



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 67_xaneiro-xuño 2024 | pp. 223-250
Santiago de Compostela, 2024
<https://doi.org/10.36402/regap.v67i1.5185>
© María de los Ángeles Fernández Scagliusi
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 07/02/2024 | Aceptado: 03/12/2024

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

O protagonismo dos principios xerais no Código italiano de contratos públicos

El protagonismo de los principios generales en el Código italiano de contratos públicos

67 Regap

The prominence of general principles in the Italian Code of Public Contracts

Regap



ESTUDIOS

MARÍA DE LOS ÁNGELES FERNÁNDEZ SCAGLIUSI
Profesora titular de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla
scagliusi@us.es

Resumo: Sete anos despois da aprobación do Decreto lexislativo número 50, do 18 de abril de 2016, Italia promulgou un novo código de contratación pública: o Decreto lexislativo número 36, do 31 de marzo de 2023. O código destaca tanto polo seu contido innovador como polo seu proceso de aprobación particular. Este estudo pretende analizar un dos cambios máis importantes incorporados pola norma: a inclusión do catálogo de principios xerais que deben guiar a contratación pública e o comportamento de quen opera no sector, prestando especial atención á función que cumpre cada un deles e como deben relacionarse entre si.

Palabras clave: Contratos públicos, reforma normativa, principios xerais, simplificación, dixitalización.

Resumen: Siete años después de la aprobación del Decreto legislativo número 50, de 18 de abril de 2016, Italia promulgó un nuevo Código de contratación pública: el Decreto legislativo número 36, de 31 de marzo de 2023. El código destaca tanto por su contenido innovador como por su proceso de aprobación particular. El presente estudio se propone analizar uno de los cambios más importantes incorporados por la norma: la inclusión del catálogo de principios generales que deben guiar la contratación pública y

el comportamiento de quienes operan en el sector, prestando especial atención a la función que cumple cada uno de ellos y cómo han de relacionarse entre sí.

Palabras clave: Contratos públicos, reforma normativa, principios generales, simplificación, digitalización.

Abstract: Seven years after the approval of Legislative Decree number 50 of 18 April 2016, Italy enacted a new Public Procurement Code: Legislative Decree number 36 of 31 March 2023. The Code stands out both for its innovative content and for its particular approval process. This study aims to analyse one of the most important changes introduced by the regulation: the inclusion of the catalogue of general principles that should guide public procurement and the behaviour of those operating in the sector, paying particular attention to the role of each of them and how they should relate to each other.

Key words: Public contracts, regulatory reform, general principles, simplification, digitization.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El proceso de elaboración del nuevo Código italiano de contratos públicos. 3. Principales novedades introducidas por el código. 4. Los principios generales del Código de contratos públicos. 4.1. Consideraciones generales. 4.2. Las funciones que cumplen los principios. 4.3. Los principios introducidos por el código. a) Principio de resultado. b) Principio de confianza. c) Principio de acceso al mercado. d) Criterio interpretativo y aplicativo. e) Principio de buena fe y tutela de la confianza. f) Principio de solidaridad y subsidiariedad horizontal, relaciones con los entes del tercer sector. g) Principio de autoorganización administrativa. h) Principio de autonomía contractual, prohibición de prestar obras intelectuales a título gratuito. i) Principio de conservación del equilibrio contractual. j) Principio de taxatividad de las causas de exclusión y de máxima participación. k) Principio de aplicación de los contratos colectivos nacionales de sector, incumplimientos contributivos y retraso en los pagos. l) Remisión externa. 5. Conclusiones. Bibliografía.

1 Introducción

Siete años después de la aprobación del Decreto legislativo número 50, de 18 de abril de 2016, por el que se transponen las Directivas europeas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE sobre los contratos públicos, Italia promulgó un nuevo Código de contratación pública: el Decreto legislativo número 36, de 31 de marzo de 2023, titulado “Codice dei contratti pubblici in attuazione dell’articolo 1 della legge 21 giugno 2022, numero 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici”¹. El código está publicado en la *Gazzeta Ufficiale* núm. 77, de 31 de marzo de 2023.

La entrada en vigor de esta nueva norma tuvo lugar el 1 de abril de 2023, derogando el Decreto legislativo 18 aprile 2016, número 50. Sin embargo, como establece el art. 229, se aplica –y, por tanto, sus disposiciones son efectivas– a partir del 1 de julio de 2023².

¹ El artículo 1 de esta norma delega en el Gobierno la adopción de uno o varios decretos legislativos relativos a la regulación de la contratación pública, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta ley, con el fin de adaptarla al derecho europeo y a los principios expresados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de los tribunales superiores, tanto internos como supranacionales, y de racionalizar, reorganizar y simplificar la normativa existente en materia de contratación pública de obras, servicios y suministros, así como de evitar la incoación de procedimientos sancionadores por parte de la Comisión Europea y lograr la resolución de los procedimientos incoados.

² El artículo 229, que lleva por rúbrica “Entrata in vigore”, afirma: 1. Il codice entra in vigore, con i relativi allegati, il 1° aprile 2023. 2. Le disposizioni del codice, con i relativi allegati, acquistano efficacia il 1° luglio 2023. MASSARI, A., *Gli appalti pubblici dopo il nuovo Codice*, Maggioli editore, Rimini, 2023, explica en el capítulo 1 cuándo se produce la entrada en vigor, cuál es el régimen transitorio y las derogaciones, señalando que el código realiza una distinción inusual en el derecho italiano entre entrada en vigor de la norma y eficacia de la misma.

En este punto debe precisarse que existe un complejo período transitorio³, hasta el 31 de diciembre de 2023, que prevé la prórroga de la vigencia de determinadas disposiciones del Decreto legislativo 50/2016 y de los decretos de simplificaciones (Decreto-ley número 76, de 16 de julio de 2020, *Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*, y Decreto-ley número 77, de 31 de mayo de 2021, *Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*).

Asimismo, no sólo se contemplan excepciones en la entrada en vigor, sino que, para permitir la aplicación efectiva de los nuevos artículos, muchas de las instituciones son realmente aplicables a partir del 1 de enero de 2024, lo que significa que hasta principios del año 2024 el código no estaba operativo en su totalidad.

Las licitaciones convocadas entre el 1 de abril de 2023 y el 30 de junio de 2023 han debido seguir, por tanto, la regulación del código anterior (Decreto legislativo núm. 50/2016), mientras que las publicadas con posterioridad han debido adaptarse a la nueva norma (Decreto legislativo núm. 36/2023).

El código destaca tanto por su contenido innovador como por su proceso de aprobación particular⁴. Resulta interesante repasar este proceso estrechamente relacio-

³ Sobre esta cuestión, véase el artículo 225 del código, que se ocupa de las disposiciones transitorias y de coordinación. En concreto, permanecen en vigor hasta el 31 de diciembre de 2023 los siguientes artículos del Decreto legislativo 50/2016: artículo 70 avisos de preinformación; artículo 72 redacción y modalidades de publicación de los pliegos y avisos; artículo 73 publicación a nivel nacional (incluido el Decreto del Ministerio de Infraestructuras y Transportes, aprobado en virtud del artículo 73, apartado 4 del mismo código, según el Decreto legislativo 50/2016); artículo 127, apartado 2 publicidad y aviso periódico indicativo; artículo 129, apartado 4 pliegos de licitación y avisos relacionados con los contratos adjudicados. Hasta el 31 de diciembre de 2023 continúan las publicaciones en la plataforma del servicio de contratos públicos del Ministerio de Infraestructuras y Transportes, según el anexo "B" al Decreto legislativo 33/2013.

