

La actividad contractual de la Administración pública en Italia

I. INTRODUCCIÓN. II. LA ADMINISTRACIÓN CONTRATANTE: ENTRE IGUALDAD Y ESPECIALIDAD EN LA OBRA DE LA JURISPRUDENCIA: 1. El papel de la jurisprudencia en la creación de una posición de especialidad del contratante público. 2. La obra jurisprudencial de erosión de los privilegios públicos. A) Buena fe y responsabilidad precontractual del sujeto público. B) Cláusulas abusivas y pliegos de contratación. C) Equiparación del deudor público al privado. D) Tutela de las situaciones subjetivas del contratante privado. 3. Los éxitos del proceso de erosión de los privilegios públicos. 4. El reconocimiento jurisprudencial de los privilegios del sujeto contratante público. 5. Una cuestión abierta: los contratos de la Administración entre autonomía privada y función. III. EVOLUCIÓN NORMATIVA: 1. Un criterio de interpretación. 2. Las modificaciones derivadas de las normas comunitarias. 3. La particular rigidez de la Ley núm. 109, de 11 de febrero de 1994, de obras públicas (*Ley Merloni*).

I. INTRODUCCIÓN

La disciplina de la actividad contractual de la Administración Pública en Italia ha experimentado una profunda evolución en los últimos decenios. Dicha evolución se ha producido a través de varias leyes que han sido dictadas bien para recibir las directivas comunitarias, bien por razones internas relacionadas

Traducción: Jesús Angel FUENTETAJA PASTOR.

* El epígrafe II del estudio es obra de Auretta BENEDETTI y el epígrafe III de Giampaolo ROSSI.

con la exigencia de moralización de la vida pública, especialmente advertida en un sector tan delicado como en el de los contratos públicos.

De no menor importancia ha sido, además, otra corriente evolutiva debida a la jurisprudencia que, en los últimos años, ha cambiado radicalmente el Ordenamiento al erosionar una serie de privilegios del contratante público, privilegios que ella misma había creado en los decenios precedentes.

Las dos cuestiones serán, por tanto, expuestas de forma separada, comenzando no obstante por la segunda, más interesante desde el punto de vista científico, pero todavía poco analizada incluso en la misma Italia.

II. LA ADMINISTRACIÓN CONTRATANTE: ENTRE IGUALDAD Y ESPECIALIDAD EN LA OBRA DE LA JURISPRUDENCIA

1. EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA EN LA CREACIÓN DE UNA POSICIÓN DE ESPECIALIDAD DEL CONTRATANTE PÚBLICO

Es de sobra conocido que en Italia, a diferencia de España, no existe una ley general sobre la contratación administrativa. De hecho, ha prevalecido en nuestro país la orientación «contractualista», contraria a la posibilidad de codificar principios especiales para la Administración contratante en una normativa de carácter general. Esto no significa la ausencia de una problemática ligada a la especialidad del contratante público, dada la subsistencia de leyes sectoriales, como la Ley n. 2248 all. F de 1865, de obras públicas, y la Ley n. 2440 de 1923, de contabilidad, que regulan aspectos especiales de la contratación de la Administración¹. A estas leyes se debe la definición de procedimientos de naturaleza evidentemente pública para la celebración de contratos, así como la introducción de algunos principios cardinales, como el recurso general a la subasta y el carácter excepcional del procedimiento de la contratación directa para la elección del contratista.

Sin embargo, la falta de leyes generales ha permitido a la jurisprudencia asumir un papel destacado tanto en la creación

¹ Así, la referencia a instituciones subsiguientes a la aprobación del contrato, a las que se subordina la eficacia del mismo para la Administración; una serie de prerrogativas durante la ejecución del contrato de obra, como el *ius variandi*, la rescisión unilateral con indemnización previa, la resolución por incumplimiento, la ejecución de oficio de las obras, o la suspensión de la ejecución por motivos de interés público.

como en la sucesiva erosión de la posición de especialidad —y en ocasiones de auténtico privilegio— de la Administración contratante. El análisis histórico confirma este dato, y muestra cómo la peculiar configuración del sistema de justicia administrativa italiano contribuyó durante mucho tiempo a la configuración de la especialidad del contratante público. Ello fue debido, en parte, a la actuación exclusivamente parcial de la Ley de derogación del contencioso-administrativo de 1865, que devolvió al juez ordinario «todas las materias en que se cuestione un derecho subjetivo... incluso cuando esté interesada la Administración Pública» (art. 2). En el ámbito específico de la contratación esto venía a significar la abolición formal de cualquier distinción entre contratantes públicos y privados desde el ángulo de la justicia. Sin embargo, en la realidad, la equiparación no fue jamás plenamente realizada, y la interpretación restrictiva de los poderes del juez ordinario respecto a la Administración determinó una auténtica inmunidad de la misma frente a una serie de remedios jurisdiccionales. En particular, se prohibía al contratante privado solicitar al juez sentencias constitutivas o determinadas sentencias condenatorias frente a la parte pública incumplidora, al considerarse que tales acciones podían constituir injerencias inadmisibles del poder judicial en la actividad de la Administración.

Además de las limitaciones impuestas a la posibilidad de intervención del Juez ordinario, se añadían aquellas derivadas de la presencia de procedimientos funcionales en la celebración de los contratos y regulados por normas públicas. Los actos en cuestión fueron atribuidos, a partir de 1889, a la jurisdicción del Juez administrativo en la medida en que implicasen la lesión de intereses legítimos. Esto suponía el reconocimiento de un ámbito que precedía a la celebración del contrato (pero que bajo algunos aspectos podía extenderse también a la fase de ejecución) en el que la discrecionalidad administrativa prevalecía sobre la autonomía privada. Los jueces administrativos contribuyeron, desde este punto de vista, a la teorización de los principios especiales de tutela del contratante público, todos ellos reconducibles al principio básico de la *funcionalidad de los procedimientos en interés exclusivo de la Administración contratante*.

Pero la obra «creadora» de la jurisprudencia no se paró en este aspecto. En la época siguiente a la promulgación del Código civil en 1942, los tribunales, sobre todo los civiles, acrecentaron la esfera de especialidad de la Administración contratante a través de la inaplicación de toda una serie de disposiciones civiles encaminadas a la prevención y represión de los abusos contrac-

tuales. Las motivaciones eran, en parte, fundamentadas en el carácter propio de la actuación administrativa —«inspirada en la consecución del interés general y por ello en la imparcialidad y en la justicia»²— lo que hacía inútil el recurso a las garantías privadas. Ninguna protección era, por tanto, concedida a los particulares cuando el otro contratante era un sujeto público, por ejemplo, en materia de responsabilidad precontractual o de determinación unilateral del contrato³. Además, los jueces tenían la tendencia a transformar los límites establecidos por la ley respecto a la Administración contratante en otras tantas posiciones de privilegio. El caso emblemático venía dado por la influencia de los procedimientos contables sobre el correcto cumplimiento de las obligaciones pecuniarias por parte de la Administración. La existencia de tales procedimientos previstos por la ley contable para el control de la actividad financiera del gasto justificaba, según los jueces, que la Administración deudora no estuviese obligada a observar las normas civiles sobre las modalidades y plazos de cumplimiento, a las cuales, en cambio, un particular sí habría estado vinculado. De este modo dejaban de aplicarse las normas del Código que sancionaban abusos como el vencimiento de los intereses de demora por retraso culposo en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias⁴.

