder adjudicador?

Suponiendo que ANAC tenga derecho a imponer una sanción pecuniaria, ¿qué resultado obtenemos a nivel práctico? La pregunta es de particular relevancia en el caso en que el contrato se otorgue precisamente a esta empresa. Las posibles soluciones, al menos las de sentido común, parecen ser dos: o bien el procedimiento no condujo a la elección del mejor contratista, y luego, sin embargo, fue afectado el interés no solo del poder adjudicador, sino también de toda la comunidad, sin posibilidad de remedio (dado que la sanción pecuniaria no cancela la adjudicación), o se admite la irrelevancia de la falsedad, y, en este caso, la finalidad de la sanción impuesta es igualmente oscura.

Estas y (muchas) otras son las dudas que permanecen con referencia a los diversos niveles examinados hasta ahora.

5
La regulación anticorrupción como instrumento de prevención y la tutela judicial como medio de corrección: criticidades y «fracasos» en la consecución del objetivo común

El nivel de la tutela judicial debe ser evaluado para dar respuesta a la pregunta inicial: ¿todo contribuye a contrarrestar la posibilidad de que los errores o irregularidades se traduzcan en mala administración y corrupción o, por el contrario, el sistema entendido globalmente manifiesta una desalineación entre objetivos y resultados?

La tutela judicial es el medio fundamental para restablecer el principio de legalidad que dirige la acción de la Administración pública. En este sentido, el propósito de una evaluación de la eficacia de las nuevas medidas,

se debe hacer referencia a las reformas jurisdiccionales. En el nuevo juicio abreviado que fue introducido (art. 204 del Decreto Legislativo 50/2016) y posteriormente derogado por el Decreto-ley 32/2019, el cual fue convertido por la Ley de 14 de junio de 2019, n.º 55, se exige apelar en un plazo de treinta días a partir de la publicación en el perfil del cliente de la disposición para la exclusión del procedimiento de adjudicación, o para las admisiones de otros licitadores, basada en la evaluación de los requisitos subjetivos, económico-financieros y técnico-profesionales. La apelación es independiente de cualquier referencia al conocimiento completo de la disposición y de las razones de la misma[24]. Una vez que este plazo ha pasado, los actos se vuelven inapelables. Por Orden del Tribunal Administrativo Regional de Piamonte, Secc. I, de 17 de enero de 2018, n.º 88, las siguientes cuestiones prejudiciales se han remitido al Tribunal de Justicia de la Unión Europea: «si la legislación europea sobre el derecho de defensa, el juicio justo y la efectividad sustancial de la tutela, en particular, los artículos 6 y 13 del ECHR, art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el art. 1 de la Directiva 89/665/CEE, 1 y 2 de la Directiva, es óbice para la legislación nacional, como el art. 120, párrafo 2 bis, CPA, que exige que el operador que participe en un procedimiento de licitación impugne la admisión / no exclusión de otro licitador en un plazo de treinta días a partir de la comunicación de la disposición de admisión / exclusión de los licitadores; si la legislación europea sobre el derecho de defensa, el debido proceso y la efectividad de la tutela, en particular, los artículos 6 y 13 del ECHR, art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el art. 1 de la Directiva 89/665/CEE, 1 y 2 de la Directiva, es óbice a la legislación nacional como el art. 120, párrafo 2a, CPA, que impide al operador económico afirmar [...] la ilegalidad de actos de admisión de otros licitadores [...] sin haber impugnado previamente el documento de admisión dentro del plazo antes mencionado»[25]. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a pesar de las críticas obvias, no encontró un contraste con la legislación europea[26].

24. M. A. Sandulli, «I nuovi limiti al diritto di difesa introdotti dal d.lgs n. 50 del 2016 in contrasto con il diritto eurounitario e la Costituzione», www.lamministrativista.it; M. Lipari, «La tutela giurisdizionale e "precontenziosa" nel nuovo codice dei contratti pubblici», www.federalismi.it; G. Severini, «Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici (l'art. 204 del Codice degli appalti pubblici e delle concessioni ovvero il nuovo art. 120 del Codice del processo amministrativo)», www.giustizia-amministrativa.it.

25. Anticipado, en las conclusiones formuladas en él, por M. Sinisi, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Giappichelli, Turín, 2017.

26. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Secc. IV, Orden 14 febrero 2019, C-54/18.