Los siguientes artículos del Decreto legislativo 36/2023 serán efectivos a partir del 1 de enero de 2024: artículo 27 publicidad legal de los actos; artículo 81 avisos de preinformación; artículo 83 pliegos y avisos: contenidos y modalidades de redacción; artículo 84 publicación a nivel europeo; artículo 85 publicación a nivel nacional.

Las disposiciones del Decreto legislativo 50/2016 se aplicarán de manera transitoria hasta el 31 de diciembre de 2023 para la realización de actividades específicas, contenidas en los siguientes artículos: artículo 21, apartado 7 programa de compras y planificación de obras públicas; artículo 29 principios en materia de transparencia; artículo 40 obligación de usar medios de comunicación electrónicos en los procedimientos de adjudicación; artículo 41, apartado 2-bis medidas de simplificación de los procedimientos de licitación realizados por centrales de contratación; artículo 44 digitalización de procedimientos; artículo 52 reglas aplicables a las comunicaciones; artículo 53 acceso a los documentos y confidencialidad; artículo 58 procedimientos realizados a través de plataformas telemáticas de negociación; artículo 74 disponibilidad electrónica de los documentos de licitación; artículo 81 documentación de licitación; artículo 85 documento europeo único de contratación; artículo 105, apartado 7 subcontratación (depósito del contrato de subcontratación en la entidad contratante por parte del adjudicatario); artículo 111, apartado 2-bis control técnico, contable y administrativo (metodologías y herramientas electrónicas para conexión a la base de datos de la Autoridad Nacional Anticorrupción - ANAC); artículo 213, apartados 8, 9 y 10 ANAC (Gestión por parte de la ANAC de la base de datos nacional de contratos públicos); artículo 214, apartado 6 Ministerio de Infraestructuras y Transportes y Estructura Técnica de Misión, que tiene tareas de dirección estratégica, desarrollo de infraestructuras y apoyo a las funciones de alta vigilancia (habilitación por parte del Ministerio de comisionados extraordinarios en caso de incumplimiento de los sujetos competentes). Desde el 1 de enero de 2024 entran en vigor las disposiciones de los siguientes artículos del nuevo código: artículo 19 principios y derechos digitales; artículo 20 principios en materia de transparencia; artículo 21 ciclo de vida digital de los contratos públicos; artículo 22 ecosistema nacional de contratación pública (*e-procurement*); artículo 23 base de datos nacional de contratos públicos; artículo 24 expediente virtual del operador económico; artículo 25 plataformas de contratación pública digital; artículo 26 reglas técnicas; artículo 27 publicidad legal de los actos; artículo 28 transparencia de los contratos públicos; artículo 29 reglas aplicables a las comunicaciones; artículo 30 uso de procedimientos automatizados en el ciclo de vida de los contratos públicos; artículo 31 registro de operadores económicos participantes en licitaciones; artículo 35 acceso a los documentos y confidencialidad; artículo 36 normas procedimentales en materia de acceso; artículo 37, apartado 4 planificación de obras y adquisiciones de bienes y servicios; artículo 81 avisos de preinformación; artículo 83 pliegos y avisos: contenidos y modalidades de redacción; artículo 84 publicación a nivel europeo; artículo 85 publicación a nivel nacional; artículo 99 verificación del cumplimiento de requisitos para participar en la licitación; artículo 106, apartado 3, garantías para la participación en el procedimiento.

⁴ GIUFFRIDA, V., "Italia adopta un nuevo Código de contratación pública en aras de la simplificación y la lógica del resultado", *Boletín del Observatorio de Contratación Pública*, mes 4, 2023.

nado con la motivación de la reforma: simplificar y racionalizar la regulación de los contratos públicos. Precisamente, con el fin de conseguir esa simplificación formal, el nuevo código es un libro único de 229 artículos distribuidos en cinco libros⁵ sin referencias a otras normas y leyes. Los 36 anexos han reemplazado las 104 normas secundarias existentes con anterioridad. A pesar de que el número de artículos es similar al del código anterior, la nueva norma reduce considerablemente el número de párrafos, palabras y caracteres utilizados. Además, a través de sus anexos –que reemplazan todas las demás fuentes de implementación– elimina significativamente el número de normas, de reglamentos anteriores y las Directrices de la ANAC, contribuyendo así a simplificar y racionalizar el marco normativo de los contratos públicos, tal como lo requiere el PNRR⁶. También es innovadora la ambición del nuevo código, que va más allá de la propia ley delegada, que simplemente pedía al legislador que incorporara las líneas jurisprudenciales más recientes en materia de contratos públicos. El nuevo código tiene la ambición de establecer “una jerarquía de valores” capaz de generar principios jurídicos y directrices interpretativas en la materia.

El código se presenta como “autoejecutivo”, en cuanto no requiere ulteriores medidas de aplicación, como reglamentos o directrices. Así pues, a diferencia de lo ocurrido en el pasado, se garantiza la aplicación inmediata de toda la normativa y, en consecuencia, una mayor seguridad jurídica. Este objetivo se logró mediante la incorporación de 35 anexos, que concentran los 47 anexos de las directivas europeas, así como las directrices de la Agencia Nacional Anticorrupción Italia –en adelante ANAC– y los reglamentos vigentes. De esta manera se pretende superar la variedad de las fuentes de aplicación del código anterior, que generaba mucha controversia en la materia.

Además, los anexos están sujetos a un innovador mecanismo de desregulación: son de naturaleza legislativa en primera aplicación, pero pueden ser modificados por un reglamento, como se explica en la exposición del Consejo de Estado adjunto al esquema definitivo de código⁷. Así, aunque los anexos comienzan siendo parte del cuerpo legislativo formal, hay un procedimiento innovador que permite que posteriormente sean modificados de manera más ágil y flexible por medio de un reglamento. Esta previsión pretende facilitar la actualización y adaptación de esos anexos a condiciones cambiantes sin necesidad de someterse nuevamente a todo el proceso legislativo.

⁵ El libro I se titula “Dei principi, della digitalizzazione, della programmazione, della progettazione”, el libro II “Dell'appalto”, el libro III “Della selezione dei partecipanti e delle offerte”, el libro IV “Del partenariato pubblico-privato e delle concessioni” y el libro V “Del contenzioso e dell'ANAC. Disposizioni finali e transitorie”.

⁶ BUONANNO, A. y COSMAI, P., *La riforma del Codice degli appalti*, Wolters Kluwer, Milano, 2023.

⁷ GIUFFRIDA, V., “Italia adopta un nuevo Código de contratación pública en aras de la simplificación y la lógica del resultado”..., *op. cit.*

2 El proceso de elaboración del nuevo Código italiano de contratos públicos

La aprobación del nuevo código es una de las reformas llevadas a cabo como consecuencia del Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia –en adelante PNRR–, esto es, se inserta en el ámbito de uno de los objetivos del nuevo PNRR. Realmente, no había una necesidad inmediata de adoptar un nuevo código como ocurrió en 2014 debido a la transposición de las Directivas⁸, pero sí se ha considerado que hacía falta una reforma del marco legislativo de la contratación pública en aras de la simplificación y digitalización de la misma.

El PNRR está conformado por seis objetivos: 1 “Digitalización, innovación, competitividad, cultura y turismo”; 2 “Revolución verde y transición ecológica”; 3 “Infraestructuras para una movilidad sostenible”; 4 “Instrucción e investigación”; 5 “Inclusión y cohesión”; 6 “Salud”.

Dentro del primer objetivo, Italia adopta en el PNRR medidas en los siguientes campos: la digitalización, innovación y seguridad en la Administración Pública; la digitalización, innovación y competitividad en el sistema productivo; el turismo y la cultura.

Concretamente, para conseguir la digitalización, innovación y seguridad en la Administración Pública se incorporan cinco ejes, dentro de los cuales se encuentra la contratación pública.