En los últimos años, por contra, se ha verificado una clara inversión de esta tendencia. La apertura doctrinal a la general utilización de técnicas privadas para fines públicos⁵ ha movido a los jueces a reconsiderar las motivaciones de las injustificadas disparidades de tratamiento existentes entre operadores públicos y privados. De esta revisión se han derivado numerosos pronunciamientos encaminados a sancionar los abusos hasta aquel momento justificados por razón de la naturaleza pública de los entes. Al mismo tiempo, permanece el reconocimiento de algunos poderes públicos en la contratación que son propios de la

² Cass. 23 luglio 1969, n. 2766 (en *Foro it.*, 1970, I, c.96).

³ La jurisprudencia relativa a la inaplicabilidad de las normas civiles sobre cláusulas abusivas a las cláusulas unilateralmente establecidas por la Administración es amplísima: *Vid.* por todas *Cass. 14 ottobre 1957, n. 3814*, con comentario de E. CANNADA BARTOLI, «L'art. 1.341 c. 2 del c.c. e la pubblica amministrazione» (en *Foro amm.* 1958, II, págs. 186 y ss.).

⁴ Respecto a esta cuestión, cfr. A. M. PALMIERI, *Lo Stato debitore*, Milano, 1990.

⁵ Se debe a M. S. GIANNINI la teorización de la plenitud de la autonomía privada de las Administraciones Públicas, así como la individualización de la categoría especial de los «contratos con objeto público» (*contratti ad oggetto pubblico*). Sus teorías han influido ampliamente en la doctrina posterior, que se ha orientado marcadamente hacia una «contractualización». Dentro de su vastísima producción científica, basta recordar aquí los volúmenes de *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, y sus artículos «Attività amministrativa», en *Enc. Dir.*, vol. III, Milano, 1959, págs. 990 y ss., y «La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica», en *Scritti in onore di Jemolo*, Milano, 1963, III, págs. 266 y ss.

Administración y que forman parte de aquella esfera de especialidad aún hoy día existente en la materia.

2. LA OBRA JURISPRUDENCIAL DE EROSIÓN DE LOS PRIVILEGIOS PÚBLICOS

A) Buena fe y responsabilidad precontractual del sujeto público

Los casos relativos a la aplicación del principio de buena fe y de responsabilidad precontractual de la Administración Pública son los que evidencian en mayor medida el cambio de dirección de los tribunales. Los casos más frecuentes se refieren a las modalidades de desarrollo de la contratación directa, que es la que más se aproxima al modo privado de celebrar contratos y que se presta, por ello, a una valoración del comportamiento administrativo según la buena fe. En tales casos se ha condenado la ruptura injustificada de las negociaciones por parte de la Administración en los casos en que el sujeto privado hubiese podido albergar una razonable confianza en la celebración del contrato⁶. Las *Sezioni Unite* de la Casación, por ejemplo, han reconocido tal responsabilidad en un caso en el que la Administración había convocado de forma imprevista una nueva concesión de servicios mientras estaba en curso la negociación para la renovación del contrato con el anterior titular, el cual, con tales expectativas, había sido inducido a continuar las prestaciones más allá del vencimiento estipulado⁷. Y similar es el caso en el que el particular vio cómo se le denegaba la celebración de un contrato de alquiler de un inmueble, después de haber modificado expresamente el edificio a requerimiento de los representantes de la Administración, al objeto de hacerlo apto para el futuro uso público (en concreto una comisaría de policía)⁸.

En tales casos, el Tribunal Supremo no ha pretendido negar la subsistencia de una potestad de la Administración para interrumpir las negociaciones; ha condenado, más bien, el comportamiento culposo encaminado a hacer nacer en el contratante la confianza en la futura renovación del contrato. Además, ha

⁶ Cass. 8 de febrero de 1972, n. 330 (en *Riv. dir. comm.*, 1975, II, págs. 72 y ss.); 21 de octubre de 1974, n. 2974, n. 2972 (en *Giust. civ.*, 1975, I, págs. 16 y ss.); 11 de enero de 1977, n. 93 (en *Giur. it.*, 1977, I, 1, c. 1691); 14 de octubre de 1978, n. 4626 (en *Sett. giur.*, 1979, II, pág. 134).

⁷ Cass. Sez. Un. 18 de octubre de 1993, n. 10296, en *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 96 y ss., con comentario de D. CARUSI, «Problemi della responsabilità precontrattuale alla luce della giurisprudenza sulla “culpa in contrahendo” della pubblica amministrazione».

⁸ App. Torino 15 de octubre de 1969, n. 985 (citada por D. CARUSI, «Problemi della responsabilità precontrattuale...», *op. cit.*, pág. 105).

negado que tal potestad pueda ejercitarse sin una rigurosa motivación vinculada a la mejor consecución del interés público⁹: la Administración sería, por tanto, responsable siempre que no alegue razones o cuando las razones invocadas sean aparentes o tales que debían ya ser conocidas al inicio de las negociaciones.

Fuera de los casos de ruptura injustificada de la negociación en la contratación directa, una serie de sentencias han extendido posteriormente la responsabilidad por violación de la buena fe a supuestos en los que la lesión de una *confianza no culpable* del particular es una consecuencia directa del *uso incorrecto de las potestades discrecionales* de la Administración en la contratación mediante procedimientos competitivos. En estos casos, la relevancia del principio de buena fe ha sido afirmada con referencia específica a la fase determinante de la eficacia del contrato, comprendida entre la adjudicación y la aprobación, pudiendo únicamente originarse en la fase anterior situaciones de interés legítimo. El requisito necesario viene, por tanto, representado por la «personalización» de los trámites a resultas de la individuación del contratante adjudicatario¹⁰. La valoración de los tribunales no se extiende a la apreciación discrecional reservada a la Administración en el ejercicio legítimo de sus potestades, sino exclusivamente al ámbito de la diligencia y corrección del comportamiento relevante en tal ejercicio.

En este sentido, los tribunales han declarado que la Administración no es responsable por la ausencia de aprobación del contrato, si bien está obligada a indemnizar al particular por los gastos que hubiere realizado a causa de la confianza generada en aquel sobre el buen éxito de las habilitaciones previas¹¹. Igualmente en el caso en el que la Administración hubiese ordenado la ejecución de la prestación del particular antes de una aprobación que posteriormente no existió o simplemente fue denegada¹²; o cuando la Administración no hubiese actuado, o incluso hubiese obstaculizado dicha aprobación¹³; o, finalmente, cuando el sujeto público hubiese actuado incorrectamente, no informando a la otra parte del resultado negativo de las habilitaciones previas, o de las razones conocidas (o provocadas) por la

⁹ Otro supuesto unido a la motivación en el interés público, en el que no se apreció responsabilidad precontractual, es el que hace referencia a la falta de celebración de un contrato por ausencia de la necesaria ley de autorización (*Cass. Sez. Un. 9 de mayo de 1983, n. 3152, en Cons. Stato, 1983, II, págs. 1186 y ss.*).

