

PROXIMIDAD Y RESILIENCIA: VIEJOS Y NUEVOS DESAFÍOS PARA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ITALIA

Por

ROBERTO CARANTA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Turin

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho Administrativo 64 (2023)

RESUMEN: El régimen de las compras públicas a nivel internacional, regional y local está conformado por la ideología de libre comercio entre naciones. Históricamente Italia utilizaba las compras públicas como una palanca para conseguir el desarrollo económico de sus áreas menos favorecidas. Por supuesto Italia fue muy lenta en adecuarse a las reglas europeas del mercado interior. Es verdad que el libre comercio impulsa a las empresas a deslocalizar las producciones en países donde los gastos son menores, incluso porque menores son las protecciones del medio ambiente y de los trabajadores. El súbito cambio climático, el COVID y el conflicto Ucranio hicieron manifiestos los límites de una idea de compras públicas que se basa sobre el libre comercio. El cambio climático debe ser combatido con todas las medidas posibles, también con compras públicas verdes. El COVID y el conflicto Ucranio dejaron muchos países e incluidos algunos europeos sin productos de primera necesidad por el derrumbamiento de las cadenas de suministro globales. Italia ha sido bastante rápida en tiempos más cercanos en la adopción de leyes que favorezcan e incluso comandan las compras verdes y socialmente responsable. El desafío hoy es dibujar un sistema de compras públicas que sea resiliente sin por eso comprometer al comercio internacional y al mercado interior de la UE más de lo que sea necesario. Italia intentó algunas vías, pero no parece de ver un dibujo bastante coherente.

PALABRAS CLAVES: contratos públicos, Italia, Locales, Resiliencia

SUMARIO: 1) Introducción: nociones muy básicas sobre neoliberalismo, libre mercado y contratos públicos. 2) Italia encuentra el derecho europeo de los contratos públicos. 3) El liderazgo de Italia en las compras verdes: los criterios ambientales mínimos. 4) La protección de los trabajadores. 5) Recuperar después de dos choques: el incierto camino hasta la resiliencia. 6) Conclusiones.

PROXIMITY AND RESILIENCE: OLD AND NEW CHALLENGES FOR PUBLIC CONTRACTS IN ITALY

ABSTRACT: The current development model underpinning public procurement regulation is based on open trade. Traditionally, Italy used public procurement to the advantage of its less developed regions and resisted opening its market to EU wide competition. Open trade led to delocalisation of production in countries where costs are lower, including because of weaker workers' rights and laxer social and/or environmental standards. The climate crisis, COVID and the war in Ukraine have all exposed the weaknesses and shortcomings of the procurement model based on open trade. The first requires all efforts to be undertaken to slow global warming. The latter have left many countries exposed to the breakdowns in the global supply chains. Italy was slow in accepting

compliance with internal market rules, but rather fast in a more recent time to adopt sustainable procurement rules benefiting the environment and protecting social rights. The issue today is how to achieve resilience without compromising more than necessary free trade and the internal market. Italy has tried a number of measures, but they do not seem to follow a coherent design.

KEY WORDS: Procurement; SPP, Italy, Localism, Proximity, Resilience.

SUMMARY: 1) Introduction: neoliberalism and public procurement. 2) The internal market shock and the abrupt end to procurement as a tool for regional development. 3) Italy's lead in embracing GPP: minimum environmental criteria. 4) Protecting workers' rights. 5) Recovering from a twin shock: uncertain ways to achieve resilience. 6) Conclusions.

1. INTRODUCCIÓN: NOCIONES MUY BÁSICAS SOBRE NEOLIBERALISMO, LIBRE MERCADO Y CONTRATOS PÚBLICOS

Después de la caída del muro de Berlín, el neoliberalismo se mudó a la ideología dominante no sólo en los países occidentales sino casi en todo el mundo. Según esta ideología, que predica el dogma de la mayor eficiencia de los privados en relación con el Estado, las intervenciones de éste en la economía deben ser mínimas como mínimas deben de ser las restricciones legislativas sobre las empresas. Por eso, los estados deben acabar con los monopolios públicos y los servicios públicos deben ser externalizados. Lo del libre mercado es uno de los capítulos más básicos del neoliberalismo. Las empresas deben ser libres de decidir donde comprar, donde vender y dónde producir, incluyendo en otros países si lo estiman más eficiente.

El neoliberalismo afecta también a los mercados públicos. Las externalizaciones crean nuevos mercados. Los Estados no pueden, como era el caso antes, reservar los contratos públicos para las empresas nacionales o locales. Los países más desarrollados están vinculados por el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP). El objetivo fundamental del ACP es la apertura mutua de los mercados de contratación pública entre las Partes y para alcanzar ese objetivo las Partes deben garantizar condiciones de competencia abiertas, equitativas y transparentes en lo que toca los contratos públicos incluidos en el Acuerdo.

Mas antes de la transición neoliberal, la Comunidad económica europea (CEE) fue creada en torno a uno de los pilares básicos de esa ideología, es decir, el libre mercado. Todavía, en la CEE el libre mercado no representaba - y no representa - necesariamente un asunto ideológicamente caracterizado. Es un instrumento de integración de las economías y finalmente de los países miembros. En efecto, incluso según sus Tratados actuales la Unión europea no impone privatización y tampoco la externalización. Por el contrario, el Artículo 345 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) deja claro que "Los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros". Además y por evitar malentendidos el Artículo 1 del Protocolo No 26 del TFUE incluye los valores comunes de la Unión con respecto a los servicios de interés

económico general "el papel esencial y la amplia capacidad de discreción de las autoridades nacionales, regionales y locales para prestar, encargar y organizar los servicios de interés económico general lo más cercanos posible a las necesidades de los usuarios" y también "la diversidad de los servicios de interés económico general y la disparidad de las necesidades y preferencias de los usuarios que pueden resultar de las diferentes situaciones geográficas, sociales y culturales".

Por tanto, el mercado hoy llamado interior debe ser libre y todos los operadores económicos de la Unión tienen derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos que presenten un interés transfronterizo. Como lo repitió el Tribunal de Justicia de la UE en el asunto *Tecnoedi Costruzioni*, "De conformidad con la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la adjudicación de contratos que, por su valor, no están incluidos en el ámbito de aplicación de las Directivas sobre adjudicación de los contratos públicos está no obstante sujeta a las normas fundamentales y a los principios generales del Tratado FUE, en concreto a los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, y a la obligación de transparencia que de ellos se deriva, siempre que tales contratos presenten un interés transfronterizo cierto" (apartado 19)¹.

2. ITALIA ENCUENTRA EL DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

Como es bien sabido, las reglas más generales en los Tratados europeos sobre las libertades de circulación y de establecimiento no fueron bastante para establecer un verdadero mercado interior. Muchísimos actos de derecho derivado o secundario fueron aprobados en áreas muy diferentes del mercado interior, incluida la de los contratos públicos. Las dos primeras directivas en nuestra materia fueron la Directiva 71/304/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, relativa a la supresión de restricciones a la libre prestación de servicios en el sector de los contratos administrativos de obras y a la adjudicación de contratos administrativos de obras por medio de agencias o sucursales y su gemela la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

Por razones variadas incluyendo una gran inestabilidad política y crisis de gobierno frecuentes y frecuentes elecciones, Italia tuvo mucho retraso en implementar las directivas. Entretanto Italia continuó adoptando medidas para cerrar el mercado nacional en beneficio de las empresas italianas y, en algunos casos, de las empresas establecidas en las regiones del sur de Italia y en sus islas que eran - y muchas aún son - menos desarrolladas

¹ STJCE 6-10-2016 asunto *Tecnoedi Costruzioni*, C-318/15.

que las restantes regiones del país. Algunos asuntos del Tribunal de Justicia UE surgidos de procedimientos por incumplimiento merecen ser recordados aquí.

La ley 29 mayo 1982, No 308 previó, en su artículo 13, un desembolso de 6 000 millones de liras, a razón de 2 000 millones de liras durante el año 1982 y de 4 000 millones de liras durante el año 1983, para la concesión de una ayuda financiera, hasta un importe del 20 % del coste del vehículo y de la instalación fija, a las empresas gestoras de servicios de transporte público municipal, si dichas empresas adquieren vehículos para uso urbano, de tracción eléctrica o mixta, fabricados en Italia. Por supuesto en aquella época se trataba de ferrocarriles de tranvía urbano y no de autobuses eléctricos. Pero el Gobierno italiano intentó defender la ley alegando que ella perseguía objetivos en materia de política energética, así como en materia de investigación y desarrollo porque la ley tenía por objeto ayudar a las empresas municipales a comprar vehículos de menor consumo de energía y, de este modo, orientar a los fabricantes italianos hacia la construcción de tales vehículos. La política energética y la preferencia a favor de las empresas nacionales estaban ligadas de manera muy estrecha.

En sus conclusiones el Abogado General Lenz estimó que “Un incentivo tan claro orienta la demanda, sin duda, hacia los productos nacionales en detrimento de los productos importados, reduciéndose, por tanto, el flujo de las importaciones”². El Abogado General excluyó también que la medida estuviera orientada a inducir a las empresas municipales de transporte a la compra de vehículos de tracción eléctrica o mixta, porque esa finalidad se hubiera cumplido igualmente a través de compras en el extranjero³. El Tribunal de Justicia no tuvo duda alguna en concluir que “es evidente que la disposición italiana controvertida, al incitar a la compra de vehículos de producción nacional, debe ser calificada de medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa prohibida por el artículo 30 del Tratado” (hoy el artículo 34 del TFUE)⁴.

El asunto es iluminante sobre múltiples aspectos de la política de los contratos públicos. La ley antes citada era un claro ejemplo de la tendencia de Italia - y de la mayoría de los estados - de utilizar los contratos públicos como instrumento para favorecer a sus propias empresas. Luego se ve que los estados intentan desguazar la medida proteccionista prohibida como medida necesaria para conseguir algunos destacados intereses públicos cual en ese caso el del ahorro energético. Finalmente, la Comisión planteó el asunto sobre las reglas en el mismo Tratado, sin apoyarse sobre las directivas de contratos públicos sin hacer referencia a las directivas vigentes en aquel momento. Esto no debe

² Apartado 2 de las conclusiones presentadas el 28 de enero de 1986.

³ Apartado 4.

⁴ STJCE 5-6-1986 asunto Comisión c. Italia, 103/84.

sorprender primero porque la ley italiana enfrentaba a los principios más básicos del libre mercado en general y del mercado interno en lo específico y segundo porque las directivas aún no se ocupaban de las utilities como los transportes.

El segundo asunto que debe ser recordado aquí es *Du Pont de Nemours*, también planteado con referencia al Tratado, pero, a su vez, con referencia de la Directiva 77/62 del Consejo de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministros⁵. La Ley 64/86 extendió el régimen de preferencias existente en favor de las regiones meridionales de Italia, tanto en su aspecto objetivo como en el subjetivo. De acuerdo con esta Ley, las administraciones públicas, Regiones, Provincias, Municipios, unidades locales de sanidad, asociaciones de municipios de montaña, Sociedades y organismos con participación estatal, Universidades y hospitales independientes estaban obligadas a adquirir al menos un 30 % del material necesario a empresas que disponían de fábricas o instalaciones fijas dentro del territorio objeto de la preferencia donde debían fabricarse los productos. A consecuencia de ello, una unidad local de Sanidad de Toscana estableció las cláusulas particulares para la adjudicación de contratos para el suministro de películas y líquidos de radiología, acompañando dicha resolución de un pliego de cláusulas donde dividía los suministros en dos partes, reservando una de ellas, que se elevaba al 30 % del volumen total de compras, a empresas establecidas en el Mezzogiorno (sur de Italia). Du Pont de Nemours obtuvo la adjudicación del 70 % del volumen de compras, pero fue excluida del concurso para el suministro del 30 % restante por no poseer ningún establecimiento en el Mezzogiorno. El Tribunal Administrativo de la Toscana dirigió al Tribunal de Justicia unas peticiones de decisión prejudicial. La primera pregunta se refería a si el artículo 30 del Tratado CEE se opone al régimen controvertido del Estado miembro. Además, el órgano jurisdiccional remitente solicitaba que se aclare si se puede calificar el régimen citado de «ayuda» en el sentido de lo que hoy se ha convertido en el artículo 107 del TFUE.