El eje 1 “Digitalización de la Administración pública” contiene medidas dirigidas a fomentar la digitalización de la Administración pública italiana e incluye siete inversiones y tres reformas. Las inversiones tienen por objeto, en particular: a) racionalizar y consolidar las infraestructuras digitales existentes de la Administración pública; b) priorizar el aprovisionamiento de servicios basado en tecnologías en la nube, c) prestar especial atención a la armonización y la interoperabilidad de las plataformas y los servicios de datos, la aplicación del principio de «solo una vez» y la accesibilidad de los datos a través de un catálogo de interfaces de programación de aplicaciones (API); d) mejorar la disponibilidad, la eficiencia y la accesibilidad de todos los servicios públicos digitales con el fin de aumentar el nivel de adopción y satisfacción de los usuarios, e) reforzar los medios de defensa de Italia contra los riesgos que plantea la ciberdelincuencia, f) fomentar la transformación digital de las grandes administraciones centrales; y g) abordar la brecha digital reforzando las competencias digitales de los ciudadanos.

Las reformas en el marco de este eje tienen por objeto, en particular: a) racionalizar y acelerar el proceso de contratación de servicios de tecnologías de la información y la comunicación (TIC) por parte de la Administración pública; b) apoyar la transformación digital de la Administración pública; y c) eliminar los obstáculos al uso

⁸ La decisión de adoptar un nuevo código cuando probablemente nos encontremos próximos a una 6.ª generación de directivas, que obligan a incorporar al ordenamiento nacional sus previsiones, no ha estado exenta de críticas. Incluso con anterioridad a 2023, PARDI, L., “Brief Overview on Latest Intervention on Italian Public Procurement Discipline Aimed at Hindering the COVID-19 Economic Crisis”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, n. 16, 2021, pp. 250-251.

de los servicios en la nube por parte de las administraciones públicas y racionalizar los procesos de intercambio de datos entre administraciones.

Las inversiones y reformas en el marco de este componente pretenden contribuir a abordar las recomendaciones específicas dirigidas a Italia en 2020 y 2019 sobre la necesidad de «mejorar la eficacia de la Administración pública, en particular invirtiendo en las capacidades de los empleados públicos, acelerando la digitalización y aumentando la eficiencia y la calidad de los servicios públicos locales» (recomendación específica por país 3, 2019), y de «centrar la inversión en la transición ecológica y digital, en particular en [...] infraestructuras digitales reforzadas para garantizar la prestación de servicios esenciales» (recomendación específica por país 3, 2020).

El eje 2 “Justicia” incorpora medidas orientadas a aumentar la eficiencia del sistema judicial, reduciendo la duración de los procedimientos y acercando a Italia a la media de la Unión Europea. El funcionamiento del sistema judicial italiano dista mucho del de otros Estados miembros en términos de duración de los procedimientos, como se indica en el último informe de la Comisión Europea para la eficiencia de la justicia (CEPEJ). Este componente aborda las recomendaciones específicas por país dirigidas a Italia en 2020 y 2019 sobre la reducción de la duración de los procedimientos judiciales civiles y la mejora de la eficacia de la lucha contra la corrupción (recomendaciones específicas por país 4, 2019 y 4, 2020). Además, se fomenta la digitalización del sistema judicial como requisito para la transición digital.

El eje 3 “Administración pública” incluye medidas destinadas a reformar la Administración pública italiana y mejorar la capacidad administrativa. Italia se sitúa por debajo de la media de los países de la Unión Europea tanto por lo que se refiere a la eficacia del Gobierno como por la confianza en el gobierno.

Las reformas de la Administración pública italiana se vieron afectadas por un grave déficit en su aplicación y por el escaso reconocimiento y difusión de las innovaciones. Deben proseguir los esfuerzos para reforzar la capacidad de planificación estratégica, los mecanismos de seguimiento y evaluación y los instrumentos de formulación de políticas basados en pruebas.

El principal objetivo de este componente es mejorar la capacidad administrativa de las administraciones públicas italianas a nivel central y local, tanto en términos de capital humano como en términos de simplificación de los procedimientos administrativos. En esta sección se presenta la estrategia global estructural de recursos humanos, que va desde los procesos de selección hasta las trayectorias profesionales.

La reforma incluye también medidas para simplificar los procedimientos. Este componente aborda las recomendaciones específicas por país dirigidas a Italia en 2020 y 2019 sobre la mejora de la eficacia de la administración pública (recomendaciones específicas por país 3, 2019 y recomendaciones específicas por país 4 y 2020).

El eje 4 “Contratación pública y pagos de las administraciones públicas” contempla acciones para reformar determinados aspectos clave del marco legislativo italiano en materia de contratación pública y a reducir la morosidad de las administraciones públicas a nivel central, regional y local, así como de las autoridades sanitarias regionales. El principal objetivo de la reforma es simplificar las normas

de contratación pública, aumentar la seguridad jurídica de las empresas y acelerar la adjudicación de contratos públicos, manteniendo al mismo tiempo las garantías procedimentales en términos de transparencia e igualdad de trato.

El primer paso de esta reforma consistía en la adopción de un primer conjunto de medidas urgentes de simplificación con un decreto legislativo para mayo de 2021 con el fin de: simplificar y digitalizar los procedimientos de las centrales de compras; registrar los contratos en la base de datos anticorrupción de la autoridad nacional de lucha contra la corrupción (ANAC); crear oficinas especializadas encargadas de los procedimientos de contratación pública en Ministerios, Regiones y ciudades metropolitanas; fijar un objetivo para reducir el tiempo entre la publicación y la adjudicación del contrato y entre la adjudicación del contrato y la finalización de las infraestructuras; e incentivar mecanismos alternativos de resolución de litigios en la fase de ejecución de los contratos.

La segunda etapa de esta reforma consistía en llevar a cabo una serie de modificaciones del Código de contratación pública que se aplicarían a más tardar en el segundo trimestre de 2023, con acciones encaminadas a: reducir la fragmentación de los poderes adjudicadores; exigir la creación de una plataforma electrónica como requisito básico para participar en la evaluación a escala nacional de la capacidad de contratación pública; y facultar a la autoridad nacional de lucha contra la corrupción para revisar la cualificación de los poderes adjudicadores.

Esta reforma aspiraba también a hacer operativo el sistema nacional de contratación electrónica a finales de 2023.

Finalmente, el eje 5 “Reformas presupuestarias estructurales (fiscalidad y gasto público)” incluye varias reformas destinadas a apoyar la sostenibilidad de las finanzas públicas de Italia (recomendaciones específicas por país 1 y 2019). Desde el punto de vista de los ingresos, las reformas tienen por objeto mejorar el proceso de recaudación de impuestos, fomentar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y luchar contra la evasión fiscal, con el fin de reducir los costes de cumplimiento para los contribuyentes y aumentar los ingresos de las administraciones públicas, contribuyendo a mejorar la sostenibilidad de las finanzas públicas. Desde el punto de vista de los gastos, las reformas tienen por objeto mejorar la eficiencia del gasto público, tanto a nivel central, reforzando el marco existente para las revisiones anuales del gasto, como a nivel subnacional, completando la reforma de las relaciones fiscales entre los distintos niveles de gobierno.

Dando cumplimiento a las citadas previsiones del PNRR, en mayo de 2021 se aprueba el Decreto legislativo núm. 77, de 31 de mayo⁹, que –como señala en su art. 1– define el marco normativo nacional dirigido a simplificar y facilitar la realización de las metas y objetivos establecidos por el Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia, según el reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021, por el Plan nacional para las inversiones complementarias según el Decreto-ley 6 de mayo de 2021, n.º 59, así como por el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2030 según el Reglamento (UE) 2018/1999 del Parlamento Europeo

⁹ La entrada en vigor de la norma tuvo lugar el 1 de junio de 2021.

y del Consejo de 11 de diciembre de 2018. Esta norma introduce, en su título IV (arts. 47 a 56), medidas relativas a la aceleración de los procedimientos referidos a las intervenciones en materia de transición ecológica y digital y de contratos públicos.