¹⁰ En este sentido, *Cass. 29 de julio de 1987, n. 6545* (en *Riv. trim. appalti*, 1991, págs. 231 y ss.).

¹¹ *Cass. 28 de septiembre de 1968, n. 3008* (en *Foro it.*, 1968).

¹² *Cass. 23 de mayo de 1981, n. 3383* (en *Mass. Foro it.*, 1981, pág. 683).

¹³ *Cass. 4 de marzo de 1987, n. 2255* (en *Giust. civ. mass.*, 1987, pág. 625).

Administración que pudieran conducir a tal resultado¹⁴. Otro caso reconocido por los tribunales es el del retraso culpable por parte de la Administración en el envío del contrato a la autoridad de control, retraso que llevó a dicha autoridad a solicitar un aumento considerable del precio pactado¹⁵.

B) *Cláusulas abusivas y pliegos de contratación*

Otro ámbito en el que se ha manifestado la orientación de los tribunales encaminada a equiparar al contratante público con el contratante privado hace referencia a la aplicación de las normas civiles en materia de cláusulas abusivas a los pliegos de condiciones. Los artículos del Código Civil establecen, en primer lugar, que las condiciones generales del contrato prefijadas por uno de los contratantes sólo tienen eficacia respecto al otro si en el momento de la celebración este último tuvo o pudo tener conocimiento de las mismas; en segundo lugar, que las llamadas cláusulas abusivas, desfavorables para el otro contratante, no tienen efecto si no son específicamente aprobadas por escrito (art. 1.341).

La novedad más relevante en la orientación de los tribunales respecto al pasado es aquí reconocible en la nueva interpretación que se ha dado a las normas en cuestión. Por vez primera, en una sentencia del Tribunal de Casación de 1984, se afirmó de hecho que la aprobación por escrito de las cláusulas abusivas por parte del particular que se adhiere constituye el cumplimiento de un requisito formal previsto en la ley, el cual debe observarse con independencia de la calidad de los contratantes¹⁶. Para la norma así interpretada resulta, por tanto, indiferente el elemento subjetivo: la carga formal de la firma subsiste de hecho en cualquier caso, ya se trate de un particular o de una Administración Pública. La nueva orientación se ha reforzado por los tribunales también a través de la referencia al principio de igualdad de trato entre operadores públicos y privados en el sentido del artículo 3 de la Constitución, que establece precisamente el principio de igualdad¹⁷.

¹⁴ Cass. 17 de noviembre de 1978, n. 5328 (en *Cons. St.*, 1979, II, págs. 174 y ss.).

¹⁵ Cass. Sez. Un. 21 de agosto de 1972, n. 2651 (en *Giur. it.*, 1973, I, 1, c. 888).

¹⁶ Así, Cass. 29 de septiembre de 1984, n. 4832 (en *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, pág. 123).

¹⁷ Cfr. Cass. 22 de enero de 1986, n. 398 (en *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, págs. 31 y ss.), donde la afirmación de tal principio viene directamente ligada a la «general y extendida tendencia de equiparación en la contratación de las situaciones de los particulares y de la Administración pública».

Al objeto de la plena aplicabilidad del principio en el ámbito de la relación entre concesionarios y Administración concedente, los jueces han tenido previamente que resolver una última cuestión relativa a la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones. La afirmación generalizada acerca de la naturaleza normativa de tales actos había conducido de hecho en el pasado a resolver negativamente la cuestión de la tutela de los contratistas respecto a las cláusulas abusivas en ellos contenidas. La solución adoptada fue la de distinguir entre los pliegos de condiciones recibidos con acto formal, únicos a los que se reconocía naturaleza normativa, y el resto, cuya naturaleza era negocial. En este último caso, ningún obstáculo se plantea por tanto a la plena aplicación de la normativa privada a la Administración que establece unilateralmente las cláusulas¹⁸.

C) *Equiparación del deudor público al privado*

El principio de la plena aplicabilidad de la normativa privada a la Administración ha sido afirmado por los tribunales también en referencia a las obligaciones respecto a las cuales aquélla se presenta como sujeto deudor. La jurisprudencia, de hecho, ha negado que sea posible crear supuestos no previstos en las disposiciones del Código que justifiquen el retraso o el cumplimiento parcial de la obligación, y ello sobre la base de la naturaleza jurídica de la Administración.

De forma coherente con este principio, se ha redefinido la relación existente entre la normativa contable, que regula el procedimiento de reparto del gasto, y la normativa privada. Los tribunales han afirmado, de esta manera, que la actividad contable resulta instrumental para el cumplimiento de la obligación y no puede ser entendida como pretexto para justificar el retraso en el pago de las deudas por parte de la Administración. En este sentido, las *Sezioni Unite della Casazione*, en una sentencia de 1985 (8 de junio, n. 3451), han afirmado que «también la Administración Pública deudora está obligada a comportarse conforme a las reglas de la corrección y a hacer uso, en el cumplimiento de sus obligaciones, de la diligencia de un buen padre de familia...», lo que significa que debe asumir las obligaciones que previsiblemente esté en disposición de cumplir de modo exacto y puntual

¹⁸ Cfr. *Cass. Sez. Un.* 17 de junio de 1991, n. 6864 (en *Giust. civ.*, 1992, I, pág. 1014); *Cass.* 8 de agosto de 1992, n. 9392 (en *Giust. civ.*, 1993, I, pág. 1979); *Cass.* 25 de marzo de 1993, n. 3573 (en *Riv. giur. edil.*, 1993, I, pág. 1064).

y que debe utilizar oportunamente los mecanismos de pago prescritos por la normativa contable».

Entre las consecuencias que se derivan de la afirmación de este principio cabe citar la extensión de la aplicación a las deudas pecuniarias de la Administración tanto de los intereses correspondientes (que, según la ley, se originan por el mero hecho del retraso en el pago) como de los intereses de demora (en el caso de retrasos culpables) ¹⁹.

D) *Tutela de las situaciones subjetivas del contratante privado*

La orientación jurisprudencial encaminada a erosionar la esfera de privilegios e inmunidades públicas en la contratación ha producido a su vez una considerable extensión de la tutela de los contratantes privados o de los aspirantes a tales.

Esto se ha realizado, en primer lugar, mediante la ampliación de los poderes del juez ordinario frente a la Administración incumplidora. Ha quedado claro, de hecho, que la prohibición que pesa sobre el Juez de interferir en la actuación de la Administración opera únicamente en relación con los actos que tienen carácter constitutivo, pero no respecto a los actos cuyo carácter es meramente declarativo. Ningún obstáculo se opone, por tanto, a las acciones ejecutivas y de condena de la Administración ²⁰.