El Abogado General Lenz estimó que, "Aunque no todos los fabricantes italianos se aprovechen del régimen de reserva, casi siempre las empresas favorecidas son las del propio país"⁶. Por tanto, la medida era claramente discriminatoria. Además, "La extensión de los obstáculos al comercio provocados por el régimen de reserva" obligaba a "calificarlo de medida de efecto equivalente con arreglo al artículo 30" en razón del tamaño del territorio favorecido y de la abundancia de organismos obligados por dicho régimen⁷. También el Abogado General excluyó que la medida pudiera estar justificada como una

⁵ STJCE 29-3-1990 asunto Du Pont de Nemours, C-21/88.

⁶ Apartado 35 de las conclusiones presentadas el 28 de noviembre de 1989.

⁷ Apartado 36.

excepción a la libre circulación en virtud de los intereses públicos considerados por lo que hoy es el artículo 36 del TFUE. Y ello no solo porque se trata de una medida de carácter excepcional y, por tanto, es preciso darle una interpretación restrictiva, sino porque el desarrollo regional es un objetivo plenamente reconocido por el Tratado que establece los requisitos que deben cumplir las ayudas para ser consideradas como legítimas. “Por consiguiente, no se puede reconocer el carácter de exigencia imperativa a las medidas de fomento regional. Además, está establecido un principio conforme al cual un Estado miembro no puede ampararse en exigencias imperativas para proteger su economía nacional”⁸. Por lo que se refiere a la Directiva 77/62 sobre los contratos públicos de suministros, el Abogado general concluyó que la directiva producía efectos análogos a los del artículo 30 del Tratado CEE y algunas normas de la directiva que hicieron excepción a libre circulación debieron ser interpretadas a la luz del Tratado⁹. Finalmente, el carácter como ayuda de la medida es dubitativamente excluido, pero acaso fuera una ayuda esa fue ilegal porque nunca fue notificada¹⁰.

El Tribunal de Justicia observó que la Directiva 77/62 reitera que “en virtud de los artículos 30 y siguientes del Tratado, están prohibidas las restricciones a la libre circulación de mercancías en el sector de los suministros públicos”¹¹. Por supuesto, las medidas que favorecen a las empresas establecidas en el sur de Italia “impiden que las administraciones y organismos públicos afectados se abastezcan, para satisfacer una parte de sus necesidades, de empresas situadas en otros” y por consiguiente “los productos originarios de otros Estados miembros son discriminados con relación a los productos fabricados en el Estado miembro de que se trata, y que de este modo se obstaculiza el normal curso de los intercambios intracomunitarios”¹². Siguiendo las conclusiones del Abogado General, el Tribunal repite que la Directiva 77/62 no se puede interpretar en el sentido de que autoriza la aplicación de una legislación nacional cuyas disposiciones infrinjan las del Tratado”¹³. La clasificación posible de la medida como ayuda de Estado tampoco autoriza derogar al Tratado¹⁴.

Una vez más Italia había intentado mantener e incluso reforzar un régimen de las compras públicas básicamente proteccionista. El libre mercado consagrado por el Tratado

⁸ Apartados 45 y 59.

⁹ Apartado 55.

¹⁰ Apartados 58 ss.

¹¹ STJCE 29-3-1990 asunto Du Pont de Nemours, C-21/88, apartado 9.

¹² Apartado 11.

¹³ Apartado 17.

¹⁴ Apartado 21.

se erigió como un obstáculo insuperable frente a esta política. El análisis de la Directiva 77/62 es limitado y al final el Tribunal de Justicia concluyó de manera clara y bien fundada que la misma confirmaba las reglas provenientes del Tratado y no hizo - ni hubiera podido hacer - excepción a la prohibición de restricciones a la libre circulación de mercancías. Tampoco el régimen de preferencias en favor de las empresas establecidas en las regiones meridionales de Italia hubiera podido ser justificado como exigencia imperativa en el interés del desarrollo económico de una parte de Europa. Como señaló el propio Abogado General, "En la medida en que no se pueda deducir del régimen de preferencia discutido que persigue exclusivamente fines proteccionistas, se debe considerar como una medida de fomento regional". Es cierto que el desarrollo regional es un objetivo plenamente reconocido por el Tratado, pero es el Tratado mismo el que regula las formas de ayudas legítimas¹⁵. Por supuesto no ayudó a Italia la observación de que finalmente "un régimen de preferencias válido durante décadas también podía haberse propuesto y haber conseguido el establecimiento de nuevas industrias, lo que de ningún modo implica una actividad no rentable, de modo que las mercancías allí producidas podían salir sin duda al mercado a precios competitivos"¹⁶. El proteccionismo en Italia es antiguo, y con la autarquía fascista alcanzó niveles ridículos como cuando se pretendió utilizar sucedáneos locales al propio café y chocolate. Pero el sur de Italia aún está menos desarrollado que otras partes del país¹⁷.

En el específico ámbito de los contratos públicos, los asuntos subsiguientes sometidos al TJUE ya no versaron sobre medidas abiertamente proteccionistas. Muchas sentencias tratan sobre violaciones de reglas específicas de las directivas de contratos públicos, directivas que son cada vez más y más detalladas. Muchas veces la igualdad de trato así como otros principios generales del Derecho europeo de los contratos públicos (v. gr. transparencia) se invocan en bloque para motivar interpretaciones que favorezcan el concurso más amplio posible de operadores económicos. Por ejemplo, el TJUE consideró como contraria a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios, así como al principio general de no discriminación, la aplicación de la norma de la exclusión automática de las ofertas anormalmente bajas a los contratos que tengan un interés transfronterizo cierto. Al entender del Tribunal, que la exclusión automática puede constituir "una discriminación indirecta, al colocar en la práctica en situación de desventaja a los operadores de otros Estados miembros que, por tener estructuras de costes

¹⁵ Apartado 44 de las conclusiones del Abogado General Lenz.

¹⁶ Apartado 58.

¹⁷ Véase Banca d'Italia, *Il divario Nord-Sud: sviluppo economico e intervento pubblico*, https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/collana-seminari-convegni/2022-0025/n-25_mezzogiorno.pdf

diferentes, poder beneficiarse de importantes economías de escala o estar dispuestos a reducir sus márgenes de beneficio para poder penetrar de manera más eficaz en el mercado considerado, podrían presentar una oferta competitiva y, al mismo tiempo, sería y fiable, que, no obstante, no podría ser tenida en cuenta por el poder adjudicador en virtud de la mencionada normativa”¹⁸. El riesgo de discriminación es muy débil y por cierto la normativa italiana sobre exclusión automática estaba motivada por razones de simplificación de los procedimientos de adjudicación y no ocultaba intentos discriminatorios.

Pero hay asuntos sobre prácticas específicas que por falta total de transparencia tienen vocación de favorecer empresas locales y muchas veces operadores económicos específicos. Son los casos de los procedimientos negociados sin publicidad y de las modificaciones al contrato. Un asunto del primer tipo se planteó antes el TJUE en un procedimiento de infracción contra Italia para haber seguido una práctica, existente desde hace mucho tiempo y que continúa en vigor, consistente en adjudicar directamente a Agusta SpA – que es una empresa italiana - contratos para la adquisición de helicópteros de las marcas Agusta y Agusta Bell, destinados a cubrir las necesidades de los distintos cuerpos militares y civiles del Estado italiano, sin haber seguido ningún procedimiento de licitación¹⁹. La Comisión estimó que el artículo 6 de la Directiva 93/36 debió haber sido aplicado a la adjudicación de estos contratos que debían haber sido el objeto de un procedimiento abierto o de un procedimiento restringido, pero no de un procedimiento negociado. El TJUE rechazó la defensa de Italia que pretendía justificar el recurso al procedimiento negociado en razones de exigencias legítimas de interés nacional y de homogeneidad de la flota de helicópteros. En efecto, si el Tratado prevé excepciones aplicables en caso de situaciones que pueden poner en peligro la seguridad pública, pero esos artículos “se refieren a unos supuestos excepcionales claramente delimitados” y no puede deducirse de ellos que “exista una reserva general, inherente al Tratado, que excluya del ámbito de aplicación del Derecho comunitario cualquier medida adoptada por motivos de seguridad pública”²⁰. En general, las excepciones a las normas que tienen como finalidad garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos “deben ser objeto de una interpretación restrictiva” y por lo tanto los Estados miembros no pueden, so pena de privar a las directivas sobre los

¹⁸ STJCE 15-5-2008 asuntos acumulados Secap, C-147/06 y C-148/06, apartado 16.

¹⁹ STJCE 8-4-2008 asunto Comisión c. Italia, C-337/05; véase X. Lazo Vitoria, Los contratos públicos sobre defensa y seguridad en el mercado europeo en *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, 2008. 99 y M. Trybus, ‘Case C-337/05, Commission v. Italy (Agusta and Agusta Bell Helicopters), judgment of the Court (Grand Chamber) of 8 April 2008, not yet reported; and Case C-157/06, Commission v. Italy, judgment of the Court (Second Chamber) of 2 October 2008, not yet reported’ en *Common Market Law Review* 2009, 973.

²⁰ Apartado 43.

contratos públicos de su efecto útil, "prever unos supuestos de utilización del procedimiento negociado no previstos en la citada Directiva, como tampoco establecer para los supuestos expresamente previstos por la Directiva nuevas condiciones que tengan por efecto hacer más cómoda la utilización del citado procedimiento".²¹

Por lo que respecta a las modificaciones, en un procedimiento de infracción contra Italia el TJUE reiteró que "el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que de él se deriva se oponen a que, con posterioridad a la adjudicación de un contrato de concesión de obras públicas, el poder adjudicador de la concesión y el concesionario modifiquen las estipulaciones de su contrato de concesión de tal modo que estas pasen a presentar características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial. Así sucede cuando las modificaciones previstas tengan por efecto bien que se amplíe en gran medida el contrato de concesión de obras públicas incluyendo en él elementos no previstos, bien que se altere el equilibrio económico de dicho contrato en favor del concesionario, o cuando esas modificaciones puedan cuestionar la adjudicación de la concesión de obras públicas en el sentido de que, si se hubieran incluido en la documentación que regía el procedimiento inicial de adjudicación de la concesión, se habría seleccionado otra oferta o habrían podido participar otros licitadores"²². Por supuesto, el contrato de concesión del cual era cuestión el Tribunal piensa aquí en otros licitadores provenientes de otros Estados Miembros. Como lo señaló la Abogado General Kokott en *Presstetext* - el primer asunto sobre la modificación de los contratos públicos durante su ejecución - "La coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos tiene por objeto suprimir las trabas a la libre circulación de servicios y de mercancías y proteger los intereses de los operadores económicos de otros Estados miembros. Se trata de evitar que los poderes públicos adjudicadores den preferencia a los licitadores o candidatos nacionales y que se guíen en la adjudicación de contratos por consideraciones que no tengan carácter económico". En atención a estos objetivos, "las *modificaciones esenciales del contrato*, que sean capaces, en el caso concreto, de falsear la competencia en el mercado de que se trate y de dar preferencia a los contratistas del adjudicador público frente a otros posibles prestadores de servicios justifican la realización de un nuevo procedimiento de adjudicación"²³.