Posteriormente, en junio de 2022, entra en vigor la Legge delega 78/2022, que habilita al Gobierno para la adopción, dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigor de la presente ley, de uno o más decretos legislativos que contengan la normativa de los contratos públicos, con el fin de adecuarla al derecho europeo y a los principios expresados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de las jurisdicciones superiores, tanto internas como supranacionales, y de racionalizar, reordenar y simplificar la normativa vigente en materia de contratos públicos relativos a obras, servicios y suministros, así como para evitar el inicio de procedimientos sancionadores por parte de la Comisión Europea y llegar a la resolución de los procedimientos iniciados.

3 Principales novedades introducidas por el código

Como hemos indicado, los objetivos generales de esta nueva norma son la simplificación (con la consiguiente eliminación de la sobrerregulación), la digitalización y la agilización de la contratación pública, por lo que los cambios incorporados están orientados a la consecución de los mismos.

Entre las novedades más significativas que ha introducido el código cabe citar:

3.1 La incorporación de un catálogo de principios.

Una de las principales novedades introducidas por el nuevo Código de contratos públicos consiste en la promulgación de los principios generales, a los que se dedican los primeros doce artículos, que deben guiar la materia y el comportamiento de quienes operan en el sector. Los principios son las directrices fundamentales que rigen y orientan los procesos de contratación pública.

La parte I del código, dedicada a los principios generales, es considerada, prácticamente de manera unánime, la novedad más significativa de la norma, que abiertamente aspira a enunciar principios rectores para la interpretación y aplicación de los contratos públicos.

Concretamente, el título I (arts. 1 a 12) del código lleva por rúbrica “Los principios generales” y regula los siguientes principios: principio de resultado (art. 1); principio de confianza (art. 2); principio de acceso al mercado (art. 3); criterio interpretativo y aplicativo (art. 4); principio de buena fe y tutela de la confianza (art. 5); principio de solidaridad y subsidiariedad horizontal, relaciones con los entes del tercer sector (art. 6); principio de autoorganización administrativa (art. 7); principio de autonomía contractual, prohibición de prestar obras intelectuales a título gratuito (art. 8); principio de conservación del equilibrio contractual (art. 9); principio de taxatividad de las causas de exclusión y de máxima participación (art. 10); principio de aplicación

de los contratos colectivos nacionales de sector, incumplimientos contributivos y retraso en los pagos (art. 11) y remisión externa (art. 12).

Como se ha señalado, su inclusión como un catálogo puede considerarse el elemento más innovador de la reforma, intentando otorgar a los principios un contenido concreto, al tiempo que se busca fortalecer la relación entre la Administración pública y los diferentes actores involucrados en el proceso de contratación. La invocación a estos principios también cumple una función de completitud del ordenamiento jurídico (intentando suplir las posibles lagunas jurídicas) y de garantía de la protección de intereses en juego en la contratación pública.

Como ha destacado el Consejo de Estado, la sistematicidad de éstos implica que no deben interpretarse de manera aislada o independiente, sino que están interconectados y han de aplicarse de manera conjunta para lograr un sistema de contratación pública eficiente, transparente y justo¹⁰.

3.2 La digitalización de todo el ciclo de vida del contrato.

Otra de las novedades más importantes del nuevo código es la digitalización de todo el ciclo de vida del contrato, incluido el procedimiento de licitación. En efecto, uno de los pilares del Código de contratos públicos es la digitalización de todas las fases de los contratos públicos de obras o de concesión, de cualquier importe; objetivo que también es de los más relevantes del PNRR (hito M1C1-75). Por consiguiente, un ente adjudicador o concedente que pretenda celebrar un contrato de obra o servicio, o de concesión de obra o servicio, de cualquier importe, debe recurrir a una plataforma de suministro digital certificada para llevar a cabo dicha adjudicación¹¹.

Este proceso de innovación digital marca un hito en la contratación pública italiana, un avance que se alinea con la modernización y expansión en el contexto europeo. Esta transformación está destinada a tener una influencia considerable en los ciudadanos, así como en las administraciones y empresas del país. Ciertamente, la digitalización de la contratación pública es un componente esencial de esta transformación y contribuye a agilizar y acelerar los procedimientos de compra de las

¹⁰ El Consejo de Estado en su Dictamen Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della Legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", de 7 de diciembre de 2022, p. 11 indica que los principios generales de un sector expresan, de hecho, valores y criterios de evaluación inherentes al ordenamiento jurídico, que tienen una "memoria total" que las disposiciones individuales y específicas no pueden tener, aunque sean atribuibles a él. Además, los principios se caracterizan por una prevalencia de contenido deontológico en comparación con las normas individuales, incluso cuando se reconstruyen en su sistema, con la consecuencia de que, como criterios de evaluación constituyen el fundamento jurídico de la disciplina considerada.

¹¹ Las instrucciones detalladas con respecto al inicio del proceso de digitalización se proporcionan en el Comunicado adoptado, de acuerdo con el Ministerio de Infraestructuras y Transportes, mediante la resolución núm. 582 de 13 de diciembre de 2023. La obligación de recurrir exclusivamente a plataformas de suministro digital certificadas se debe al hecho de que solo estas últimas forman parte del ecosistema nacional de abastecimiento digital y, por lo tanto, son las únicas que pueden intercambiar datos e información con la Base de Datos Nacional de Contratos Públicos (BDNCP) y adquirir los CIG (Códigos de Identificación de Gestión). A partir del 1 de enero de 2024, la adquisición del CIG se realiza directamente desde las plataformas de suministro digital certificadas que gestionan el ciclo de vida del contrato, a través del intercambio de datos e información con la Base de Datos Nacional de Contratos Públicos (BDNCP).

administraciones: ampliar la participación de los agentes del mercado y hacer el ciclo de vida de las contrataciones más transparente, facilitando los controles necesarios¹².

Los objetivos que se pretenden lograr mediante la digitalización del ciclo de vida de los contratos públicos son diversos y abarcan¹³:

- a) Mayor eficiencia en la gestión de los procedimientos mediante una rápida circulación de los datos relevantes.
- b) Reducción de los tiempos reales de duración de los procedimientos, especialmente gracias al expediente virtual del operador económico, en la fase de controles sobre los sujetos participantes en las licitaciones.
- c) Contrarresto efectivo, de manera preventiva, de fenómenos patológicos de mala administración, incluida la corrupción.
- d) Máxima transparencia de los procedimientos, gracias a las mayores posibilidades de acceso.
- e) Rastreabilidad de las operaciones de pago.
- f) Control en tiempo real de la asignación del gasto público en todo el territorio nacional.
- g) Reducción de los costes de los procedimientos.
- h) Mayor facilidad en el cumplimiento de las obligaciones de publicidad y comunicación a cargo de las entidades adjudicadoras.
- i) Simplificación y reducción de las cargas para los operadores económicos.
- j) Certeza jurídica de los datos e información utilizados por las entidades adjudicadoras, especialmente en el caso del empleo de tecnologías basadas en registros distribuidos (llamadas *blockchain*).
- k) Mejor ejercicio de los derechos de ciudadanía digital, previstos por el CAD.
- l) Reducción de las variaciones (y de las posibles impugnaciones) en la fase de ejecución con el uso de la metodología BIM –por sus siglas en inglés, *Building Information Modelling*– (tecnología que también facilita la gestión posterior de la obra a lo largo de su ciclo de vida residual). Es una forma de trabajo colaborativa basada en la digitalización y en la colaboración entre agentes a lo

¹² RACCA, G. M., "La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle Pubbliche Amministrazioni e qualificazione delle imprese", CAVALLO, P. R. y GALETTA, D. U. (coords.), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Giapicchelli, Torino, 2020, pp. 321-322.