En segundo lugar, los tribunales han atribuido relevancia jurídica a intereses privados que anteriormente no recibían tutela. La jurisprudencia de mayor relevancia al respecto es la recaída en el tema de los intereses de los terceros para recurrir contra la decisión administrativa de elección del sistema de la contratación directa ²¹. La orientación anterior era constante a la hora de negar la existencia de legitimación para impugnar la decisión con la cual la Administración elige la forma contractual, salvo cuando estemos en presencia de expectativas justificadas por comportamientos de la misma Administración o por relaciones preexistentes

¹⁹ Cfr., entre otras, *Cass. 6 de octubre de 1971, n. 2737* (en *Mass. Foro it.*, 1971, c. 806). En el mismo sentido se ha manifestado igualmente la *Corte costituzionale* en su sentencia n. 75 de 1987 (en *Giust. cost.*, 1987).

²⁰ Concretamente en lo que se refiere al embargo del dinero y de los créditos de la Administración, el giro se debe a la sentencia *Cass. Sez. Un. 13 de julio de 1979, n. 4071*, a la que siguieron después muchas otras. Véase, igualmente, *Corte cosí. 21 de julio de 1981, n. 138*, en *Giur. it.*, 1982, I, 1, c. 154 y ss., con comentario de G. GRECO, «La questione dei limiti di pignorabilità dei crediti e del denaro degli enti pubblici al vaglio della Corte costituzionale».

²¹ Cfr. *Cons. Stato Sez. V 22 de marzo de 1995, n. 454* (en *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 1995, págs. 208 y ss.).

tes. Se sostenía, de hecho, que «el particular excluido de la contratación directa no tiene ningún interés legítimo susceptible de tutela, ante la falta de normas que regulen dicho sistema»²².

Los tribunales administrativos han emprendido, sin embargo, un camino diferente, superando así el principio mencionado, ya parcialmente erosionado por la evolución normativa. Del conjunto de disposiciones vigentes en materia de elección del contratista, los tribunales han deducido, de hecho, los elementos esenciales para conservar jurídicamente diferenciada —y, como tal, tutelable— las posiciones de los empresarios que operan en el sector económico interesado, por el mero hecho de ser sujetos potencialmente idóneos para ser contratistas de la Administración. El requisito de la clasificación deriva, según los tribunales, de las capacidades técnicas y profesionales que definen la aptitud de las empresas para ser titulares de los contratos que deben ser adjudicados²³. El acto por el cual la Administración elige la contratación directa produce, respecto al empresario excluido, «una reducción de espacio operativo y, por tanto, una limitación de la esfera de iniciativa económica». Se especifica, además, que «no obsta a la individuación del interés la pertenencia a un conjunto indeterminado de sujetos titulares de un interés similar, desde el momento en que la utilidad reivindicada pertenece por completo a cada uno de ellos y no indivisiblemente a la colectividad de los empresarios»²⁴.

Sin embargo, el principio no encuentra una acogida unánime en la jurisprudencia, y no faltan sentencias que lo han afirmado junto a una serie de límites²⁵. Lo cual representa un gran interés por cuanto afirma que la Administración contratante, además de estar sujeta al régimen jurídico privado, queda posteriormente ligada por vínculos y cargas determinados, para defensa de la igualdad de oportunidades de los potenciales contratistas que concurren.

²² Cass. Sez. Un. 18 de octubre de 1993, n. 10296, que continúa la línea marcada por las anteriores de 21 de septiembre de 1970, n. 1645; 25 de noviembre de 1983, n. 7073; 15 de enero de 1983, n. 328.

²³ TAR Lazio I, 13 de febrero de 1993, n. 233 (en *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 1993, págs. 61 y ss.).

²⁴ TAR Lazio 1, 13 de febrero de 1993, n. 233, ... *op. cit.*

²⁵ Algunas sentencias, de hecho, han sometido el reconocimiento del interés al recurso por parte del empresario excluido sólo en el caso en que la eventual anulación de la elección implicase para la Administración la obligación de convocar un nuevo concurso (TAR Lombardia sez. Brescia, 10 de octubre de 1995, n. 948); en otros casos, en cambio, se ha afirmado que la posibilidad de una cualificación del interés como interés legítimo puede subsistir únicamente allí donde la Administración haya violado las reglas establecidas en el momento de la autolimitación previa (TAR Lombardia, sez. Brescia, 9 de febrero de 1996, n. 148 (en *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 1996, págs. 153 y ss.).

3. LOS ÉXITOS DEL PROCESO DE EROSIÓN DE LOS PRIVILEGIOS PÚBLICOS

La obra jurisprudencial de eliminación de las injustificadas diferencias de tratamiento entre el contratista público y el contratante privado se ha realizado por dos vías.

En primer lugar, se ha negado que la mera presencia de una administración en la relación contractual implique necesariamente la aplicación de principios especiales. En particular, los tribunales han considerado que las exigencias organizativas ligadas a la naturaleza pública del sujeto no justifican *por sí solas* la inobservancia de las normas civiles por parte de la Administración. Esto es evidente en las sentencias relativas a la equiparación del deudor público con el deudor privado, o en el caso de cláusulas abusivas. En otras palabras, se ha rechazado que las normas especiales dictadas para regular algunos ámbitos de la actividad pública, como el ámbito contable, deban suponer una sustracción de la Administración al régimen común, y no, más bien, una contraposición entre las diferentes disciplinas. De ahí que se afirme el principio según el cual, en las relaciones contractuales en las que es parte la Administración, la norma civil debe ser aplicada en tanto en cuanto no venga limitada por una expresa y diferente regulación pública.

Pero los tribunales han ido más allá, y han aplicado principios privados a ámbitos que eran tradicionalmente extraños a tales principios. La copiosa jurisprudencia en tema de responsabilidad precontractual se ha desarrollado, de hecho, sobre la base de que también el ejercicio de potestades administrativas, si bien resulta funcional en el momento de la celebración de un contrato, se traduce en comportamientos que pueden ser valorados según los cánones de la buena fe. No se discute aquí la discrecionalidad del sujeto público en su condición de administrador que ejercita una potestad, sino exclusivamente su adecuada actuación en cuanto contratante respecto a la otra parte. Las dos caras —la del correcto administrador y la del correcto contratante— se encuentran sujetas a criterios de valoración diferentes, pero no por ello se excluyen, coexistiendo ambas en la Administración que contrata.

4. EL RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LOS PRIVILEGIOS DEL SUJETO CONTRATANTE PÚBLICO

La aplicación jurisprudencial del principio de separación entre el correcto administrador y el correcto contratante se encuentra igualmente en las sentencias que, contrariamente a las anteriormente expuestas, han reconocido la legitimidad de las potestades privilegiadas del contratante público. En este contexto, se ha afirmado, de hecho, la tendencia a redefinir las potestades administrativas dentro de los estrechos límites en que aquéllas resultan *funcionales para la tutela de un interés público*. Son significativas a este respecto las sentencias relativas a la potestad de la Administración de no celebrar el contrato y a la autotutela.