²¹ Apartado 57; el Tribunal se refiere entre otras sentencias a STJCE 13-1-2005, asunto Comisión/España, C-84/03.

²² STJCE 18-9-2019 asunto Comisión c. Italia, C-526/17, apartado 58.

²³ Apartados 46 y 48 de las conclusiones presentadas el 13 de marzo de 2008 sobre Asunto C-454/06

presstetext Nachrichtenagentur GmbH.

Al parecer, perdida la guerra abierta para proteger por leyes sus empresas, Italia empezó una guerrilla por limitar la competencia en casos singulares, pero de bastante envergadura. No obstante, las discriminaciones directas han continuado a ser sancionadas por la jurisprudencia. Basta para ello con hacer referencia a dos asuntos decididos por el Tribunal Constitucional italiano sobre leyes regionales que previeron preferencias en las compras públicas de servicios de restauración colectiva por los productos cultivados en la región. Las leyes fueron impugnadas por el gobierno, pero basándose en bases constitucionales diferentes (el mandato bíblico que no sepa tu mano izquierda lo que hace tu derecha es muy valorado por las instituciones italianas). En el asunto de Basilicata, cuya ley favorece las compras de kilómetro cero (Km0), pero definidas con referencia al propio territorio regional, el Tribunal Constitucional estimó el recurso fundado sobre el artículo 117, apartado 2, letra e) de la Constitución, que reserva a las leyes estatales con exclusión de las regionales la disciplina de la competencia²⁴. Lo anterior según una jurisprudencia discutida pero constante según la cual toda la materia de las compras públicas, con la sola excepción de la organización de las estructuras administrativas competentes, pertenece a la disciplina de la competencia²⁵. Más interesante fue el asunto de Apulia. La región previó una preferencia para productos agrícolas de Km0, pero definido según la huella de carbono como los productos por los cuales el CO2 producido en el transporte no supera los 25 Kg por cada tonelada de productos; además, los productos cultivados en la propia región eran considerados como de Km0. El gobierno impugnó la ley en referencia al artículo 120 de la Constitución, que prohíbe las limitaciones a la libre circulación de las mercancías, y al artículo 117, apartado 1, que impone a los legisladores nacional y regionales el respeto de normas superiores, incluidas las del derecho europeo. Como el gobierno faltó de substanciar el motivo de recurso tirado del artículo 120, la sentencia se focalizó sobre el respeto del Derecho de la Unión europea. El Tribunal Constitucional diferenció la norma sobre la huella de carbono, legitimada por los beneficios aportados al medio ambiente, de la disposición que favoreció los productos regionales. La última se consideró contraria al derecho de la Unión europea, y, en consecuencia, de la propia Constitución. El Tribunal estimó que la ley regional limitaba la libre circulación de los alimentos sin justificación adecuada porque el origen regional no garantiza por sí misma, una huella de carbono más limitada en relación a los productos cultivados en otras regiones o países²⁶.

²⁴ Corte cost. 18/08/2013, n. 209.

²⁵ El *leading case* fue Corte cost. 23/11/2007, n. 401; véanse las críticas de A. Pace, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Milano, Giuffrè, 2005, 86; R. Caranta, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del titolo V della Costituzione*, en *Le Regioni*, 2004, n. 4, 990.

²⁶ Corte cost., 06/12/2013, n. 292.

3. EL LIDERAZGO DE ITALIA EN LAS COMPRAS VERDES: LOS CRITERIOS AMBIENTALES MÍNIMOS (CAM)

En 2001, el *Libro verde sobre la política de productos integrada* de la Comisión europea destacaba que "Dada la importancia del sector público, su política de compras es uno de los factores que más influyen, ya que permite el desarrollo de un "mercado ecológico" significativo"²⁷. Dos años después, la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre *Política de Productos Integrada - Desarrollo del concepto del ciclo de vida medioambiental* incluyó un específico Recuadro 3 que en su primera letra pidió la introducción de la dimensión medioambiental en la contratación pública. Entre otras acciones, la Comisión animó a los Estados miembros a que "elaboren y pongan a disposición del público planes de acción para la ecologización de su contratación pública. Éstos deberán incluir una evaluación de la situación actual y fijar objetivos ambiciosos para un plazo de tres años. Los planes de acción deberán definir claramente las medidas que van a adoptarse para lograr este punto. Deberán elaborarse por primera vez antes de finales de 2006 y después se revisarán cada tres años. Los planes de acción no serán jurídicamente vinculantes, pero proporcionarán un impulso político al proceso de aplicación y sensibilización en materia de ecologización de la contratación pública. Permitirán a los Estados miembros elegir las opciones que se adapten mejor a su marco político y al nivel que hayan alcanzado, y al mismo tiempo harán posible un intercambio de las mejores prácticas relativas a la ecologización de la contratación pública"²⁸.

Actuando sobre la Comunicación sobre *Política de Productos Integrada*, el artículo 1, apartado 1126, de la ley 296 de 27 de diciembre de 2006, la ley de presupuestos encargó al gobierno a adoptar un plan de acción para la ecologización de la contratación pública. El artículo 2 del decreto interministerial de 11 abril 2008 indicó que los objetivos de durabilidad ambiental en las compras públicas serán alcanzados por sucesivos decretos del ministro para el Medio Ambiente (hoy el Ministerio del Medio Ambiente y de la Seguridad Energética, pero los nombres - y número - de los ministerios mudan con frecuencia en Italia) relativos a productos diferentes. Los decretos del ministro aprueban los criterios ambientales mínimos (CAM) – es decir especificaciones técnicas, criterios de adjudicación y condiciones de ejecución del contrato que como se especificará pronto deben ser insertados en los documentos para los poderes adjudicadores²⁹.

²⁷ COM/2001/0068 final.

²⁸ COM/2003/0302 final.

²⁹ Véanse G. Botta, *Italy: Leading the Way towards Mandatory Sustainable Public Procurement through Minimum Environmental Criteria*, en W. Janssen - R. Caranta (eds.), *Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law*, Oxford, Hart, 2023; R. Caranta e S. Marroncelli, *Gli appalti pubblici tra mitigazione e resilienza: il contributo del GPP alla lotta contro i*

Los CAM son redactados por grupos de trabajo compuestos por expertos de los ministerios y centrales de compra, investigadores y representantes de las categorías económicas interesadas. Los CAM están basados en un análisis de mercado y articulados tomando en cuenta varios elementos como son los GPP criterio, aprobados por la Comisión europea y los criterios sobre los cuales están redactadas las certificaciones ambientales oficiales. El borrador del grupo de trabajo debe ser aprobado por el Comité de gestión por actuación del plan nacional GPP que está compuesto por los representantes de tres ministerios, de la central de compras nacional (CONSIP) y de algunas regiones y autoridades regionales de medio ambiente. Finalmente, el texto será adoptado por decreto del Ministro para el Medio Ambiente.

La estructura de los CAM es parecida a la de los GPP criteria europeos. Hay una introducción y después los diferentes criterios se articulan siguiendo las fases clásicas del procedimiento de compra pública (objeto del contrato, selección, especificaciones técnicas, criterios de adjudicación y condiciones de ejecución del contrato). Cada criterio va acompañado de la indicación de los medios, pruebas o certificaciones útiles para la verificación del cumplimiento del propio criterio. A la fecha de cierre de este trabajo, se encuentran vigentes 18 categorías de CAM, de los muebles de interior a la gestión del verde público.³⁰

Los CAM son un instrumento muy efectivo de compra verde porque ofrecen a los poderes adjudicadores una herramienta de cláusulas contractuales que pueden ser insertadas en los documentos del procedimiento de licitación. En la práctica es verdad que según algunos datos no siempre los poderes adjudicadores cumplen con la obligación de adecuar sus compras a los CAM, pero como en Italia el contencioso en la materia propia de los contratos públicos es enorme, el nombre muy limitado de asuntos sobre los CAM parece al contrario testificar una adecuación a los CAM muy importante³¹.

El cambio más importante desde el punto de vista del sistema normativo fue por supuesto determinado por el artículo 18 de la ley 28 diciembre 2015, No 221. La ley incluía disposiciones diversas sobre el medio ambiente al fin de promover la *green economy* y para disminuir el consumo excesivo de recursos naturales. El propio artículo 18 titulado "aplicación de criterio medioambientales mínimos en las compras de bienes y servicios" insertó un nuevo artículo 68 *bis* en el Código de las compras públicas de 2006. El artículo 68 *bis* obligaba a todos los poderes adjudicadores a utilizar en los documentos de licitaciones, los criterios adoptados por los decretos del Ministerio por el Medio ambiente

cambiamenti climatici, in *Riv. Giur. Amb.* 2021, 83; E. Scotti, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Il diritto dell'economia* 2018, 98.

³⁰ Véase <https://gpp.mite.gov.it/CAM-vigenti>

³¹ Véase, con una apreciación un poco diferente G. Botta, *Italy: Leading the Way*, cit. .

como específicas técnicas y condiciones de ejecución del contrato mínimas en todas compras de bienes y servicios listados en el artículo 18. Así los criterios señalados en los decretos se hicieron verdaderos criterios mínimos - comúnmente llamados CAM - para las compras públicas en Italia. Es verdad que, según una inveterada tradición italiana, al final el artículo indicaba que todo se debía hacerse sin mayores gastos, pero como siempre en Italia nadie verifica los siempre mayores gastos, y los funcionarios entienden que deberán cumplir con los decretos. Por su parte, el último apartado artículo 19 de la ley 28 diciembre 2015, No 221, por su parte que entre los criterios adjudicación del contrato, también podrán incluirse los criterios ilustrados en los decretos.

Después de muy pocos meses, el nuevo Código de las compras públicas de 2016 fue aprobado para trasponer las directivas de 2014³². Animado de buenísimas intenciones, pero redactado con bastante poca técnica jurídica, el artículo 4 del nuevo Código terminaba con un largo listado de los principios aplicables a los contratos no regulados por el Código, con una referencia a la protección del medio ambiente y a la eficiencia energética. Este reconocimiento estaba claramente mal ubicado. Es verdad que a la adjudicación de los contratos no armonizados sólo se aplican los principios y no, en cambio, reglas procedimentales específicas. Pero también lo es que los principios valen para todos los contratos públicos y que el medio ambiente y la eficiencia energética tienen una trascendencia que va más allá del procedimiento de licitación. Pero por supuesto el reconocimiento de los valores medioambientales no era banal. Con una formulación diferente, el artículo 30, correctamente dedicado a los principios en la adjudicación y en la ejecución del contrato, precisaba que el propio principio de economía podía, de acuerdo con los requisitos previstos por la ley, ser subordinado a criterios motivados para exigencias de naturaleza social y medioambiental y a la promoción del desarrollo sostenible, incluido de un punto de vista de la eficiencia energética³³.

Más importante para la práctica de los contratos públicos, el artículo 34 del Código de 2016, titulado criterios de durabilidad energética y medioambiental, estableció las mismas reglas que los artículos 18 y 19 de la ley 28 diciembre 2015, No 221, pero de manera más sencilla, como es propio de un código³⁴. El primer apartado del artículo 34 reiteraba que

³² El Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, *Codice dei contratti pubblici*; véase M.P. Chiti, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, en *Giorn. diritto amministrativo* 2016, 436.

³³ Véanse C. Vivani, *Efficienza e transizione energetica nelle novità normative*, in *Ambiente e sviluppo*, 2020, 699; S. Colombari, *Le considerazioni ambientali nell'aggiudicazione delle concessioni e degli appalti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, 2019, 5.