¹³ CARLOTTI, G., "I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione", *Giustizia Amministrativa*, 2023, disponible en: <https://www.giustizia-amministrativa.it/-/carlotti-i-principi-nel-codice-dei-contratti-pubblici-la-digitalizzazione>

largo de todo el ciclo de vida de una edificación o infraestructura, que busca una mayor eficiencia económica y medioambiental en la inversión, lo que permite también la reducción de riesgos e incertidumbres y el incremento de la calidad. Consiste en el uso de una representación digital compartida de un activo para facilitar los procesos de diseño, construcción y operación y proporcionar una base confiable para la toma de decisiones.

El uso de BIM en la contratación pública persigue un objetivo doble: mejorar la eficiencia del gasto público y servir de impulso para la transformación digital del sector de la construcción¹⁴.

Además, con el fin de preparar a todos los participantes del sistema de contratación –incluyendo las entidades adjudicadoras, los operadores económicos y las entidades públicas– para este cambio significativo previsto para el 1 de enero de 2024, la ANAC está trabajando activamente en el desarrollo y provisión de la infraestructura necesaria para llevar a cabo los procesos de licitación de manera digital. Asimismo, la ANAC y el Departamento para la Transformación Digital de la Presidencia del Consejo de Ministros ha publicado recientemente una medida que contiene los requisitos técnicos y las modalidades de certificación de las plataformas de abastecimiento digital, como lo estipula el artículo 26 del nuevo Código de contratos públicos. Esto indica un paso importante hacia la implementación de sistemas digitales en los procesos de contratación pública, con el objetivo de incrementar la transparencia, la eficiencia y la conformidad con los estándares anticorrupción.

Para implementar la digitalización, se ha desarrollado un complejo sistema denominado “Ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale¹⁵ –Ecosistema nacional de abastecimiento digital– (*e-procurement*)”. El ecosistema se basa en la infraestructura tecnológica de la Piattaforma Digitale Nazionale Dati –Plataforma

¹⁴ En España el Plan BIM en la Contratación Pública fue aprobado por Consejo de Ministros en su reunión de 27 de junio de 2023, y está publicado en el BOE núm. 172, de jueves 20 de julio de 2023, (Orden PCM/818/2023, de 18 de julio, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de junio de 2023, por el que se aprueba el Plan de Incorporación de la Metodología BIM en la contratación pública de la Administración General del Estado y sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes). El plan establece un objetivo único, relativo a solicitar el uso de BIM en algunos contratos públicos, en función del valor estimado de estos y del nivel BIM del órgano de contratación, y conforme a un calendario gradual y progresivo. El establecimiento de los umbrales de los contratos y el citado calendario toman en consideración el acceso de la pequeña y mediana empresa (PYME) a la contratación pública. Asimismo, el plan establece una serie de acciones para facilitar el cumplimiento de dicho objetivo. Este plan será de aplicación a la Administración General del Estado y sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes. Asimismo, se recomienda la aplicación del Plan BIM por el resto de entidades integrantes del sector público institucional estatal no contempladas en el párrafo anterior, es decir, las autoridades administrativas independientes, las sociedades mercantiles estatales, los consorcios, las fundaciones del sector público, los fondos sin personalidad jurídica y las universidades públicas no transferidas, de las letras b) a g) del apartado 1 de artículo 84. Composición y clasificación del sector público institucional estatal, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público. El uso de BIM en la contratación presenta ventajas frente a la forma tradicional de realizar contratos relacionados con la construcción, reduciendo plazos y costes en la ejecución de contratos del sector público y mejorando la productividad.

¹⁵ El artículo 22 del Código de contratos públicos señala que el Ecosistema Nacional de Contratación Digital está formado por las plataformas y servicios de infraestructura digital que permiten la gestión del ciclo de vida de los contratos públicos, a los que se refiere el artículo 23, y las plataformas de contratación digital utilizadas por los poderes adjudicadores, a los que se refiere el artículo 25. Estas plataformas y servicios de infraestructura digital permiten, en particular: la redacción o adquisición de documentos en formato digital nativo; la publicación y transmisión de datos y documentos a la Base de Datos Nacional de Contratos Públicos; el acceso electrónico a los documentos de licitación; la presentación del documento único europeo de licitación en formato digital y la interoperabilidad con el expediente virtual del operador económico; la presentación de las ofertas; la apertura, gestión y almacenamiento del expediente de licitación en modo digital; el control técnico, contable y administrativo de los contratos, incluso durante la fase de ejecución y la gestión de las garantías.

Digital Nacional de Datos– (PDND) para la interoperabilidad de los sistemas informáticos y las bases de datos. Estas plataformas y servicios de infraestructura digital permiten, en particular: la redacción o adquisición de documentos en formato digital nativo; la publicación y transmisión de datos y documentos a la Base de Datos Nacional de Contratos Públicos; el acceso electrónico a los documentos de licitación; la presentación del documento único europeo de licitación en formato digital y la interoperabilidad con el expediente virtual del operador económico; la presentación de las ofertas; la apertura, gestión y almacenamiento del expediente de licitación en modo digital; el control técnico, contable y administrativo de los contratos, incluso durante la fase de ejecución y la gestión de las garantías.

El Ecosistema nacional tiene como núcleo la Base de Datos Nacional de Contratos Públicos (BDNCP) gestionada por ANAC, que interactúa, por un lado, con las plataformas de abastecimiento digital certificadas utilizadas por los entes adjudicadores y los concedentes para gestionar el ciclo de vida de los contratos, y por el otro, con las bases de datos estatales que poseen la información necesaria para que entes adjudicadores y concedentes manejen las diversas fases del ciclo de vida de los contratos públicos. La BDNCP intercambia datos e información de manera interoperable con todas las demás componentes del ecosistema.

En este ámbito, debe indicarse que el art. 43 del Código de contratos públicos señala que, a partir del 1 de enero de 2025, las entidades adjudicadoras y los órganos de contratación adoptan métodos y herramientas de gestión informativa digital de las construcciones, para el diseño y la realización de obras de nueva construcción y para las intervenciones en construcciones existentes por un importe base de licitación superior a 1 millón de euros. La disposición del primer período no se aplica a las intervenciones de mantenimiento ordinario y extraordinario, a menos que se refieran a obras previamente ejecutadas con el uso de dichos métodos y herramientas de gestión informativa digital.

Incluso fuera de los casos mencionados en el párrafo 1 y de acuerdo con los principios del art. 19, las entidades adjudicadoras y los órganos de contratación pueden adoptar métodos y herramientas de gestión informativa digital de las construcciones, posiblemente previendo en la documentación de la licitación una puntuación adicional relativa a las modalidades de uso de tales métodos y herramientas. Esta facultad está subordinada a la adopción de las medidas establecidas en el anexo I.9¹⁶.

1. El contrato integrado, que estaba prohibido en el anterior código, ahora se permite en el ámbito de un mismo contrato. El mismo se origina como un contrato cuyo objeto proporciona al contratista dos servicios: 1) el diseño de la obra o trabajo público; 2) la realización de la misma.