En cuanto a la primera, la jurisprudencia ha reconocido la subsistencia de un principio general según el cual la Administración tiene potestad para interrumpir el procedimiento encaminado a la perfección del vínculo contractual cada vez que se verifique una situación contraria al interés público²⁶. Se ha considerado, por ello, legítimo que la Administración pueda desistir en el empeño de llevar a término los trámites emprendidos del procedimiento de elección del contratista, con tal que resulte de un acto expreso, en el que la Administración motive su elección y dé cuenta de las razones de interés público que la lleven a sacrificar el interés del particular que aspira a la contratación²⁷. Esta interpretación no es, en cambio, unánime respecto al contenido que puede fundamentar tal interés para justificar la no celebración del contrato. Numerosas sentencias lo identifican únicamente con el interés económico de la Administración, y declaran admisible que la Administración se niegue a concluir el contrato en el caso en que la oferta del adjudicatario resulte «desproporcionada»²⁸, «excesivamente onerosa»²⁹ o simplemente «no conveniente desde el punto de vista económico de la

²⁶ La jurisprudencia ha sostenido que la potestad de no celebrar el contrato subsiste con independencia de la presencia de una expresa reserva en la convocatoria del concurso (*TAR Piemonte 13 de mayo de 1980, n. 315*, en *Trib. amm. reg.* 1980, I, pág. 2386).

²⁷ Así, *TAR Valle d'Aosta, 18 de diciembre de 1986, n. 127* (en *Arch. giur. oo. pp.*, 1987, pág. 388), para quien la no adjudicación debe motivarse por cuanto, tratándose de un acto que incide negativamente en una posición subjetiva de interés legítimo del concurrente que resultó vencedor del concurso, es preciso conocer los motivos del rechazo para poder valorar su legitimidad.

²⁸ *TAR Veneto, Sez. 1, 31 de marzo de 1993, n. 339* (en *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 1994, págs. 26 y ss.).

²⁹ Un caso reconocido por la jurisprudencia es el de la denegación de adjudicación porque el precio ofrecido por la empresa adjudicataria resultaba demasiado gravoso, incluso en presencia de una única oferta: *TAR Valle d'Aosta 23 de febrero de 1995, n. 16* (en *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 1996, págs. 74 y ss.).

actuación administrativa»³⁰. Mayor acuerdo se da, sin embargo, en los pronunciamientos encaminados a negar que la mera valoración económica pueda justificar un interés público capaz de justificar el sacrificio del derecho del particular³¹, siempre que no se trate de casos en los que el interés en no celebrar el contrato en virtud de las condiciones económicas no tenga una excepcional relevancia o sea determinante.

Respecto al ejercicio de la potestad de autotutela, la problemática ha sido planteada por la jurisprudencia en términos parcialmente contradictorios, desde el momento en el que, en este caso, se trata de potestades que por su naturaleza resultan funcionales a la tutela de un interés público, por cuanto se dirigen a restablecer la legalidad violada (anulación) o a adecuar la acción administrativa a un cambio sustancial sobrevenido de intereses (revocación). La problemática se ha planteado respecto a la determinación de los límites que se aplican a la autotutela al considerar privada la actividad contractual. Desde este punto de vista, no se pueden encontrar novedades especiales en lo que hace referencia a la admisibilidad de la autotutela en la fase que precede a la celebración o al comienzo de la eficacia del contrato. La jurisprudencia, de hecho, ha reafirmado el principio según el cual en dicha fase la Administración, aún no vinculada por la «ley» del contrato, conserva todos los poderes que le competen como autoridad, incluido el de proceder de forma motivada a la anulación de oficio o a la revocación³². En particular, ha reconocido claramente que los citados poderes no encuentran límites ni siquiera en presencia del acto de adjudicación, ni, por tanto, del nacimiento de la correspondiente situación de derecho subjetivo del contratante aspirante³³.

³⁰ Así, *TAR Emilia-Romagna, Bologna Sez. II, 8 de enero de 1993, n. 11* (en *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 1994, pág. 25); *Cons. Stato IV 16 de diciembre de 1980, n. 1219* (en *Cons. Stato*, I, pág. 1681); *Cons. Stato IV 30 de octubre de 1981, n. 94*; *Cons. Stato VI, 30 de abril de 1994, n. 652* (en *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 1994, págs. 344 y ss.).

³¹ Algunas sentencias suscitan cierta perplejidad acerca de la admisibilidad de tal identificación. Así, en particular, *Cons. Stato 30 de julio de 1986, n. 377* (en *Cons. Stato*, I, pág. 876), según la cual «la Administración se encuentra respecto al negocio en un plano de paridad con la otra parte contratante», de donde se deriva que «la autotutela, no encontrando justificación ni en la no legitimidad del procedimiento, ni en un interés público superior, se manifiesta ilegítima por cuanto está orientada, por motivos de índole meramente económica, a apartarse de un vínculo contractual en violación de las normas reguladoras de la formación de los contratos».

³² Así, *Cons. Stato VI, 9 de noviembre de 1994, n. 1597* (en *Giur. it.*, 1995, III, 1, c. 200), en el que se subraya que el interés público alegado en la motivación debe ser «preciso y concreto».

³³ Así, *Cons. Stato Sez. VI, 9 de noviembre de 1994, n. 1597* (en *Giur. it.*, 1995, III, 1, c. 200): «El principio por el cual, en los contratos de la Administración Pública, la adjudicación... señala según la ley el momento del encuentro de la voluntad de la Administración de celebrar el contrato y de la voluntad del particular... así como el nacimiento del *derecho subjetivo* a la

Mayores novedades presentan, en cambio, las sentencias que se refieren al ejercicio de la autotutela en la fase en que el contrato es eficaz y en fase de ejecución. En cuanto a la anulación de oficio de un acto administrativo, de la que se derive la invalidez y consiguiente anulabilidad del contrato³⁴, la jurisprudencia ha actuado en el sentido de deslegitimar cualquier ejercicio del poder que no se fundamente en el interés público, sino exclusivamente en la voluntad de la Administración de sustraerse a las obligaciones asumidas con el contrato. Los actos encaminados a tal fin han sido anulados por exceso de poder³⁵. Y en lo que se refiere a la delimitación del «interés actual y concreto», que es el único que puede justificar la anulación, es preciso señalar aquellas sentencias que, aunque no se refieran específicamente a la materia contractual, han afirmado, sin embargo, un principio de gran importancia que no tardará en aplicarse igualmente a dicha materia. Dicho principio hace referencia al tiempo transcurrido desde que se dictó el acto viciado de ilegalidad, en cuanto elemento que impide la configuración de un interés actual de la Administración para la anulación. Se produce, de hecho, en tales circunstancias una «estabilización» de la relación que tiene como presupuesto el acto juzgado ilegal, hasta el punto de calificar el interés público en el mantenimiento de la relación como interés prevalente respecto al que hace referencia a su revisión³⁶. Resulta evidente la trascendencia de este principio si se aplicara en el ámbito contractual.