³⁴ Véase los comentarios de F. De Leonardis, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale* in M.A. Sandulli e R. De Nictolis *Trattato sui contratti pubblici. Soggetti, qualificazione, regole comuni alla procedura di gara*, Milano, 2019, vol. 2, 167; S. Rossa, *Sviluppo sostenibile e appalti pubblici. Sul ruolo degli appalti innovativi come strumento di sostenibilità*, *CERIDAP* 4/2022, 63.

todos los poderes adjudicadores contribuyen a alcanzar los objetivos medioambientales del plan de acción incluyendo como mínimo en los documentos de las licitaciones las especificaciones técnicas y las condiciones de ejecución del contrato adoptados con los decretos del Ministerio por el Medio ambiente. La falta de incorporación de las citadas consideraciones conlleva la ilegalidad de los actos del procedimiento. Una extensa jurisprudencia clarifica que no es suficiente que el poder adjudicador contribuya a alcanzar dichos objetivos sino que es preciso que los propios CAM sean insertados en los documentos del procedimiento de licitación³⁵. Los criterios de los CAM deben guiar a los poderes adjudicadores en la estimación del valor del contrato. Por eso es ilegal fijar un valor muy bajo en comparación con el valor al precio de mercado³⁶. El Consejo de Estado estimó legítima la cláusula del aviso de licitación que intimaba a los oferentes de demostrar el cumplimiento de los requisitos procedentes de los CAM³⁷. Por lo tanto, una empresa que no demuestre la conformidad de los productos ofrecidos a los CAM debe ser excluida del procedimiento ³⁸, o mejor dicho su oferta debe ser excluida, pero hay algunas incertidumbres sobre este aspecto porque hay una sentencia que estima que se no se trata de una exclusión del procedimiento, sino que de una no adjudicación, acompañada del control de los requisitos para estipular al contrato³⁹.

Lo novedoso en el Código era la referencia en el final del mismo artículo 34, apartado 1, a las reglas específicas sobre servicios de restauración colectiva dictadas por el artículo 144. El primer apartado del artículo 144 prescribe que las compras de servicios de restauración se realicen con el criterio de la relación coste-eficacia, excluyendo en todo caso el recurso al precio más bajo como criterio único de selección. Además, los poderes adjudicadores deben específicamente tener en cuenta los aspectos de la calidad de los alimentos refiriéndose a alimentos biológicos, típicos y tradicionales, de los garantizados para denominaciones protegidas, y aun de los provenientes de cadenas cortas y de agricultura social en el respecto de las normas medioambiental de green economy, de los CAM y de la calidad en la formación de los operadores⁴⁰.

³⁵ Cons. Stato Sez. V, 03/02/2021, n. 972.

³⁶ T.A.R. Campania Salerno Sez. I, 12/06/2023, n. 1344.

³⁷ Cons. Stato Sez. V, 26/04/2022, n. 3197.

³⁸ T.R.G.A. Trentino-Alto Adige Trento Sez. Unica, 14/05/2020, n. 66, en *Giur. It.*, 2020, 10, 2237, con anotación de L. Cioni, *L'inosservanza dei Criteri ambientali minimi è una causa di esclusione?*

³⁹ T.A.R. Campania Napoli Sez. II, 08/03/2021, n. 1529.

⁴⁰ Art. 144. (Servizi di ristorazione): "1. I servizi di ristorazione indicati nell'[allegato IX](#) sono aggiudicati secondo quanto disposto dall'[articolo 95, comma 3](#). La valutazione dell'offerta tecnica tiene conto, in particolare, degli aspetti relativi a fattori quali la qualità dei generi alimentari con particolare riferimento a quella di prodotti biologici, tipici e tradizionali, di quelli a denominazione protetta, nonché di quelli provenienti da sistemi di filiera corta e da operatori dell'agricoltura sociale, il rispetto delle disposizioni ambientali in materia di green economy, dei criteri ambientali minimi pertinenti di cui all'[articolo 34 del presente codice](#) e della qualità della formazione degli operatori. Sono fatte salve le disposizioni di cui all'articolo 4, comma 5-quater del decreto legge 12 settembre

Regresando al artículo 34 del Código de 2016, el apartado 2 preveía que los CAM son tenidos en cuenta aun en la definición de los criterios para seleccionar la mejor relación coste-eficacia. En lo que afecta a los contratos relativos a las reestructuraciones, criterios específicos deben ser elaborados por el Ministerio del Medio Ambiente.

El Consejo de Estado clarificó la relación entre los dos primeros apartados del artículo 34 estimando que no es posible valorar la conformidad de la oferta a las específicas técnicas como criterio de adjudicación porque esa conformidad es obligada. Solo se pueden valorar ofertas que vayan más allá del mínimo legal⁴¹.

Finalmente, el art. 34.3 estableció que los CAM se aplican a todos los contratos también a aquellos con un umbral no armonizado. La jurisprudencia enseña que las ofertas que no son conformes a los CAM deben ser excluidas del procedimiento de licitación⁴². Además, los CAM deben ser respetados aun cuando un poder adjudicador utilice un procedimiento negociado sin publicación previa de una convocatoria de licitación⁴³. Por el contrario, de acuerdo con una sentencia que fue muy criticada por la doctrina, los CAM se aplican a las licitaciones, pero no a un "contrato" *in house* concluido entre un poder adjudicador y una persona jurídica controlada por el mismo poder⁴⁴. En efecto, no se comprende bien por qué un organismo público pueda quedar excluido del cumplimiento de los criterios de durabilidad energética y medioambiental que sí se exigen, en cambio, a los sujetos privados.

A excepción del último asunto citado, está claro que en Italia cuenta con un régimen muy fuerte de compras verdes que obliga a los poderes adjudicadores a preferir productos y servicios que tengan un limitado impacto medioambiental. El fin de ese régimen está a la base de un reciente asunto que ofreció el más fuerte de los remedios acaso de violación de ley. En el caso, el poder adjudicador había licitado el servicio de restauración en una escuela de la policía sin hacer referencia alguna a los CAM. Como en primera instancia la acción había sido desestimada como inadmisibile, el contrato fue adjudicado. Sin embargo, el Consejo de Estado estimó la acción admisible y en consecuencia decidió sobre la legalidad de la lamentada omisión⁴⁵. Pero antes repitió el valor propio de los CAM no como

2013, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2013, n. 128 nonché di cui all'articolo 6, comma 1, della legge 18 agosto 2015, n. 141".

⁴¹ Cons. Stato Sez. III, 21-1-2022, n. 397.

⁴² Ex multis T.A.R. Veneto Sez. I, 4-1-2021, n. 11.

⁴³ T.A.R. Veneto, Venezia Sez. I, 27-4-2021, n. 542.

⁴⁴ Cons. Stato Sez. IV, 22-10-2021, n. 7093, en *Urbanistica e appalti*, 2022, 4, 519, con anotación de V. Filippi, *I criteri ambientali minimi non si applicano agli affidamenti in house*.

⁴⁵ Cons. Stato Sez. III, 14/10/2022, n. 8773, *Giur. It.*, 2023, 2, 399, con anotación de A. Iurascu, *L'inefficacia del contratto pubblico concluso in violazione dei criteri ambientali minimi (CAM)*; véase también A. Iurascu, *How Will the Adoption of Mandatory GPP Criteria Change the Game? Lessons from the Italian Experience*, en *European Public Private Partnership Law Review* 2003, 1.

declaraciones de intento político sino como fuentes de una clara obligación por los poderes adjudicadores al final no solo de reducir a los impactos medioambientales, sino aún de promover modelos de producción y consumo más durables y circulares y finalmente de fomentar trabajos verdes. Al final, los CAM contribuyen a la evolución de las compras públicas de una simple herramienta para adquirir bienes y servicios hacia se volver un verdadero instrumento de política económica y parte de la economía circular⁴⁶. Sobre estas bases, el Consejo de Estado desestimó los argumentos del poder adjudicador y de la empresa adjudicataria, que afirmaban que los documentos de licitación hicieron referencia genérica a todas las leyes y normas aplicables y que en todo caso la oferta de la empresa estaba conforme a los CAM. De acuerdo con el Consejo, los CAM deben estar expresamente incluidos en los documentos de licitación y una conformidad sólo voluntaria del licitador no es suficiente para cumplir con la previsión legal. Por esas razones, el Consejo no solo anuló todos los actos del procedimiento de licitación, sino también declaró el contrato concluido como ineficaz⁴⁷.

Finalmente, el remedio muy fuerte de la ineficacia contribuye de manera destacada a hacer los CAM el instrumento mayor de la compra verde y durable en Italia⁴⁸. Por eso se puede bien escribir que Italia tiene el liderazgo de las compras verdes en Europa⁴⁹.

Un ejemplo interesante es el de los CAM por la restauración colectiva, que fueron actualizados en 2020⁵⁰. La nueva versión de los CAM mira a reducir los consumos de energía y por consecuencia de gases de efecto invernadero. Por eso, se prefiere un servicio menos “industrializado”, previendo criterios por la cadena de suministro corta y requiriendo eficiencia energética por las cocinas internas a las entidades públicas. Además, “por cuanto técnicamente posible” (pero claramente el problema puede ser jurídico mucho más que técnico) los CAM intentan apoyar economías locales y pequeños productores. Una formulación verbal que no oculta muy bien el fin de la previsión, luego se indica que se prefieren kilómetro cero y cadenas de suministro cortas para reducir

⁴⁶ Apartado 9.

⁴⁷ Apartado 11; en Italia la ineficacia no está limitada a las hipótesis listadas en el artículo 2 quinquies de la Directiva 2007/66/CE por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. Por el contrario, la ineficacia se establece como un remedio de vocación general: véase S. Vaccari, *La dichiarazione di inefficacia del contratto ex artt. 121 e 122 c.p.a. come misura processuale soddisfattoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 255 y V. Parisio, F. Sgambato Pisani, G. Pagliari, *I riti speciali* en R. Caranta (dir.), *Il nuovo processo amministrativo*, Bononia, Zanichelli, 2011, 727 ss.

⁴⁸ Véase A. Iurascu, *How Will the Adoption of Mandatory GPP Criteria Change the Game?* cit. 10.

⁴⁹ G. Botta, *op. cit.*

⁵⁰ https://www.mase.gov.it/sites/default/files/archivio/comunicati/allegato_1_cam_ristorazione.pdf

emisiones de gases de efecto invernadero y el consumo de energía de fuentes fósiles (p. 6).

Muy específicamente, según los CAM para la restauración colectiva, la cadena de suministro corta y el kilómetro cero pueden ser valorados como criterios en la oferta económicamente más ventajosa, con la mejor relación calidad-precio. La cadena es corta si no hay intermediarios entre productores y cocinas del poder adjudicador o que sirve al poder, si hay un distribuidor como intermediario, eso debe ser colocado entre el kilómetro cero. El mismo requisito geográfico se aplica al caso de transformación de productos, como pasta o biscotes, porque pueden ser considerados de cadena de suministro corta. kilómetro cero (o kilómetro útil por las pequeñas municipalidades) es la distancia máxima de 200 kilómetros (o 70 por las pequeñas municipalidades) entre el cultivo o la granja y la cocina. Por las islas de Sicilia y Cerdeña, el kilómetro cero coincide con el propio territorio regional. Se puede también valorizar el transporte de productos con vehículos eléctricos o que utilizan carburante "verdes" (p. 14 s).

Hay casos en los cuales los poderes adjudicadores van más allá que los CAM. Por ejemplo, en un asunto decidido por el Tribunal administrativo regional del Véneto el kilómetro cero de los productos agrícolas fue precisado por el poder adjudicador con referencia a los cultivados en dos solas provincias (Venecia y Treviso)⁵¹.