El operador económico se encuentra obligado a impugnar las admisiones de todos los licitadores al procedimiento de adjudicación, sin saber aún quién será el ganador y sin saber si él mismo ocupará un lugar útil para obtener la adjudicación del contrato.

En otras palabras, es necesario que el competidor promueva la acción judicial sin ninguna garantía de que esta iniciativa pueda garantizarle una utilidad práctica. De esta manera también el licitador que presente una oferta que luego resulte no competitiva después de la selección, será llamado a asumir los cargos relacionados con el juicio abreviado, es decir, por promover una apelación innecesaria e ineficaz.

Los aspectos críticos del nuevo tipo de sentencia radican en el hecho de que implica una tutela judicial objetiva, en la cual la acción no se caracteriza por un interés actual del solicitante y por un perjuicio concreto a su situación jurídica subjetiva. Por lo tanto, las normas impugnadas han introducido un tipo de juicio que se califica como un juicio jurídico objetivo, contrario a los principios europeos, que devuelve el derecho de acción al derecho del único sujeto titular de un interés actual y concreto; un interés que, en el caso del procedimiento de adjudicación, consiste en obtener la adjudicación o la oportunidad derivada de la renovación del procedimiento.

Esto conlleva el principio de la inmediatez de la lesión resultante de la medida controvertida con respecto a la (necesaria) actualidad de reacción judicial. Por otra parte, la parte privada encargada de proponer un juicio de acuerdo con el esquema del recurso especial en materia de contratación (juicio abreviado –«súperacelerado»– para la rápida resolución de los procesos) no solo no tiene un interés actual, sino que también sufre daños, por lo que respecta tanto al desembolso económico que está conectado a la proposición de varios recursos contra la admisión de todos los licitadores (en número potencialmente muy grande), como a la habilitación profesional, necesaria para realizar la prestación, de la compañía que propone la apelación, que identifica como un parámetro de evaluación (negativo) el impacto del operador económico que activa las disputas sobre los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos.

La violación de los principios europeos es aún más evidente cuando se hace el acceso a la justicia administrativa excesivamente gravoso.

A esto se agrega la violación del principio de proporcionalidad, que se extiende a todo el ordenamiento jurídico, y que requiere que la legislación nacional no exceda los límites de lo que es apropiado y necesario para el logro de los fines legítimamente perseguidos por cada Estado.

El Consejo de Estado ya había destacado, en la opinión sobre el proyecto de decreto, la necesidad de que la apelación inmediata de la admisión

y exclusión de los licitadores al procedimiento de adjudicación estuviera acompañada de ciertos tiempos de conocimiento y acceso a la misma[27].

Otra limitación es la ejecución de la propuesta de un recurso acumulativo en el caso de la presentación de ofertas para varios lotes, a menos que se deduzcan «motivos de apelación idénticos». Esta disposición puede dar lugar a una violación del derecho de defensa (artículo 120, párrafo 11 *bis*, CPA).

Por último, cabe destacar la disposición según la cual, en la decisión sobre la suspensión cautelar de la ejecución del acto recurrido, el tribunal tendrá en cuenta «los requisitos imperativos relacionados con un interés general en la ejecución contractual» (art. 120, párrafo 8 *bis*, CPA), que a su vez se cumple el *ex lege* interés de la prevalencia de la ejecución del contrato en detrimento de la demandante. Por el contrario, la importancia debe concederse a la oferta que cumpla con los requisitos de la ley y las necesidades de la Administración pública y el interés general.

Todos estos pronósticos parecen más bien desalentar la proposición del recurso especial contra el acto ilegítimo de adjudicación.

Como se anticipó, con la Ley 55/2019, que convirtió el Decreto-ley n.º 32 de 2019, el procedimiento «súperacelerado» (proceso abreviado) fue derogado.

Esto representa un paso importante para garantizar la eficiencia en sentencias relativas a contratos públicos.

Sin embargo, como ha demostrado el presente estudio, la transparencia y la lucha contra la corrupción implican una multiplicidad de perfiles y aún se está lejos de una regulación adecuada de la disciplina, que sea adecuada para obtener los resultados deseados.

Por tanto, el marco, a pesar de los esfuerzos realizados en la dirección de la lucha contra la corrupción, parece más un punto de manifestación de las deficiencias e incertidumbres que, si no se corrigen adecuadamente, amenazan con socavar todos los esfuerzos para hacerlo.

27. Consejo de Estado, Comisión Especial, opinión 1 abril 2016, n.º 855.