¹⁶ En el anexo I.9 se definen: a) las medidas relativas a la formación del personal, las herramientas y la organización necesaria; b) los criterios para asegurar la uniformidad de utilización de los métodos y herramientas digitales para la gestión de la información; c) las medidas necesarias para la implementación de los procesos de gestión de la información soportada por la modelación informativa, incluida la previsión de la interoperabilidad del registro patrimonial de cada entidad adjudicadora o ente concesionario con el archivo informático nacional de obras públicas; d) las modalidades de intercambio e interoperabilidad de los datos y la información; e) las especificaciones técnicas nacionales e internacionales aplicables; f) el contenido mínimo del pliego de condiciones informativo para el uso de los métodos y herramientas de gestión informativa digital.

Actualmente no está representado por una única figura jurídica, sino que se presta a diversas aplicaciones en función tanto del procedimiento de adjudicación como del contenido del contrato¹⁷.

2. El nuevo código ha eliminado la prohibición de la subcontratación en cascada. En concreto, se ha introducido esta posibilidad en el art. 119.17 que prevé que la subcontratación es el contrato por el cual el contratista confía a terceros la ejecución de parte de las prestaciones o trabajos objeto del contrato, correspondiendo la organización de los medios y riesgos al subcontratista. Así, la norma posibilita la figura de la subcontratación en cascada (aquella en la cual las entidades adjudicadoras subcontratan, a su vez, una serie de actividades a otras entidades)¹⁸.
3. El art. 14 confirma los umbrales comunitarios establecidos por los decretos de simplificaciones (Decreto-ley número 76, de 16 de julio de 2020, *Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale* y Decreto-ley número 77, de 31 de mayo de 2021, *Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*), que obligan a calificar los contratos que superen dichos importes como sujetos a regulación armonizada. Asimismo, establece los métodos para calcular el importe estimado de los contratos públicos.

Regap



ESTUDIOS

4 Los principios generales del Código de contratos públicos

4.1 Consideraciones generales

Como hemos indicado anteriormente, el código de contratos dedica una parte general a la codificación de los principios por los que se rigen los contratos públicos. El legislador ha considerado que debía recoger los principios idóneos de actuación en el sector de la contratación pública. A través de la codificación de los mismos, el nuevo código contempla expresamente como objetivo favorecer una mayor libertad de iniciativa y autorresponsabilidad de las entidades contratantes, aumentando su

¹⁷ FORTUNATO, G., *L'appalto integrato dopo il nuovo Codice dei contratti pubblici*, Maggioli editore, Rimini, 2023.

¹⁸ El apartado 19 del artículo 105 del Decreto legislativo 50/2016 disponía que *"L'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto"*. Ahora el apartado 17 del artículo 119 prevé: 17. *"Le stazioni appaltanti indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto che, pur subappaltabili, non possono formare oggetto di ulteriore subappalto, in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto e dell'esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori oppure di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali. Si prescinde da tale ultima valutazione quando i subappaltatori ulteriori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190, ovvero nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229"*.

autonomía y discrecionalidad (administrativa y técnica). De esta forma, indirectamente, se otorga a la Administración pública una amplia discrecionalidad, a lo largo de todo el diseño de la licitación, que había sido reducida drásticamente por las Directrices ANAC.

Junto a ellos, establece una serie de reglas que tienen un contenido específico de naturaleza técnica¹⁹, como sucede con las previstas para la digitalización. En efecto, sería erróneo considerar que los principios son solo los primeros doce artículos. En realidad, los primeros doce artículos contienen un elenco, que no es exhaustivo ni cerrado. Estas reglas, principios manifiestos contenidos en esos artículos, se acompañan de otra pluralidad, como los principios derivados de la interpretación jurisprudencial.

El código anterior –aprobado por Decreto legislativo 18 aprile 2016, núm. 50– contenía una aproximación muy diversa a la realidad de los principios²⁰, sobre todo, porque comprendía principios de tipo clásico, originariamente elaborados por la jurisprudencia, en particular por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en aplicación de las diversas directivas europeas. En otros términos, el Código 50/2016 no hacía otra cosa que, en algunas disposiciones peculiares, mencionar los principios contractuales clásicos (eficacia, concurrencia, no discriminación, proporcionalidad y publicidad...)²¹.

El nuevo código, en cambio, efectúa una regulación completamente diversa. En primer lugar, porque no regula los principios clásicos, sino de nueva formulación (principios inéditos). En segundo lugar, porque no se limita a una mera enunciación de los principios, sino que explica el contenido concreto de ellos. En tercer lugar, porque pretende indicar de qué manera pueden actuar los principios, esto es, cómo han de aplicarse²². Sin duda, ahora la función de los principios contractuales parece ser diferente de la de los principios de códigos anteriores, que esencialmente servían para delimitar el ámbito de aplicación del texto normativo y las definiciones de los términos utilizados en el propio texto²³.

La novedad que supone la inclusión de una sección sobre principios en el código va más allá de una simple formalidad legal, es decir, no se reduce al hecho de que la Comisión especial constituida en el Consejo de Estado, seguida por el Legislador delegado, haya asignado a estos principios un lugar destacado y relevante en el texto del código –a diferencia de lo que ocurría en la normativa anterior–.

El verdadero valor de incluir principios en el código es que éstos sirven para reflejar los valores jurídicos esenciales del sector en cuestión. Más aún, estos principios

¹⁹ DE BENEDETTO, M.; MARTELLI, M. y RANGONE, N., *La qualità delle regole*, Il Mulino, Bologna, 2011, p. 12-13.

²⁰ Los arts. 29 y 30 se ocupaban, respectivamente, de los principios en materia de transparencia y para la adjudicación y ejecución de los contratos públicos.

²¹ SAITTA, F., "I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici", *Giustizia insieme*, 8 giugno 2023, disponible en <https://www.giustiziainsieme.it/en/diritto-e-processo-amministrativo/2799-i-principi-general-del-nuovo-codice-dei-contratti-pubblici?hitcount=0>

²² Estas diferencias son importantes puesto que es inédito que el legislador explique los principios. Normalmente los principios se llenaban de contenido por la jurisprudencia, pero no por las normas sobre contratos públicos.

²³ Sobre la necesidad de recurrir a los principios generales, en la tradición jurídica italiana véase PIZZORUSSO, A., "Las fuentes del Derecho en el ordenamiento jurídico italiano", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 3, 1989, pp. 269-321.

actúan como una guía clara y práctica para todos los sujetos involucrados en el proceso de contratación, proporcionando una referencia rápida y útil que ayuda a los operadores a actuar ante situaciones ambiguas y a encontrar la normativa aplicable a cada caso específico.

Se trata en algunos casos de principios innovadores y originales que se añaden y completan los principios europeos de libre competencia, no discriminación, transparencia, proporcionalidad, publicidad y aquellos generales de la actividad administrativa.

Concretamente, es el título I de la parte I del código, el que codifica los principios generales. Éstos incluyen: principio de resultado (art. 1); principio de confianza (art. 2); principio de acceso al mercado (art. 3); criterio interpretativo y aplicativo (art. 4); principio de buena fe y tutela de la confianza (art. 5); principio de solidaridad y subsidiariedad horizontal, relaciones con los entes del tercer sector (art. 6); principio de autoorganización administrativa (art. 7); principio de autonomía contractual, prohibición de prestar obras intelectuales a título gratuito (art. 8); principio de conservación del equilibrio contractual (art. 9); principio de taxatividad de las causas de exclusión y de máxima participación (art. 10); principio de aplicación de los contratos colectivos nacionales de sector, incumplimientos contributivos y retraso en los pagos (art. 11) y remisión externa (art. 12). Esta ubicación sistemática y la solidez de los principios demuestran claramente la importancia que el legislador les atribuye²⁴.

Como veremos, hay algunos de ellos (principios de resultado, de confianza y de acceso al mercado) que tienen una importancia incluso mayor, pues actúan como criterios de interpretación de las demás normas del código.