El artículo 57 del nuevísimo Código de los contratos públicos de 2023 se titula "las cláusulas sociales en los avisos de licitación y los criterios de durabilidad energética y medioambiental". Los diferentes apartados del artículo 34 del antiguo Código son unidos en el segundo apartado del artículo 57 del nuevísimo Código. Lo que falta es la precisión que los CAM se aplican a todos los contratos públicos, incluso los que están por debajo de los umbrales dictados por las directivas europeas. En su lugar, pero con una sintaxis menos limpia, el segundo apartado del artículo 57 indica que los CAM son diferenciados, si es técnicamente oportuno, según el valor del contrato. Por el momento nada cambia, pero para el futuro los organismos competentes para redactar los textos de los CAM deberán considerar la oportunidad de establecer criterios diferenciados para los mismos contratos, pero de valor diferente. Finalmente, en el segundo apartado del artículo 57 hay una frase que indica que los poderes adjudicadores valoran económicamente los procedimientos de licitación que sean conforme a los CAM. Por lo tanto, aunque eso suena bien, no añade nada, porque por un lado, las específicas técnicas y las condiciones de ejecución del contrato previstos por los CAM deben obligatoriamente insertarse en los

⁵¹ T.A.R. Veneto Sez. I, 19-2-2020, n. 180; el carácter potencialmente discriminatorio de la previsión no fue contestado en el recurso que fue desestimado sobre los otros aspectos valorados.

actos de la licitación y, por otro, lo que se puede valorar no es el procedimiento, sino los criterios para seleccionar la mejor relación coste-eficacia conforme a los CAM.

La Ley 6 ottobre 2017, No 158, una normativa especial sobre las pequeñas municipalidades prevé que los poderes adjudicadores vayan más allá que los CAM en las compras de productos agrícolas y alimentarios⁵². La ley se aplica a la mayoría de las municipalidades que tienen menos de 5000 habitantes - que en Italia son más de 5500. Según el artículo 11, la oferta de cantidades de productos, incluidos los biológicos, de cadena corta de suministro o de "kilómetro útil" superiores a las mínimas establecidas en los CAM se valoriza como criterio de adjudicación en los mercados de servicios de restauración colectiva y de compras de alimentos destinados a esa restauración. El apartado 2 del artículo 11 define la "cadena de distribución corta" con la mismas palabras que el artículo 2, apartado 1, letra m) del Reglamento nº 1305/2013 relativo a la ayuda al desarrollo rural a través del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader), es decir "una cadena de distribución en la que interviene un número limitado de agentes económicos, dedicados a la cooperación, el desarrollo económico local y las relaciones geográficas y sociales de cercanía entre los productores, los transformadores y los consumidores". Los productos de "kilómetro útil" son a) los cultivados o criados en un radio de 70 kilómetros del lugar de su venta y también b) los por los cuales se demontre un limitado impacto contaminante en su ciclo de vida según los criterios establecidos por decreto del Ministerio del Medio ambiente y del Ministerio de agricultura. Lógicamente, las definiciones en la Ley 6 ottobre 2017, No 158 deberían ser sustituidas por las definiciones que se encuentran en la Ley 17 maggio 2022, n. 61, la cual ultima, pero se refiere al "kilómetro cero" y no al "kilómetro útil" y en el artículo 2 especifica que las definiciones dadas se aplican solo en la aplicación de la propia ley⁵³.

4. LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES

El nuevísimo Código parece más tibio que su predecesor en relación con las compras verdes. Sin embargo, está muy avanzado en lo que son los aspectos sociales de la compra pública⁵⁴. Los aspectos más destacados se señalan seguidamente: a) las disposiciones

⁵² Ley 6 ottobre 2017, n. 158, Misure per il sostegno e la valorizzazione dei piccoli comuni, nonché disposizioni per la riqualificazione e il recupero dei centri storici dei medesimi comuni.

⁵³ Ley 17 maggio 2022, n. 61, Norme per la valorizzazione e la promozione dei prodotti agricoli e alimentari a chilometro zero e di quelli provenienti da filiera corta.

⁵⁴ Por un análisis en profundidad de la materia, pero basada sobre el Código de 2016, E. Caruso, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza?*, Napoli, 2021; sobre el mismo véanse también M.A. Avino, *La clausola sociale dopo le Linee Guida Anac n. 13*, en *Urbanistica e appalti*, 2019, 308; M. Cozzio, *Prospettive per la tutela dei lavoratori negli appalti pubblici: la clausola sociale forte in discussione nella provincia autonoma di Trento*, en *Riv.*

sobre el respeto de las condiciones jurídicas y económicas de los contratos colectivos de trabajo; b) las cláusulas de estabilidad del empleo en el caso de que un nuevo contratante sea elegido para un nuevo período contractual; c) la norma sobre los contratos reservados d) otras medidas de carácter social (empleo de mujeres, jóvenes).

El respeto de las condiciones jurídicas y económicas de los contratos colectivos de trabajo tuvo tanta trascendencia que fue normado en los propios principios del nuevísimo Código⁵⁵. Básicamente, los convenios colectivos no son vinculantes en Italia. Además, convenios colectivos diferentes, más o menos protectores de los trabajadores, se pueden aplicar a los mismos trabajadores porque las clasificaciones de diferentes categorías de trabajadores no están exclusiva ni bien definida. Esa situación determinó en el pasado fenómenos graves de *social dumping*: por ganar los contratos, las empresas aplicaban el contrato colectivo menos favorable para sus trabajadores y eso frecuentemente daba lugar a contenciosos⁵⁶.

Para poner un freno a la deriva de los derechos de los trabajadores, el artículo 95, apartado 3, del Código de los contratos públicos de 2016 previó que los contratos de "alta intensidad de mano de obra" no podían adjudicarse según el criterio del precio más bajo. El artículo 50 definió esos contratos como los contratos en los cuales el gasto por la mano de obra es igual o superior al cincuenta por ciento del valor del propio contrato. La misma previsión se encuentra hoy en el artículo 108, apartado 2, letra a) del nuevísimo Código de los contratos públicos de 2023. La última frase del apartado 4 del artículo 108 del nuevísimo Código sobre los criterios de adjudicación recupera la noción de contratos a alta intensidad de mano de obra disponiendo que para la licitación de esos contratos el precio no puede ser valorado en más que el 30 por ciento de los criterios. Pero la letra a) del apartado 2 del artículo 108 va más adelante en limitar el recurso al criterio del precio más bajo porque expresamente prevé que lo mismo no se puede utilizar por adjudicación de los contratos relativos a los servicios sociales y a los servicios de restauración colectiva en los hospitales y en los establecimientos de asistencia y escolares, por supuesto independientemente al porcentaje del gasto por la mano de obra sobre al valor total del contrato.

Además, y de manera más resolutiva, el nuevísimo Código innova a la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado la cual estimaba que los poderes adjudicadores no tenían

trimestrale appalti 2019, 1455 ss. y M. Giaconi, *La clausola di stabilità occupazionale prevista dall'art. 50 del D.Lgs. n. 50/2016*, en *Riv. giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2018, 605.

⁵⁵ Véanse L.R. Perfetti, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici, in principio*, en *Urbanistica e appalti* 2023, 5; R. Caranta, *I principi del nuovo Codice dei contratti pubblici*, en *Giur. It.* 2023,

⁵⁶ Por ejemplo Cons. Stato Sez. V, 24/08/2022, n. 7449, Cons. Stato Sez. V, 11/01/2022, n. 199, y Cons. Stato Sez. III, 15/03/2021, n. 2168, que aclaran la imposibilidad por los licitadores de hacer referencia a un contrato colectivo totalmente desconectado con las prestaciones de la compra pública de la cual se trata.

el poder de elegir el contrato colectivo aplicable a la ejecución de la compra⁵⁷. Una sentencia reciente y más destacada del Consejo de Estado confirmó su anterior jurisprudencia y solamente aceptó la legitimidad de hacer referencia a un contrato colectivo específico en los criterios por la selección de la oferta, siempre y cuando solo se trata de los trabajadores afectados a la ejecución de lo específico contrato y el criterio es valorado de manera proporcionada⁵⁸. El artículo 11 del noventa y seis Código prevé como tarea propia y específica de los poderes adjudicadores determinar el contrato colectivo nacional y territorial concluido por los sindicatos más representativos de aplicar a los trabajadores empleados en la ejecución de cada contrato público con referencia a su conexión con las prestaciones que caracterizan la compra pública específica. Una empresa puede declarar en su oferta que ella aplica un contrato colectivo diferente pero que garantiza los mismos derechos y la oferta es sometida a verificación como sea anormalmente baja. En todo caso, en sus ofertas los licitadores deben obligarse al respecto del contrato colectivo. Se puede cuestionar si reglas tan detalladas merecen ser tratadas como principios, pero es claro que el Código intenta cerrar el paso de manera definitiva a tácticas que se hacen sobre la piel de los trabajadores. Finalmente, el apartado 5 del artículo 11 prevé que los poderes adjudicadores aseguran en todos casos que las mismas tutelas jurídicas y económicas sean garantizadas a los trabajadores de los subcontratistas. Las previsiones en el artículo 11 se encuentran duplicadas en el final del artículo 57 del Código, el cual prevé una vez más la necesaria introducción en los documentos de la licitación de cláusulas que obligan al contratante al respecto de los contratos colectivos, incluso a beneficio de los que trabajan con los subcontratistas. Para facilitar los controles del poder adjudicador, el apartado 9 del artículo 108 del Código prevé que los costes salariales y de la seguridad en el trabajo sean indicados de manera específica e individualmente en las ofertas.

El artículo 50 del Código de 2016 ya previo el deber de los poderes adjudicadores de insertar en los documentos del procedimiento de licitación cláusulas de estabilidad del empleo en los contratos de obras y de servicios (pero no en aquellos de naturaleza intelectual) y eso especialmente en el caso de contratos a "alta intensidad de mano de obra". Una jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado opinaba que la estabilidad no podía entenderse como un deber del nuevo contratante de contratar a todos los

⁵⁷ Cons. Stato Sez. V, 24-8-2022, n. 7449; en el mismo sentido Cons. Stato Sez. V, 20/10/2021, n. 7053; la libertad que así se otorgaba a las empresas implicaba que, en caso de sucedo de un nuevo contratante los trabajadores guardaban el trabajo, pero no sus salarios y su posiciones laborales: Cons. Stato Sez. III, 19-4-2022, n. 2947.

⁵⁸ Cons. Stato Sez. V, 20-10-2021, n. 7053, en *Giorn. diritto amministrativo* 2022, 230, con anotación de B. Rabai, *Public procurement e clausole sociali. Un nuovo equilibrio tra diritti sociali e ragioni del mercato.*

trabajadores empleados por el antiguo contratante en la ejecución del contrato, pero solo que se debía contratar los trabajadores que el nuevo contratante estimaba necesarios⁵⁹.

La previsión es hoy parte de una más amplia disposición en la primera parte del primer apartado del artículo 57 del Código de 2023. A excepción de los servicios de naturaleza intelectual, los poderes adjudicadores deben prever cláusulas sociales específicas que por ejemplo obligan al contratante a adoptar medidas que garanticen igual oportunidades entre personas de edades diferentes, entre hombres y mujeres, la integración de los discapacitados y de otras personas desfavorecidas en el empleo y - finalmente - la estabilidad del empleo. Pues es claro que el legislador desea ver los contratos públicos ser utilizados como herramienta para perseguir políticas sociales. La duda es que las específicas cláusulas de estabilidad del empleo sean debilitadas por ser solo una de las múltiples cláusulas sociales que pueden ser insertadas en los documentos del procedimiento de licitación. El riesgo es más concreto como el artículo 57 no menciona los contratos a "alta intensidad de mano de obra". En todo caso, no parece que la nueva formulación del artículo 57 sea bastante por sobrepasar a la jurisprudencia citada sobre el marco de la protección oferta a los trabajadores.