Coherente con dicho principio, la jurisprudencia ha negado la legitimidad de la revocación de los actos preparatorios del

adjudicación frente a la Administración, *no excluye la posibilidad a esta última de proceder mediante un acto posterior*, debidamente motivado, que alegue un preciso y concreto interés público, a la revocación del acto correspondiente».

³⁴ Cfr. *Cons. Stato Sez. VI, 5 de octubre de 1988, n. 1118*, citado en E. PICOZZA, A. M. SANDULLI, M. SOLINAS, *I lavori pubblici*, Padova, 1990, pág. 448: «en los supuestos en que el derecho subjetivo aparece unido a intereses legítimos, la anulación del acto administrativo implica la invalidez del negocio jurídico que en el citado acto encuentra su fundamento legal, aunque el vicio del negocio jurídico deberá impugnarse ante el juez ordinario». En el mismo sentido, *Cass. civ. 17 de junio de 1991, n. 6846* (en *Mass. Cass. civ.*, 1991).

³⁵ Así, entre otras, *TAR Lazio 1, 12 de mayo de 1987, n. 1020* (en *Trib. amm. reg.*, 1987, I, pág. 1674).

³⁶ Así, en particular, *Cons. Stato 10 de mayo de 1995, n. 1171/95* (en *Cons. Stato*, 1995, I, pág. 1634), según la cual «el transcurso de un notable lapso de tiempo y la consolidación de posiciones jurídicas subjetivas en favor de los particulares... aun no determinando en absoluto la preclusión del ejercicio del poder de anulación, exige por parte de la Administración una atenta valoración y una completa motivación sobre la actualidad del interés en la anulación: en tal caso *el poder discrecional de la Administración debe ser puesto en relación con la posibilidad de que, pese a constatare eventualmente la ilegitimidad del acto, la eliminación del mismo puede manifestarse contraria al interés público en la medida en que, al alterar una situación consolidada en el tiempo, cause mayores problemas que su conservación*».

contrato en la fase de ejecución de los mismos. Esta jurisprudencia, sumándose a una orientación doctrinal ya consolidada en este sentido, ha afirmado que en la contratación ordinaria el nacimiento, modificación y extinción de derechos subjetivos derivados del negocio jurídico constituye el límite sustancial a la revocación, en el sentido de que los efectos de las medidas que han conducido al contrato no caen ya bajo la libre disponibilidad de la Administración que contrata. Las razones han sido expresadas claramente en una reciente sentencia del Consejo de Estado: «en fase de ejecución del contrato... no se da la copresencia de un procedimiento paralelo al contrato, cuyas consecuencias públicas puedan influir en la relación privada subyacente, pues la ejecución se fundamenta exclusivamente en el vínculo contractual»³⁷.

5. UNA CUESTIÓN ABIERTA: LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN, ENTRE AUTONOMÍA PRIVADA Y FUNCIÓN

La evolución reciente de la jurisprudencia en tema de contratación administrativa ofrece interesantes elementos de reflexión. Por un lado, los principios que emergen del proceso de erosión de los privilegios públicos muestran claramente la diversidad del recorrido seguido en Italia, desde el punto de vista normativo, en comparación con otros países europeos. A diferencia de España, Francia o Alemania, donde, al menos para algunos tipos específicos, se han introducido las figuras de los contratos administrativos, el sistema italiano se ha encaminado más bien al rechazo de las construcciones públicas y a la afirmación de la primacía del régimen privado cada vez que la Administración hace uso del instrumento contractual, incluso para la realización de actividades administrativas.

Al mismo tiempo, es, no obstante, significativo que el mismo proceso de erosión de privilegios —por lo demás fragmentado y no siempre lineal— deje aún hoy día abierta una esfera bastante consistente de especialidad para el contratante público. Esta esfera abarca desde el mantenimiento de aquellas potestades que originariamente fueron definidas por el contratante público normativamente (rescisión unilateral previa indemnización, resolución por incumplimiento, ejecución forzosa, suspensión de la ejecución...), hasta el reconocimiento jurisprudencial de los pri-

³⁷ *Cons. Stato Sez. IV*, 9 de enero de 1996, n. 41 (en *Foro amm.*, 1996, pág. 69).

vilegios de autotutela y de salvaguardia del interés público en el ámbito de la contratación. ¿Qué significado atribuir, pues, a este fenómeno? ¿Es la consecuencia de una tradición normativa de un pasado destinada a sucumbir en el proceso de configuración de un «Derecho común» a sujetos públicos y privados, o más bien responde todavía hoy a las exigencias efectivas de la vida colectiva? La respuesta no resulta fácil, sobre todo si se tiene en cuenta que todavía en la actualidad la esfera propia de especialidad de los contratos de la Administración en Italia no es muy diferente de la que, por otros caminos, se ha constituido para los sujetos públicos en el ordenamiento anglosajón. La comparación de los privilegios atribuidos a la Administración vía normativa y, sobre todo, a través de los tribunales, se muestra, desde este punto de vista, mucho más significativa y rica en elementos de reflexión ³⁸.

En el ordenamiento italiano, la evolución descrita sobre la erosión de los privilegios públicos parece más bien sugerir un cambio de perspectiva en la valoración de la cuestión. El problema no es conseguir una pretendida equiparación de la parte contratante pública a la privada, sino más bien superar los planteamientos tradicionales, que han favorecido el crecimiento de los privilegios ligados a la *tutela del sujeto público*, por unas nuevas que privilegien la *tutela de la función administrativa*. En este sentido, no puede discutirse que la Administración se encuentre sometida al régimen privado allí donde se cuestione su figura de contratante; al mismo tiempo, sin embargo, como la jurisprudencia parece sugerir, se justifica la subsistencia de instituciones especiales allí donde el instrumento contractual no sea completamente idóneo para conseguir el fin público. Resulta, sin embargo, evidente que el terreno sobre el que llevar a cabo un equilibrio entre las dos exigencias contrapuestas de autonomía y función continúa todavía en gran medida por explorar.

III. EVOLUCIÓN NORMATIVA

1. UN CRITERIO DE INTERPRETACIÓN

Pasando ahora a analizar los cambios que se han producido en sede legislativa, conviene adelantar un criterio hermenéutico que pueda contribuir a aclarar el sentido de la evolución norma-

³⁸ Cfr. C. TURPIN, *Government procurement and contracts*, Harlow, 1989; S. ARROWSMITH, *Government Procurement and Judicial Review*, Toronto, 1988; y dentro de la doctrina italiana, M. D'ALBERTI, *I public contracts nell'esperienza britannica*, Napoli, 1984.

tiva. En este ámbito el legislador italiano, al igual que en otros países, se ha encontrado siempre entre dos exigencias, ambas relevantes pero igualmente contrapuestas.