4.2 Las funciones que cumplen los principios

La intención del legislador, al regular los principios, es dotarlos de un valor operativo puntual con el doble objetivo explícito de²⁵:

1. Aclarar a los operadores e intérpretes los objetivos que subyacen a la adopción de este nuevo texto normativo;
2. Permitir un margen de discrecionalidad a los poderes adjudicadores, que se verán inducidos a considerar estos principios como criterios de orientación para la determinación de las normas que deben seguir en sus actuaciones administrativas.

Los principios generales, por tanto, deben entenderse no solo como máximas generales y abstractas, sino como directrices prácticas para los operadores jurídicos.

²⁴ La elección de la ubicación sistemática de los principios en el nuevo código es significativamente diferente de la del código anterior, donde los principios se enuncian en el artículo 30, y es más similar a la del primer código, donde los principios también se regularon al inicio (artículo 2). En cuanto a la solidez, el código actual se distingue de ambos códigos anteriores porque dedica doce artículos solo a los principios generales (junto a otros principios que se encuentran en diferentes partes del texto, como el de digitalización), compuestos por varios párrafos que contienen indicaciones muy detalladas.

²⁵ BERTELLI, A.; GALLO, L. y PANCONI, M.C., "Il ruolo dei principi nel nuovo codice dei contratti pubblici", DOTA, S. y DI BARI, A. (coords.), *Le principali novità del nuovo Codice dei contratti, I quaderni*, n. 43, junio, 2023, p. 5.

Su valor radica no solo en aportar orden y coherencia a una disciplina marcada por tensiones significativas entre sus instituciones individuales, sino también en situar correctamente el contrato público dentro de la teoría general del contrato.

Así, los principios introducidos por el código cumplen dos funciones primordiales²⁶:

- 1.^a Los principios tienen un contenido valorativo, es decir, implican un valor que el ordenamiento intenta mantener por un largo período. En otros términos, los principios sintetizan los valores que el ordenamiento quiere destacar y proteger.
- 2.^a Los principios sirven para orientar la aplicación de las normas, sobre todo cuando estas no son adecuadas para un contexto económico-social diferente o cuando se quiere dirigir su aplicación hacia nuevos objetivos.

También puede añadirse que la regulación por principios cumple con tres niveles diversos de funciones:

- 1) Los principios son parámetros interpretativos, esto es, cumplen con una función hermenéutica (interpretación del código en su conjunto);
- 2) Los principios llevan a cabo la función de completar eventuales lagunas; función tradicional y típica de los principios. Sin embargo, en este código, dada la meticulosa estructura y sistematización de sus artículos, esta función es menos relevante;
- 3) Los principios permiten escoger la regulación adecuada para cada situación, por ejemplo, decidir entre promover la libre competencia o apoyar la economía local. Es crucial saber organizar y priorizar los principios aplicables. Por ejemplo, el principio de resultado ofrece una directriz: el resultado tiene prioridad frente a ciertas realidades, como la situación de las pymes, ejerciendo así una función directiva.

En resumen, puede afirmarse que la idea fundamental es no tanto recordar los principios generales de la acción administrativa (ya deducibles de la propia Constitución), sino proporcionar una base normativa más precisa para una serie de principios preceptivos, con un valor operativo inmediato, con el fin de lograr, entre otros, los siguientes fines:

- a) Reafirmar que la competencia es un instrumento cuyo fin es alcanzar de la mejor manera posible el objetivo de un contrato adjudicado y ejecutado conforme al interés preeminente del licitante (y de la comunidad) (véase el art. 1, párrafo 2);
- b) Potenciar y promover la capacidad de evaluación y la iniciativa de las entidades adjudicadoras, con el fin de contrarrestar, en un contexto de renovada confianza en la actuación administrativa, el fenómeno conocido como “burocracia

²⁶ DE VINCI, d. G., “Capitolo III. I principi”, SAITTA, F. (coord.), *Appalti e contratti pubblici*, Wolters Kluwer, Cedam, Milano, 2016.

defensiva”, que puede provocar retrasos o ineficacias en la adjudicación y ejecución de contratos (véase el art. 2, párrafo 2).

4.3 Los principios introducidos por el código

A continuación, analizaremos los principios introducidos por el legislador italiano. Al examinarlos, podremos comprobar que no todos son claramente innovadores. En algunos casos se trata más bien de la incorporación expresa en el ámbito de la contratación pública de principios generales de la actividad administrativa o principios identificados por la jurisprudencia en materia de contratos públicos que ya eran aplicables a este ámbito. Por ejemplo, los principios de buena fe y de protección de la confianza (art. 5).

a) Principio de resultado

El código comienza la enumeración de principios, en el art. 1, con el principio de resultado, que establece cuál es el interés primordial que deben perseguir los entes adjudicadores y concedentes, a saber, la adjudicación del contrato y su ejecución deben realizarse con la máxima celeridad; ha de buscarse siempre la mejor relación calidad-precio; debe darse cumplimiento a los principios de legalidad, transparencia y concurrencia; todo ello en interés de la comunidad, para la consecución de los objetivos de la Unión Europea.

El principio del resultado se puede definir, así, como el esfuerzo por parte de los entes adjudicadores y concedentes para lograr el resultado deseado en la adjudicación y ejecución del contrato, lo cual debe llevarse a cabo:

- con la máxima prontitud;
- tratando de lograr el mejor equilibrio entre la calidad y el precio;
- respetando los principios de legalidad, transparencia y competencia (donde la competencia entre operadores económicos es funcional para conseguir el mejor resultado posible en la adjudicación y ejecución de contratos, mientras que la transparencia es fundamental para la máxima simplicidad y rapidez en la aplicación correcta de las reglas del código, asegurando por ende su cumplimiento).

El principio de resultado constituye, por tanto, la aplicación, en el ámbito de la contratación pública, del principio de buena administración y de los principios conexos de eficiencia, eficacia y economía, y se persigue en interés de la colectividad y para la consecución de los objetivos de la Unión Europea.

Por último, constituye el criterio primordial para el ejercicio de la potestad discrecional, que determine la norma aplicable a cada caso y para la evaluación de la responsabilidad del personal que desempeña funciones administrativas o técnicas en las fases de planificación, adjudicación y ejecución de los contratos, así como



para la asignación de incentivos de acuerdo con las modalidades previstas en la negociación colectiva.

La introducción del principio de resultado pone de relieve cómo la legitimidad ya no es suficiente para considerar eficaz una licitación. El resultado se enmarca en el contexto de la legalidad y la competencia, pero con la nueva norma se pretende reafirmar que la legalidad y la competencia por sí solas no bastan para conseguir la satisfacción del interés de la colectividad.

Los propios términos del código aclaran que el resultado representa el interés público primario del código, como finalidad principal que las entidades adjudicadoras deben asumir siempre en el ejercicio de su actividad²⁷.

Además, debe tenerse en cuenta que este principio de resultado está fuertemente condicionado por numerosos parámetros, como la protección de la salud, del patrimonio cultural, del medio ambiente...

Sin embargo, el Tribunal Administrativo Regional de Sicilia, sección III, en su Sentencia núm. 3738, de 12 de diciembre de 2023, afirma que, si bien el poder adjudicador tiene la obligación de indicar de forma clara y perceptible los requisitos para participar en una licitación, la persona que decide participar en ella actúa como persona profesionalmente cualificada y lo hace con la diligencia que le exige la ley. De ello se deduce que, si bien atañe al poder adjudicador la carga de aclarar en las bases de la licitación el alcance y la naturaleza reales de los requisitos, corresponde al operador económico, en virtud del principio de autorresponsabilidad, como corolario de las obligaciones de buena fe y lealtad, adoptar una conducta adecuada a la diligencia exigible a una persona con una cualificación profesional específica.