Por lo que es de los contratos reservados, el artículo 122 del Código de 2016 básicamente reprodujo el artículo 20 de la Directiva 2014/24, solo añadiendo una lista más precisa de las personas desfavorecidas. El artículo 61 del noventa y cinco Código va más allá. Después reglas contratos reservados conformemente al artículo 20 de la directiva, prevé que los poderes adjudicadores incluyen en los actos del procedimiento de licitación condiciones de ejecución del contrato o criterios premiales mecanismos o instrumentos por garantizar el empleo de personas con discapacidad, pero también de alcanzar la igualdad de oportunidades entre generaciones y de género. A la espera de una nueva regulación, que more solito tardará años antes de ser adoptada, la previsión es detallada en el Anexo II.3. El anexo es intitulado personas con discapacidad o desfavorecidas por las cuales se pueden reservar contratos. Los tres primeros apartados reiteran la necesidad por los operadores económicos de presentar con sus ofertas los planes por la igualdad de trato entre hombres y mujeres en su estructura de empresa.

El cuarto apartado del Anexo II.3 es muy complejo y cubre muchas políticas sociales y no solo las que afectan a los trabajadores con discapacidad. Por cierto, los contratantes deben cumplir con las disposiciones legales sobre el empleo de los trabajadores con discapacidad. Además, los licitadores se obligan a contratar al menos el 30 por ciento de mujeres y el 30 por ciento de jóvenes de los nuevos empleados por la ejecución del contrato. No sin repeticiones, el mismo apartado obliga a los poderes adjudicadores de

⁵⁹ Por ejemplo Cons. Stato, Sez. V, 5-4-2020, n. 2796; Cons. Stato, Sez. V, 19-12-2018, n. 272.

prever condiciones de ejecución del contrato o criterios premiales para promover al emprendimiento de los jóvenes, de nuevo a la inclusión de los desabillés, a la igualdad de trato y a la contratación de los jóvenes. Las cláusulas deben ser determinada en el respecto de los principios de libre competencia, proporcionalidad y no discriminación y de los (por supuesto, otros) principios del derecho de la Unión europea, y del objeto del contrato, tomando en cuenta el carácter propio de cada contrato en relación con los empleos necesarios y a objetivos de empleo de las mujeres, los jóvenes y las personas con discapacidad. Por ejemplo, recientemente el Tribunal administrativo de Lazio estimo legítimo un criterio que hizo referencia a medidas empresariales adecuadas para evitar discriminaciones de género⁶⁰.

El apartado 5 del Anexo II.3 indica algunas medidas premiales que pueden lograr puntos en los criterios de adjudicación. El apartado nómina de manera expresa la ausencia de sanciones por actos discriminatorios en los últimos tres años; la utilización o el compromiso a utilizar instrumentos que permiten de conciliar tratamientos y el balance entre vida y trabajo; el compromiso a contratar más trabajadores con discapacidad, jóvenes con menos de 36 años y mujeres que el mínimo legal, incluso el fijado por el apartado 4, en la ejecución del contrato y en actividades conectadas a la ejecución; el haber respetado en los últimos tres años los principios de igualdad de trato y el haber adoptado medidas específicas por promover iguales oportunidades entre generaciones y géneros, tomando en cuenta la proporción de género en las contrataciones, la retribución y los puestos de alto nivel en la empresa; el haber respetado en los últimos tres años las obligaciones legales sobre la contratación de personas con discapacidad y finalmente el haber presentado o se comprometer al presentar una declaración voluntaria de información no financiera e información sobre diversidad por los años que durará el contrato.

El apartado 5 del Anexo II.3 sustituye y pone en línea con el derecho de la Unión europea algunas de las provisiones del antiguo artículo 95 apartado 13, del Código de 2016, modificado en el 2022⁶¹. Este apartado permitió a los poderes adjudicadores de utilizar como criterios premiales el rating de legalidad (una medida de la ausencia de ligámenes con la criminalidad que nunca fue desarrollado), el balanceo de impacto social de la empresa y, por el que nos interesa aquí, por favorecer a las microempresas y las pymes, a los jóvenes profesionales y finalmente a las nuevas empresas. También pudieron

⁶⁰ T.A.R. Lazio Roma Sez. V, 8-3-2023, n. 3873.

⁶¹ Por el artículo 34 del Decreto-Legge convertido con modificaciones en Ley 29 giugno 2022, n. 79; véanse M. Ferrante, C. Guccione, A. Serafin, *I contratti pubblici*, en *Giornale Dir. Amm.*, 2021, 753.

ser valoradas políticas certificadas de empresa por la igualdad de género⁶². Según el artículo 95 apartado 13, los criterios premiales debieron ser conforme al derecho de la Unión europea y a sus principios, incluido el de no discriminación, pero por supuesto se trataba de una condición imposible, porque eran cuasi todas medidas discriminatorias. Como el fue señalado en doctrina, los criterios hubieron podido ser conforme al derecho europeo solo si mantenido tan limitado de no haber influencia práctica sobre la selección del contratante⁶³.

Hoy el apartado 5 contiene un listado bastante amplio, que se focaliza sobre diferentes aspectos sociales, pero recae a menudo sobre los intereses de los discapacitados, los jóvenes y las mujeres. Muchos de los posibles criterios premiales incitan a las empresas a ir más allá en las consideraciones sociales de lo que la ley requiere, pero el criterio del respeto de las obligaciones legales sobre la contratación de personas con discapacidad es simplemente paradójico porque en efecto las empresas que no las respetan deberían ser excluidas por haber incumplido obligaciones aplicables en materia social según el artículo 95, apartado 1, letra a) del Código del 2023. En efecto, en Italia las hipótesis de exclusión en el artículo 57(4) de la Directiva 2014/24/UE son todas tratadas de casos de exclusión obligada por el artículo 95 del Código de 2023. Finalmente, el último criterio premial en el listado es conforme a la Directiva 2014/95/UE por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos. La previsión deberá ser revisada a la luz de la reciente Directiva 2022/2464/UE por la que se modifican el Reglamento (UE) n.º 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas, y de la futura aprobación de la propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937. El cumplimiento de las obligaciones sobre la divulgación de información no financiera y aún más sobre diligencia debida se convertirán en obligaciones aplicables en materia social y medioambiental, y por tanto el cumplimiento no podrá ser tratado más como un simple criterio premial.

Además, el apartado 7 del artículo 107 del nuevo Código indica prevé que los poderes adjudicadores deben insertar en los documentos de licitación la indicación del premio para la adopción de la parte de las empresas de políticas certificadas de empresa por la igualdad de género.

⁶² Afirma la legalidad de la utilización del último criterio citado T.A.R. Lazio Roma Sez. V, 08/03/2023, n. 387.

⁶³ M. Ferrante, C. Guccione, A. Serafin, *op. cit.*

Si los CAM se focalizan sobre todos sobre aspectos ambientales, algunos incluyen criterios premiales no opcionales y no vinculantes de naturaleza social. Los criterios sociales sugeridos divergen muchos, y eso en función de la “edad” del CAM y sobre todo de donde se realiza la prestación característica del contrato, si en Italia o en el extranjero por una cadena de suministro internacional. Por ejemplo, los CAM sobre manutención y renovación de áreas de verde abiertas al público facultan a los poderes adjudicadores de demandar como condición de ejecución del contrato el respecto, incluso por los subcontratistas, de contratos colectivos de trabajo determinados⁶⁴. El ejemplo más reciente de compra basada sobre producciones deslocalizadas son CAM (2023) sobre los productos textiles, los cuales prevén la posibilidad de valorar la due diligence sobre la cadena de suministro como criterio premial en la oferta económicamente más ventajosa, con la mejor relación calidad-precio. El poder adjudicador puede atribuir puntos si la oferta técnica incluye la verificación del respecto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de los ocho convenios «fundamentales» de la OIT y de las reglas nacionales sobre los derechos de los trabajadores en fases de la elaboración de los productos textiles, de la hilatura al acabamiento de los hábitos etc. La verificación debe incluir inspecciones en los lugares de trabajo y entrevistas con trabajadores, sindicatos y organizaciones no gubernamentales (ONG) y se hace sobre certificaciones como las de WTO o FLOCERT⁶⁵. Finalmente, los CAM por la restauración colectiva prevén la posibilidad de valorar como criterios premiales en la oferta económicamente más ventajosa, con la mejor relación calidad-precio los productos que provengan de agricultura social (p. 15 s.)⁶⁶.

5. RECUPERAR DESPUÉS DE DOS CHOQUES: EL INCIERTO CAMINO HASTA LA RESILIENCIA

El COVID y el conflicto Ucranio hicieron manifiestos los límites de una idea de compras públicas que se basa sobre el libre comercio⁶⁷. La deslocalización de las empresas ya había determinado la huida de las producciones de los países con niveles altos de

⁶⁴ https://gpp.mite.gov.it/sites/default/files/2022-05/guri_dm_63_del_2020_verde_003.pdf p. 6.

⁶⁵ https://gpp.mite.gov.it/sites/default/files/2023-06/CAM_Tessili_in_GU.pdf pp. 19 s.; el CAM for zapatos y productos en cuero de 2018 contiene indicaciones similares, pero aun incluye convenios de l'OIT sobre horario de trabajo y de seguridad en el lugar de trabajo https://gpp.mite.gov.it/sites/default/files/2022-05/allegato_CAM_Calzature_31052018.pdf p. 33.

⁶⁶ https://gpp.mite.gov.it/sites/default/files/2023-06/CAM_Tessili_in_GU.pdf pp. 19 s.

⁶⁷ Más en general sobre las disrupciones de las cadenas de suministro globales debidas al COVID Bacchetta M., Bekkers E., Piermartini R., Rubinova S., Stolzenburg V., Xu A., *Covid-19 and global value chains*, WTO, 2021; buscase en https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd202103_e.pdf

protección del medio ambiente y de los derechos sociales⁶⁸. El COVID y el conflicto Ucrania dejaron a Italia y a muchos otros países sin productos de primera necesidad por el derrumbamiento de las cadenas de suministro globales⁶⁹. En cambio, los ricos fondos de NextGenerationEU y específicamente del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia podrían conducir a un desarrollo significativo, y en principio no solo económico. Las Conclusiones del Consejo de la Unión Europea sobre *Inversión pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía de la UE resiliente* identificaron la tarea fundamental de las compras públicas en el “que los compradores públicos deben utilizar su poder adquisitivo de forma estratégica para obtener una mejor relación calidad-precio, y apoyar la transición hacia una economía más ecológica, más innovadora y circular, en particular invirtiendo en infraestructuras sostenibles, en productos reutilizables, reciclables, reparables y eficientes en el uso de los recursos, así como en la renovación de edificios públicos para mejorar su sostenibilidad y optimizar los costes del ciclo de vida”⁷⁰.

Italia respondió al COVID simplificando, pero solo por un periodo transitorio, las reglas sobre las compras públicas⁷¹. Desde 1984 y los procedimientos judiciales conocidos como “manos limpias” de lucha contra la corrupción, incluido y sobre todo en las compras públicas, el derecho italiano en esta materia ha vivido en un estado de permanente vaivén, por no decir de esquizofrenia (lo que sería lo más correcto y adecuado) entre reglas muy detalladas que niegan todos poderes de elección y al contrario normas que otorgan un espacio de discrecionalidad a los poderes adjudicadores⁷². En efecto, muchos políticos creen que reglas muy muy detalladas y bastante bizantinas que priven de todo margen de elección a los compradores públicos son necesarias para luchar contra la corrupción. Por ejemplo, los poderes adjudicadores debieron aplicar procedimientos abiertos o restringidos a las licitaciones de contratos de valor inferior al umbral europeo, los proyectos debieron ser licitado separadamente de la ejecución del trabajo o servicio, y en general la adjudicación al precio más bajo fue preferida (y luego sancionada por el Tribunal de

⁶⁸ J.M. Gimeno Feliu, *El necesario big bang*, cit.