La primera exigencia es la de la garantía, que se descompone a su vez en otras dos: la garantía de la propia Administración contra el posible abuso de sus agentes y la garantía de los terceros interesados en celebrar contratos con la Administración y, por tanto, en que quede asegurada la *par conditio* entre los operadores económicos.

Una segunda exigencia es la de la elasticidad, que exige que la Administración actúe con celeridad, que celebre los contratos de forma que asegure el mejor resultado, y que pueda tener en cuenta los cambios y reaccionar eficazmente ante ellos. A veces, según que prevalezca una u otra exigencia, se ha dado preferencia a la rigidez o a la elasticidad.

Analizaremos, pues, los principales «institutos» de la rigidez y de la elasticidad, para incidir posteriormente en cuáles han sido los más utilizados en la reciente evolución normativa. Como es obvio, la referencia se hace, por un lado, a la cuestión de la selección del contratista, aspecto en el que se sitúa gran parte de la posible arbitrariedad, y, por otro, a aquellos aspectos que tienen lugar durante la ejecución del contrato o al final de la misma, y que no modifican el contenido cuantitativo de aquél.

La graduación rigidez-elasticidad comprende:

a) *la elección de los sujetos que pueden aspirar a la adjudicación del contrato* y que, conforme a una escala decreciente, abarca:

1) desde sistemas *abiertos a todos* (subasta o concurso; proposiciones secretas con obligación de contar con todos aquellos que han respondido al anuncio);

2) pasando por sistemas *abiertos sólo a algunos* (proposiciones secretas con la posibilidad de contar sólo con algunos de los que respondieron al anuncio); una solución intermedia que puede ser posteriormente considerada es la de admitir *a todos aquellos que reúnen determinados requisitos*: certificados de calidad, inscripción en registros concretos, cantidad de facturación y/o de suministros similares durante un cierto número de años;

3) hasta sistemas que establecen la libre elección de la Administración (contratación directa) con o sin publicación del anuncio y con un número más o menos amplio de empresas a invitar al procedimiento.

b) *el modo en el que se formula la proposición y cómo puede ser valorada*:

1) puede tratarse de una *predeterminación total* que deje espacio únicamente para la proposición con el *precio más bajo*;

2) el abono del precio puede establecerse de forma total o fraccionada conforme se realicen determinadas unidades de trabajo, lo que permite una mayor elasticidad, o una solución intermedia (en parte total y en parte fraccionado):

3) el grado de predeterminación puede variar también según el carácter completo o incompleto del *proyecto de obra* (preliminar, definitivo, ejecutivo);

4) mayor elasticidad se tiene con el sistema de valoración de *la proposición más conveniente*, que permite apreciar la calidad del oferente (su experiencia, su solidez financiera) o el contenido de la prestación (infraestructuras más consistentes respecto al mínimo exigido) con obligación o no de predeterminar total o parcialmente los criterios de valoración y con una puntuación variable que atribuir al precio;

5) y se goza de una gran elasticidad, finalmente, en el concurso puesto que los licitadores contribuyen a determinar el contenido de la prestación que viene a ser objeto de una valoración discrecional de la Administración.

Hay que considerar, por último, que se puede o no atribuir a la Administración la posibilidad de valorar la eventual *anomalía de la oferta*.

En cuanto a los aspectos de rigidez-elasticidad que pueden intervenir en el curso de la ejecución del contrato o al término del mismo, los más significativos son los que hacen referencia al *ius variandi* o poder de modificación, a *la revisión de precios*, a *la subcontratación* y, en los contratos de suministros y de gestión de servicios, la mayor o menor posibilidad de una *novación* total o parcial.

Finalmente, es preciso añadir que puede ser más o menos amplio el *ámbito subjetivo* de aplicación de las normas sobre contratos de la Administraciones Públicas, según se refieran a las Administraciones Públicas en sentido estricto o a los organismos de Derecho Público en el sentido de las normas comunitarias, o también a otros sujetos no contemplados por dichas normas.

2. LAS MODIFICACIONES DERIVADAS DE LAS NORMAS COMUNITARIAS

Las exigencias derivadas de la formación de un mercado único europeo, que están en la base de las conocidas directivas en la materia, han producido en cada uno de los países una mayor protección de la competencia también entre los operadores

nacionales, además de entre éstos y los de los demás países de la Unión Europea.

Aparte de las innovaciones en el plano normativo, ha tenido lugar un efecto en los comportamientos por cuanto la elaboración de una nueva normativa ha sido la ocasión de eliminar algunas prácticas elusivas de la normativa anterior, incluso cuando las instituciones estaban ya previstas por ella. El caso emblemático es el de la contratación directa, que estaba ya prevista como excepcional por las normas internas, pero a la que las Administraciones recurrieron ampliamente utilizando el instituto de la urgencia que, por otra parte, viene igualmente previsto en las normas comunitarias y en las normas internas de recepción³⁹. Hay que señalar, por lo demás, que las directivas comunitarias y las normas de recepción han aumentado en algunos aspectos la elasticidad de los procedimientos, introduciendo, por ejemplo, el sistema de elección del contratista basado en la oferta más conveniente.

Las directivas comunitarias, más que introducir importantes rigideces respecto a la disciplina anterior, han incidido sobre todo en aquellos institutos que permiten ampliar el ámbito de los posibles contratantes, o reforzar su tutela⁴⁰.

Las modificaciones más importantes han sido:

— la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de la normativa pública a figuras subjetivas (los «organismos de Derecho Público») cuyo carácter público viene identificado por elementos sustantivos así como por la calificación formal que de ellos hace el ordenamiento interno. También a este respecto la ampliación es de tipo comunitario: sólo con una aproximación sustancial se puede elaborar una disciplina unitaria a instituciones que en cada país tienen calificaciones diferentes. En el ordenamiento italiano, en el que actualmente no resulta claro el fenómeno de las privatizaciones formales (la transformación en sociedades por acciones de los entes públicos sin que ello se corresponda con modificaciones sustanciales en la actividad y en

³⁹ Cfr. A. MARI, «Gli appalti pubblici senza gare», en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, págs. 187 y ss.; de los datos recogidos resulta que el tanto por ciento de contratos de obras públicas celebrados sin recurrir a sistemas competitivos ascendía en 1990 al 50 por 100.

⁴⁰ Esto resulta particularmente significativo respecto a la introducción de una de resarcimiento por la lesión de intereses legítimos del contratante, debida a la violación por parte de la Administración de las normas comunitarias en materia de procedimiento de adjudicación de obras. Cfr., al respecto, U. BRUNI, «Risarcimento del danno in appalti e forniture: tutela della normativa comunitaria e art. 13 della l. 19 febbraio 1992, n. 142», en *Nuova Rass.*, 1992, págs. 1351 y ss.; A. PACE, «Il problema della risarcibilità del danno derivante da lesione di interessi legittimi in materia di appalti di lavori o di forniture», en *Ann. it.* 1993, págs. 597 y ss.

el propietario), esto ha producido el efecto de incluir estas figuras en las «Administraciones adjudicatarias»;

- una mayor publicidad de los anuncios;
- requisitos no demasiado restrictivos para presentar las solicitudes de participación y las proposiciones;
- el reforzamiento de las asociaciones temporales de empresas para permitir la participación en los concursos a empresas de menor dimensión.