⁶⁹ Conclusiones del Consejo de la Unión Europea sobre *Inversión pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía de la UE resiliente*(2020/C 412 I/01).

⁷⁰ *Cit.*, punto 13.

⁷¹ S. Foà, M. Ricciardo Calderaro, *Gli appalti pubblici e la pandemia: criticità del sistema degli affidamenti e del contenzioso*, en S. Foà, A. Camaiani (a cura di), *Gestione nazionale della pandemia, misure giuridiche tra Costituzione e Cedu. Profili critici*, Torino, Giappichelli, 2022, 47 ss.

⁷² Por una reconstrucción puntual véase G. Taglianetti, *La normativa in materia di contratti pubblici e la tela di Penelope*, en *Giorn. diritto amministrativo* 2020, 155; véase también L.R. Perfetti, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., que contrasta los polos de la imparcialidad y el control de los gastos públicos.

Justicia de la Unión europea)⁷³. El paroxismo a lo que esta opinión acabó en Italia fue de confiar a la autoridad nacional para la lucha contra la corrupción los poderes no solo de vigilancia, sino de guía y orientación y aún de reglamentación⁷⁴. El efecto, no tan sorprendente, fue de ralentizar mucho y en muchos casos de detener los procedimientos de compra⁷⁵. Frecuentes crisis financieras y de otra natura periódicamente impulsaron al gobierno a simplificar el cuadro normativo de las compras públicas⁷⁶, que, pero era pronto endurecido una vez más siguiendo a escándalos de corrupción o simplemente por el impulso de partidos políticos populistas que falta de ideas hacen de la lucha a la corrupción su propia bandera⁷⁷. Un efecto de la inflación seguida a la guerra en Ucrania fue la necesidad de borrar las reglas que antes prohibieron la revisión de los precios de los contratos públicos, vista como una avenida más ancha por la corrupción por los que no comprenden que el criterio del precio más bajo es el verdadero problema⁷⁸. La necesidad de una pronta inversión de los fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia condujo Italia a transformar, en definitiva - por supuesto, por el momento - y a profundizar las simplificaciones procedimentales y luego a adaptar normas existentes sobre compras públicas⁷⁹, y a adoptar nuevas y luego a promulgar un nuevísimo Código de las compras públicas en 2023⁸⁰.

Todavía, a demostración de la necesidad de la voluntad política en promover - o no - la durabilidad en la compras públicas o en todos otros ámbitos, el nuevísimo Código de los contratos públicos del 2023⁸¹ - paradójicamente adoptado para facilitar y dirigir la contratación pública en la actuación del Plan Nacional de Recuperación Transformación y Resiliencia seguido al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia - no solo como ya se

⁷³ STJCE 7-10-2004, asunto Sintesi C-247/02.

⁷⁴ G. Napolitano, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: i principi generali*, en *Giorn. diritto amministrativo*, 2023, 288.

⁷⁵ Véase F. Cintioli, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Napoli, Rubattino, 2020.

⁷⁶ Véase el análisis de M.P. Chiti, *Il decreto "sblocca cantieri": ambizioni e limiti*, en *Giorn. diritto amministrativo* 2019, 719.

⁷⁷ G. Fidone, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, en *Giorn. diritto amministrativo* 2015, 325.

⁷⁸ Las críticas al precio más bajo son muy difusas: véanse por ejemplo J.M. Gimeno Feliu, *El necesario big bang: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad*, en 59 *Revista General de Derecho Administrativo* enero 2022 y S.L. Schooner – M. Speidel, *'Warming Up arming Up' to Sustainable Procurement*, 60 *Contract Management*, Issue 10, 32 (October 2020).

⁷⁹ Véase M.P. Chiti, *La burocrazia tra nomorrea e anomia*, en *Giorn. diritto amministrativo* 2021, 326.

⁸⁰ Véase M. Protto, *Il (terzo) nuovo codice dei contratti pubblici*, en *Giur. it.* 2023.

⁸¹ Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, *Codice dei contratti pubblici*.

dijo en alguna medida diluye los CAM, sino nunca menciona a medio ambiente en su primera parte dedicada a los principios⁸².

Otro aspecto sobre el cual el nuevo Código parece retroceder en la valoración del medio ambiente en las compras públicas pertenece a los criterios para seleccionar la oferta. La segunda frase en el apartado 13 del artículo 95 del Código de 2016 por cómo fue modificado permitió en general, por todas las compras públicas, el valorar las ofertas con menor impacto sobre la salud y el medio ambiente, incluidos los productos con cadena corta de suministro y los a kilómetros cero⁸³. Por el contrario, las referencias específicas a la cadena corta de suministro y los kilómetros cero están ausentes del artículo 108, apartado 4, del nuevo Código de 2023, que solo menciona la posibilidad de utilizar criterios ambientales. Por supuesto, los aspectos pertinentes al medio ambiente son incluidos si se valora el costo del ciclo de vida según el apartado 2 del artículo 108. La referencia al costo del ciclo de vida es articulada en el Anexo II.8 que reproduce el artículo 98 de la Directiva 2014/24/UE. Pero la utilización del costo del ciclo de vida es más rara en Italia.

Pero se mantuvo la disciplina de favor por las compras de productos y de servicios de restauración colectiva. El primer apartado del artículo 130 del nuevo Código de 2023 replica en la substancia la previsión del artículo 144 del Código de 2016 y prevé la utilización del criterio de la relación coste-eficacia valorando a) la calidad de los alimentos, con referencia específica a los productos biológicos, típicos y tradicionales, a los productos garantizados para denominaciones protegidas, y a los productos provenientes de cadenas cortas (pero los de kilómetro cero no están mencionados) y de agricultura social, b) los productos en el respecto de las normas medioambiental de green economy y de los CAM y c) la calidad en la formación de los operadores. Los productos agrícolas de cadenas de distribución cortas son hoy definidos en el artículo 2, apartado 1, letra b), de la reciente ley de 17 maggio 2022, n. 61, *Norme per la valorizzazione e la promozione dei prodotti agricoli e alimentari a chilometro zero e di quelli provenienti da filiera corta*, con referencia a cadenas sin o con máximo un intermediario. Es claro que la nueva disposición es en

⁸² Críticamente R. Caranta, *I principi del nuovo Codice dei contratti pubblici*, en *Giur. It.* 2023, basado sobre su opinión que el fin máximo y omnipotente del derecho de las compras públicas sea la satisfacción de una necesidad de bienes o servicios del propio poder adjudicador, G. Napolitano, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit, 287, aprueba la elección del legislador de no mencionar la sostenibilidad entre los principios.

⁸³ T.A.R. Lombardia Milano Sez. I, 6-3-2020, n. 452, interpretó ‘productos locales’ como producto de cadena de suministro corta en el sentido del el Reglamento nº 1305/2013 relativo a la ayuda al desarrollo rural a través del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader). Un asunto sobre subvenciones y no contratos públicos del Tribunal administrativo de la Campaña, basándose sobre el mismo Reglamento, precisó que la cadena de suministro corta es diferente del kilómetro cero porque implica una reducción de los intermediarios: T.A.R. Campania Napoli Sez. III, 7-3-2022, n. 1545.

conflicto con la definición aportada al artículo 2, apartado 1, letra m) del Reglamento nº 1305/2013, por el cual la “cadena de distribución corta” es “una cadena de distribución en la que interviene un número limitado de agentes económicos, dedicados a la cooperación, el desarrollo económico local y las relaciones geográficas y sociales de cercanía entre los productores, los transformadores y los consumidores”.

Si el Código de 2023 poco se interesa por el medio ambiente en artículos diferentes de los artículos 57 sobre los CAM y 130 sobre los servicios de restauración colectiva, y se limita a reproducir las disposiciones de las directivas europeas, nuevas preocupaciones de naturaleza estratégica se manifiestan en la disciplina de los criterios de adjudicación. La cuarta frase del apartado 4 del artículo 108 regula de manera expresa las compras de bienes y servicios informáticos. Según la disposición, al fin de alcanzar a la mejor relación coste-eficacia, los poderes públicos adjudicadores, las centrales de compras incluidas, deben valorar el elemento cualitativo, y eso de manera más relevante cuando el uso de los bienes y servicios está conectado a la protección de intereses nacionales estratégicos. En tal último caso, el precio no puede ser valorado más de 10 por ciento. Pero el Código no explica cuáles elementos cualitativos se deben valorar y no menciona las cadenas de suministro, ni tampoco la seguridad o la diversificación de las fuentes de suministros.

Si la toma en consideración de las exigencias estratégicas parece anticipar una evolución importante en el derecho europeo de las compras públicas, la disminución del interés por el medio ambiente solo se explica por razones políticas y es contra cíclica por respecto a los desarrollos a nivel europeos⁸⁴. Aquí es bastante hacer referencia a la proposición de la Comisión por un Reglamento por el que se establece un marco de medidas para reforzar el ecosistema europeo de fabricación de productos de tecnologías de cero emisiones netas (Ley sobre la industria de cero emisiones netas)⁸⁵. La propuesta mueve de la constatación que la Unión debe “desarrollar y mantener una base industrial para el suministro de soluciones tecnológicas de cero emisiones netas a fin de garantizar su suministro energético, sin dejar de lado el cumplimiento de sus objetivos en materia de neutralidad climática”. Para eso y por “evitar dependencias en el suministro de tecnologías de cero emisiones netas que retrasarían los esfuerzos de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero de la Unión o pondrían en peligro la seguridad del suministro de energía”, la propuesta valora los contratos públicos como instrumentos de políticas ambientales y también resiliente⁸⁶. Como se ve, las consideraciones estratégicas que afectan a la resiliencia no están aisladas y por lo contrario se refuerzan mutuamente con

⁸⁴ Véanse las Conclusiones del Consejo de la Unión Europea sobre *Inversión pública a través de la contratación pública*, cit., punto 13.

⁸⁵ COM(2023) 161 final.

⁸⁶ Véanse los considerandos 24 ss de la propuesta.

las consideraciones de durabilidad medioambiental. Por lo tanto, el apartado 1 del artículo 19 de la propuesta de Ley sobre la industria de cero emisiones netas prevé que "Los poderes adjudicadores o las entidades adjudicadoras llevarán a cabo la adjudicación de contratos de tecnologías de cero emisiones netas enumeradas en el anexo mediante un procedimiento de contratación pública sobre la base de la oferta económicamente más ventajosa, con la mejor relación calidad-precio y que incluirá como mínimo la contribución de la oferta a la sostenibilidad y la resiliencia". Según el apartado 2, los criterios relativos a la sostenibilidad medioambiental deben ir más allá de los requisitos mínimos de la legislación aplicable y los relativos a la resiliencia se determinan a proporción de productos procedentes de una única fuente de suministro. Sostenibilidad y la resiliencia son estrechamente ligados y el apartado 3 dispone que los poderes y las entidades adjudicadores den "a la contribución de la oferta a la sostenibilidad y la resiliencia una ponderación de entre el 15 y el 30 % de los criterios de adjudicación", sino posiblemente aún mayor.

En el marco del Pacto Verde, el legislador europeo claramente señala que el cambio climático debe ser combatido con todas medidas posibles, incluso con compras públicas verdes, y que resiliencia no puede ser aislada de medida de protección y restauración del medio ambiente. Una mayoría política pasatista ralentiza el progreso de Italia sobre compras públicas verdes.

Disposiciones proteccionistas y discriminatorias siempre están prohibidas, incluso - o sobre todo - a nivel regional. Por hacer frente a la pandemia de COVID y a las exigencias conectadas de políticas sociales y de protección de los trabajadores, el artículo 75 de la Ley de la región del Piamonte de 9 de Julio 2020, n. 15 estableció que, hasta al 31 de diciembre del mismo año, los poderes adjudicadores pudieron utilizar criterios premiales por las empresas que se obligaban a contratar con prevalencia, por la ejecución de compras y concesiones, mano de obra a nivel regional, tomando en cuenta los efectos sobre la ocupación de los trabajadores en la región. La disposición fue impugnada por el gobierno por violación del artículo 117, apartado 2, letras a) (violación del derecho de la Unión europea) y e) (competencia estatal exclusiva sobre el derecho de la competencia) y, dos años después, fue anulada por el Tribunal Constitucional. El Tribunal eligió focalizar su análisis sobre el segundo aspecto. A juicio del Tribunal, la ley regional favoreció a las empresas regionales y además se enfrentó a la necesidad de tener las mismas reglas sobre todo el mercado italiano de las compras públicas. Por supuesto las exigencias sociales deben ser tenidas en cuenta, pero solo en la ley estatal puede encontrarse un punto de equilibrio entre estas exigencias y las del mercado y de la competencia. Tanto es así que el propio legislador estatal en la ley delega que estaba a la base del nuevo Código previó la necesidad de un balance que después fue logrado en el apartado 13 del artículo

95, el que ya fue analizado, y que permitió de protección de la salud y del medio ambiente pero no, como la ley regional, criterios de preferencia territorial⁸⁷.

Aún más restrictiva una sentencia de poco anterior del Tribunal Constitucional sobre una ley de la Toscana que previó que financiar proyectos piloto de poderes adjudicadores en la restauración escolarística para incentivar la introducción de productos a Km0 y de cadena de suministro corta. Estos productos fueron definidos con discrepancia de lo que prevean la anterior legislación nacional y el derecho europeo haciendo referencia al propio territorio regional o al máximo uno solo intermediario⁸⁸. El Tribunal Constitucional mueve de la constatación que el propio legislador nacional - tomando el ejemplo de la Unión europea - reconoce la importancia de valorar productos a kilómetros cero y de cadena de suministro corta, incluso en los CAM sobre la restauración colectiva. Pero eso no permite favorecer los alimentos cultivados o criados en la propia región⁸⁹. También, uno intermediario solo no garantiza una menor huella de carbono por ejemplo si se compara al caso de dos intermediarios, pero cercanos (y en todo caso, la ley regional acumulaba los dos criterios)⁹⁰.

El problema con la segunda parte de esa argumentación es que el Tribunal acaba confundiendo la noción de cadena de suministro corta - que incluye aspectos y consideraciones sociales - con aquella de Km0 que ella si se focaliza sobre aspectos ambientales como la huella de carbono. Está claro que el Tribunal ignora la noción de cadena de suministro corto que - como había recordado la Toscana - es noción de derecho europeo que se refiere a un número limitado de agentes económicos, dedicados a la cooperación, el desarrollo económico local y las relaciones geográficas y sociales de cercanía⁹¹. No contento de haber confundido nociones distintas, el Tribunal concluyó que el legislador regional, no ilegítimamente intentando de “valorar productos del territorio”, lo hace “favoreciendo productos y productores regionales” y así “discriminando productos de diversa proveniencia”⁹². ¡Cómo solo se puedan valorar los productos de todos los territorios, pero no específicamente los de lo propio territorio!

⁸⁷ Corte cost. 14-1-2022, n. 4; véase C. Castaldo, *Criteri premiali di aggiudicazione: concorrenza e non discriminazione nel riparto di competenza tra Stato e Regioni* en *Il Piemonte delle Autonomie* 2022, fasc. II, que se encuentra en <https://www.piemonteautonomie.it/criteri-premiali-di-aggiudicazione-concorrenza-e-non-discriminazione-nel-riparto-ed-esercizio-delle-competenze-statali-e-regionali-nota-a-margine-alla-sentenza-corte-cost-14-gennaio-2022-n-4/>

⁸⁸ Corte cost. 9-3-2021, n. 31, en *Giur. Cost.* 2021, 297, con anotación de C. Losavio, *Se il “chilometro zero” occulta l’origine, la legge regionale altera la concorrenza.*

⁸⁹ Apartado 4.2.

⁹⁰ Apartado 4.3.

⁹¹ Artículo 2, apartado 1, letra m) del Reglamento n° 1305/2013 relativo a la ayuda al desarrollo rural a través del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader).

⁹² Última frase del apartado 4.3.

Lo que falta en la motivación de la sentencia es el análisis de la cuestión si las regiones pueden o no reforzar los CAM haciendo que los criterios de adjudicación solo voluntarios por el Estado sean obligatorios por sus poderes adjudicadores regionales. Y por tanto la Región había hecho referencia a los CAM por demostrar que su ley era conforme a las tendencias normativas nacionales sobre compras públicas de alimentos. ¡Pero el Tribunal Constitucional estaba demasiado enfadado con respaldar la competencia del Estado por verificar si las regiones pueden contribuir a perseguir políticas medioambientales!

Hay más. Poco más de un año de la sentencia del Tribunal, el artículo 2, apartado 1, letra a) de la Ley 17 maggio 2022, n. 61 introdujo una definición de productos agrícolas y alimentarios a kilómetro cero aún más restrictiva de la contenida en la ley regional de Toscana. La letra indicada define los productos interesados como productos cultivados y criados en un radio no mayor de 70 kilómetros del lugar donde están vendidos o consumidos, y en todo caso en la misma provincia (en Italia la provincia es el ente intermedio entre municipalidad y región). Por lo que es del pescado, la referencia del radio es el punto donde las capturas fueron desembarcadas o - e inevitablemente la reminiscencia va a los asuntos *Factortame* - a la autoridad marítima en la que el barco pesquero está inscrito⁹³. Hay más de una autoridad marítima en cada región que se asoma al mar (cuatro en la sola Toscana). Aún más, la norma nacional es más restrictiva de la ley regional de Toscana, que el Tribunal Constitucional anuló por haber ilegítimamente compartido el mercado nacional de las compras públicas. Finalmente, como antes se ha explicado, el artículo 2, apartado 1, letra b) de la Ley 17 maggio 2022, n. 61 define la cadena de suministro corto en el exacto modo que la definía la ley regional de Toscana, con referencia a máximo una intermediación y no más. Aparte el dubio que las definiciones en la ley de 2022 no sean conformes al derecho de la Unión europea, si se pudiera tomar en serio la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se debería concluir que en algunos casos más intermediarios pero localizados en una cercanía bien pudieron determinar una menor huella de carbono, y por tanto la ley nacional es irracional e ilegítima en el sentido del artículo 3 de la Constitución. Pero el Tribunal Constitucional italiano es en general menos severo con el Estado de lo que lo es con las regiones.

6. CONCLUSIONES

El panorama de las compras sostenible en Italia se caracteriza por la luces y sombras. Los CAM representan un aproximación virtuoso a las compras verdes. Se trata de una herramienta muy eficaz que crea un extenso mercado para productos y servicios durables

⁹³ STJCE 19-6-1990, asunto *Factortame* y otros C-213/89 y STJCE 25-7-1991, *Factortame* y otros C-221/89,

y, al mismo tiempo, no requiere muchos esfuerzos a los poderes adjudicadores que simplemente deben insertar las cláusulas de los CAM en los documentos de los procedimientos de licitación. Pero los CAM son obligatorios solo para las especificaciones técnicas y las condiciones de ejecución del contrato.

Las cadenas cortas de suministro y el kilómetro cero son los instrumentos de proximidad fundamentales utilizados en Italia, incluso en los criterios de la oferta económicamente más ventajosa, con la mejor relación calidad-precio, pero no sin cambios repentinos en la legislación que dejan los poderes adjudicadores en la encrucijada entre la inacción y preferencias locales o muy locales - el proteccionismo municipal - de legitimidad dudosa. Por supuesto, a ello no ayuda una jurisprudencia como la del Tribunal Constitucional tan “encaramada” en la defensa de las competencias estatales cuanto indiferente en el concreto frente a los desafíos del clima y de ambiente⁹⁴.

Además, el legislador italiano se dio cuenta de los efectos nefastos de la competencia para los contratos públicos sobre los derechos e intereses económicos de los trabajadores. Por eso limitó el recurso al precio más bajo en los contratos de alta intensidad de mano de obra y más en general “esterilizó” los costes laborales y de seguridad en el trabajo de la competencia entre empresas⁹⁵. Pero siempre la atención se focaliza sobre los trabajadores italianos - o que trabajan en Italia - y no sobre la red de cadenas de suministros que cruzan el Mundo⁹⁶. Todo el contrario de lo que ya en 2020 destacaron las Conclusiones del Consejo de la Unión Europea sobre *Inversión pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía de la UE resiliente*, es decir “que las compras públicas pueden y deben utilizarse para apoyar los aspectos sociales y la protección de los derechos humanos en las cadenas de suministro mundiales, la inclusión social y el empleo justo para contrarrestar los efectos socioeconómicos de la crisis”⁹⁷.

Como ha afirmado Gimeno Feliu, la contratación pública “debe ser re-contextualizada desde la perspectiva de inversión y no de gasto. Y como inversión interesa su correcta articulación como actividad estratégica”⁹⁸. Lo que falta en el Código de 2023 es precisamente una visión estratégica, que incluya el entendimiento de la contribución que

⁹⁴ Véase Corte cost. 9-3-2021, n. 31.

⁹⁵ Véase el análisis de M. Baldi y F. Rumma, *L’obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendali dopo il Codice appalti*, en *Urbanistica e appalti*, 2018, 251; la formulación originaria de la previsión encuentro la crítica del Tribunal de Justicia por falta de transparencia: STJCE 10-11-2016, asunto Edra Costruzioni Soc. coop C-140/16: véase M. Baldi, *La Corte di giustizia sui costi di sicurezza aziendali*, en *Urbanistica e appalti*, 2017, 346.

⁹⁶ Hace excepción el reciente CAM sobre los productos textiles https://gpp.mite.gov.it/sites/default/files/2023-06/CAM_Tessili_in_GU.pdf analizado *supra* § 4.

⁹⁷ 2020/C 412 I/01, punto 13.

⁹⁸ J.M. Gimeno Feliu, *El necesario big bang*, cit.

las compras públicas pueden dar a la resiliencia del país, y de Europa, sea en materia medioambiental sea en la consideración de los aspectos sociales. El Código de 2023, a diferencia de lo de 2016 (artículo 95, apartado 6), nunca hace referencia a la economía circular que es el pilar más destacado de la resiliencia.⁹⁹ Las escasas reglas sobre las compras de bienes y servicios informáticos que hay en el Código no están articuladas con referencia a la diversificación de las cadenas de suministro que sin embargo es fundamental por la resiliencia de las compras, no solo públicas¹⁰⁰.

Al final, el nivel de protección del medio ambiente y de las exigencias sociales solo depende del legislador estatal - en el marco del respeto del derecho de la Unión Europea - legislador estatal que está condicionado en Italia a cambios políticos frecuentes, incluso los que pueden beneficiar a partidos y opiniones políticas retrógradas. Si es verdad que las regiones a menudo intentan adoptar normas proteccionistas, pero la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no deja espacio alguno para iniciativas y experimentos regionales. Además, siempre tenemos los CAM. Por el momento, esperamos que los criterios obligatorios sean adoptados por las instituciones europeas y que tales criterios se encuentren a salvo de los cambios políticos en nuestro país.

⁹⁹ Véase el briefing al Parlamento europeo sobre *Resilience of global supply chains Challenges and solutions* en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/698815/EPRS_BRI\(2021\)698815_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/698815/EPRS_BRI(2021)698815_EN.pdf) p. 6.

¹⁰⁰Bacchetta M., Bekkers E., Piermartini R., Rubinova S., Stolzenburg V., Xu A., *Covid-19 and global value chains*, WTO, 2021, se encuentra en https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd202103_e.pdf esp. pp. 21 ss. por las compras públicas.