Estos aspectos encuentran aplicación en todos los sectores de los contratos y han sido recibidos por las normas internas ⁴¹. Estas últimas, salvo detalles de escasa importancia, se han limitado a copiar las directivas comunitarias en lo que respecta a los suministros (D. lgs. 24 de julio de 1992, n. 358) ⁴², la gestión de servicios (D. lgs. 17 de marzo de 1995, n. 157) y los sectores excluidos (D. lgs. 17 de marzo de 1995, n. 158). En los demás ámbitos las directivas eran ya lo suficientemente detalladas y, por tanto, los jueces nacionales las aplicaban directamente incluso antes de las normas de recepción. En todos estos sectores, en consecuencia, la regulación interna coincide sustancialmente con la comunitaria.

3. LA PARTICULAR RIGIDEZ DE LA LEY DE 11 DE FEBRERO DE 1994, N. 109, SOBRE OBRAS PÚBLICAS (LEY «MERLONI»)

Más inspirada en el asunto «Tangentópolis» que en la necesidad de trasponer las directivas comunitarias, la citada Ley sobre Obras públicas ha regulado la materia con una rigidez superior a la de las directivas comunitarias ⁴³.

⁴¹ Cfr. CANCRINI, «Le direttive comunitarie sui lavori pubblici e la legislazione nazionale», en *Appalti Pubblici, disciplina comunitaria ed adeguamento nazionale*, dirigido por LEANZA, Roma, 1993, págs. 57 y ss.; P. LA ROCCA, «Appalti di lavori pubblici e di pubbliche forniture», en *Nuova Rass.*, 1992, pág. 471; A. VIGONE, «Procedure per l'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici e di pubbliche forniture. Considerazioni sui decreti legislativi, n. 406, del 19 dicembre 1991 e n. 48 del 15 gennaio 1992 per l'attuazione rispettivamente delle direttive n. 89/440/CEE, e n. 88/295/CEE», en *Nuova Rass.*, 1992, págs. 1574 y ss.; G. CENTONZE, «Appalti pubblici di forniture: d. leg. 15 gennaio 1992, n. 48, di attuazione della direttiva n. 88/295/CEE», en *Amm. it.*, 1992, fasc.; G. TERRACCIANO, «Appalti di servizi e appalti di forniture: individuazione dell'oggetto del contratto e i contratti misti nella disciplina nazionale e comunitaria», en *Cons. Stato.*, 1996, II, págs. 148 y ss.

⁴² Cfr. al respecto A. VIGONE, «Procedure per l'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici e di pubbliche forniture. Considerazioni sul d. leg. n. 358 del 24 luglio 1992», en *Nuova Rass.*, 1992, págs. 2397 y ss.; M. L. CELORIA, A. COLOMBO, E. CODINI, A. FOSSATI, *Gli appalti pubblici di forniture*, Milano, 1993.

⁴³ Cfr. F. MERLONI, «La legge quadro in materia di lavori pubblici», en *Riv. Pol. Ec.*, 1994, III, págs. 39 y ss.; A. CARULLO, A. CLARIZIA, *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, Padova, 1994.

Las tentativas de invocar la ilegalidad de la ley por ser contraria a las directivas han quedado frustradas porque se ha considerado, con razón, que las directivas comunitarias no impedían la aprobación de normas internas de contenido diferente allí donde éstas garanticen mejor los principios de la libre competencia. Por este motivo, la única disposición de la ley «Merloni» que fue anulada por disconformidad con las directivas ha sido aquella que preveía la exclusión automática de las «ofertas anómalas», así como la valoración de las mismas por parte de la Administración.

Los problemas que se derivaban de todo ello indujeron al Gobierno Berlusconi, apenas constituido, a suspender la aplicación de la ley. El Gobierno Dini, que sucedió a aquél, devolvió la eficacia a la ley incluyendo, mediante el D.L. de 3 de abril de 1995, n. 101, algunas modificaciones no muy relevantes. La más importante fue remitir la entrada en vigor de algunas normas de la ley a la aprobación del reglamento previsto por la propia ley y que aún no había sido dictado; no obstante, la regulación esencial de la ley ya está vigente.

Las principales innovaciones son las siguientes:

— se constituye un sistema de información y vigilancia mediante la creación de una Autoridad sobre las obras públicas, de un Servicio de inspección y de un Observatorio;

— se refuerzan las funciones del responsable del procedimiento (figura introducida en la legislación italiana por la Ley de 8 de agosto de 1990, n. 241, sobre el procedimiento administrativo);

— se crea un sistema de clasificación que se propone una comprobación sustancial (y no sólo cuantitativa) de la calidad de las empresas; en consecuencia, a partir del 1 de enero del 2000, el Registro de constructores será suprimido;

— se convierte en central la programación de las obras, y a la que se da efectividad para que se asegure la disponibilidad financiera mediante paquetes o lotes sucesivos y se impide a las Administraciones (salvo excepciones tasadas) financiar obras no incluidas en el programa;

— se regula la actividad de planeamiento en los tres momentos que la componen (preliminar, definitiva y ejecutiva), a cada uno de los cuales corresponden fases susceptibles de control, y que obligan a las Administraciones a dotarse de un adecuado plantel de profesionales en la medida en que se establece que las obras tienen por objeto un proyecto de ejecución;

— desaparecen las cesiones de contrato y las concesiones de mera ejecución, por cuanto se prohíbe confiar al adjudicatario tan sólo la tarea de contratar, y se prevé la concesión de la

ejecución de una obra pública sólo en la medida en que sea prevista también la gestión;

— el límite del importe del presupuesto del contrato de obra a partir del cual se aplica la normativa especial es inferior a los cinco millones de ecus previstos por la directiva comunitaria, y se fija en 150.000 ecus;

— se limita la contratación con uniones de empresas;

— el espacio reservado a la contratación directa queda estrecha y rigurosamente limitado;

— se admite el concurso únicamente en casos particulares y debe ser aprobado por los órganos nacionales de control;

— en caso de proposiciones secretas, se impone la obligación de invitar a todos aquellos que hayan presentado solicitud, por lo que se realiza una identificación sustancial de la licitación con la subasta pública;

— viene prácticamente generalizada la previsión del precio cerrado y abono total del precio de los contratos (aunque el D.L. 101/1995 haya vuelto a introducir parcialmente la posibilidad de abono del precio por unidades de ejecución de la prestación);

— se limitan los anticipos, los subcontratos y se refuerza el sistema de fianzas y garantías de la contratación.

Actualmente se encuentra en tramitación parlamentaria un proyecto de ley que lima algunas de las asperezas sin modificar, no obstante, la inspiración esencial de la ley.

La evolución futura mostrará qué parte de estas normas deberá considerarse como legislación de emergencia y qué parte, en cambio, permanecerá en la regulación posterior.