El procedimiento de adjudicación cumple un papel destacado en relación con el principio de resultado, pues el mejor resultado posible se consigue también seleccionando operadores que demuestren, desde las primeras fases de la licitación, diligencia y profesionalidad, como características de una confianza que debe depositarse en ellos. Esas diligencia y profesionalidad deben mantenerse también con posterioridad, cuando, una vez adjudicado el contrato, vayan a realizar el servicio que se les ha encomendado.

b) Principio de confianza

El artículo 2 del código está dedicado al innovador principio de confianza en la acción legítima, transparente y correcta de la Administración pública, de sus funcionarios y de los operadores económicos.

El principio de confianza está estrechamente relacionado con el principio de resultado, enlazando con el concepto expresado en el apartado 4 del art. 1, según el cual la confianza favorece y potencia la iniciativa y la autonomía de decisión de los

²⁷ El Consejo de Estado en el citado Dictamen Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", de 7 de diciembre de 2022 afirma que: "Il comma 1 codifica il principio del risultato ed enuncia quindi l'interesse pubblico primario del codice, come finalità principale che stazioni appaltanti ed enti concedenti devono sempre assumere nell'esercizio delle loro attività: l'affidamento del contratto e la sua esecuzione con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, sempre nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza, che vengono espressamente richiamati".

funcionarios públicos, con especial referencia a las evaluaciones y elecciones para la adquisición y ejecución de servicios de acuerdo con el principio de resultado.

Este principio, bilateral y recíproco, debe orientar el comportamiento de todos los sujetos involucrados, esto es, tanto de la parte pública (la Administración que confía en el mercado para abastecerse de bienes o servicios) como de la parte privada (el operador que pretende conseguir la utilidad que supone la celebración del contrato)²⁸. El principio de confianza debe, por tanto, constituir la base de la relación entre los funcionarios públicos y los operadores privados, ya que ambos deben confiar, por una parte, en el ejercicio de una acción legítima, transparente y correcta por parte de la Administración pública y, por otra, en el comportamiento igualmente ejemplar de los sujetos concurrentes en la licitación.

El apartado 2 del art. 2 establece que el principio de confianza favorece y potencia la iniciativa y la autonomía de decisión de los funcionarios públicos, con especial referencia a las evaluaciones y elecciones para la adquisición y ejecución de servicios según el principio de resultado. Los contornos del principio en cuestión quedan así delineados: la confianza que el sistema reconoce a los funcionarios públicos es preparatoria de la consecución del resultado a que se refiere el art. 1. También se pretende acabar con el llamado “miedo a firmar” y la “burocracia defensiva”²⁹, que son fuente de ineficacia y, en consecuencia, un obstáculo para la recuperación económica, que requiere, por el contrario, una Administración pública dinámica y eficaz. La desconfianza en la corrección de la acción administrativa y el miedo a cometer errores habían contribuido de hecho a la ralentización –cuando no paralización– de muchos procedimientos administrativos, por lo que una confianza renovada en todos los participantes debería favorecer la reactivación de la iniciativa pública y el relanzamiento de la actividad administrativa.

Seguidamente, el apartado 3 del art. 2 sostiene que, en el marco de las actividades desarrolladas en las fases de planificación, diseño, adjudicación y ejecución de los contratos, constituyen falta grave, a efectos de responsabilidad administrativa, la infracción de las normas jurídicas y de los límites administrativos autoimpuestos, así como la vulneración flagrante de las normas de prudencia, pericia y diligencia y la omisión de las cautelas, comprobaciones e informaciones preventivas normalmente exigibles en la actividad administrativa, en la medida en que sean exigibles al funcionario público en función de sus competencias específicas y en relación con el caso concreto. No constituye negligencia grave una infracción u omisión determinada por referencia a la jurisprudencia vigente o a los dictámenes de las autoridades competentes.

²⁸ A.A.V.V., “I principi generali”, REALFONZO, U. y BERLOCO, R. (coords.), *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, Tomo I I principi e le procedure di affidamento, Graffil, Palermo, 2023, p. 22.

²⁹ Para entender esta cuestión, véase BOTO ÁLVAREZ, A., «Nuevas barreras burocráticas: la Administración defensiva digital», *Documentación Administrativa*, núm. 10, 2023, pp. 43-44, quien explica que desde hace un tiempo, en Italia se viene alertando de manera intensa sobre un fenómeno de “miedo” o “huida” de la firma, también denominado burocracia defensiva, como causa de bloqueo del funcionamiento administrativo. Es un argumento de presencia recurrente en el debate público y académico transalpino, que ha sido incluso objeto de consideración por parte de su Corte Constitucional, en la sentencia 8/2022, de 25 de noviembre de 2021, publicada en el *Diario Oficial* del 19 de enero de 2022. Sintéticamente, los empleados públicos se escudan en la burocracia para evitar tomar decisiones que pueden suponerles riesgos en materia de responsabilidad, y lo hacen porque se sienten más protegidos con esa actuación defensiva, que no es necesariamente ilegal, aunque sí ineficiente.

De esta manera, el apartado 3 reintroduce el concepto de negligencia grave³⁰ en caso de violación de la ley, de la *lex specialis*, así como de las reglas de prudencia, pericia y diligencia, al tiempo que prevé que no existe negligencia grave en caso de violación de la jurisprudencia (aunque prevalezca), y de los dictámenes de las autoridades competentes.

Por último, el apartado 4 dispone que, con el fin de fomentar la confianza en la actuación legítima, transparente y correcta de la Administración, los poderes adjudicadores y adjudicatarios adoptarán medidas para la cobertura de los riesgos del personal, así como para el reciclaje de los poderes adjudicadores y para el refuerzo y valoración de las competencias profesionales de los empleados, incluidos los planes de formación a que se refiere el apartado 7 del art. 15³¹.

c) Principio de acceso al mercado

El tercer principio fundamental, introducido en el art. 3, es el de acceso al mercado, que desempeña una función complementaria a las de los principios mencionados anteriormente y dispone que los poderes adjudicadores deben favorecer al máximo el acceso al mercado de los operadores económicos, respetando los principios de competencia, imparcialidad, no discriminación, publicidad, transparencia y proporcionalidad (art. 41 de la Constitución³²).

El artículo 3 codifica este principio en los siguientes términos: “*Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l’accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità*”.

El principio en cuestión responde, por tanto, a la necesidad de preservar y poner en práctica un mercado competitivo que garantice a los operadores económicos la igualdad de oportunidades de acceso a los contratos públicos, y representa, al mismo tiempo, un resultado que los entes adjudicadores y los concedentes deben perseguir mediante la implementación de los principios más generales mencionados.

El objetivo del legislador, por tanto, no es sólo favorecer la competencia –lo que no significa que todos los operadores tengan derecho a participar en todas las licitaciones, sino que todos deben poder concurrir en las mismas condiciones–, sino el permitir la participación del mayor número posible de sujetos en los procedimientos de licitación, tratando así de reducir las barreras de acceso que a menudo limitan dicha participación.

Así pues, el principio de acceso al mercado está llamado a representar una formidable “clave de bóveda” en la interpretación, por ejemplo, de las especificaciones

³⁰ En el pasado la difusa frontera entre falta grave y falta leve había generado incertidumbres interpretativas; motivo por el cual el nuevo código ha tratado de delimitar el concepto de falta grave.

³¹ Este apartado dispone: “*Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, in coerenza con il programma degli acquisti di beni e servizi e del programma dei lavori pubblici di cui all’articolo 37, adottano un piano di formazione per il personale che svolge funzioni relative alle procedure in materia di acquisti di lavori, servizi e forniture*”.

³² El artículo 41 de la Constitución italiana establece que “*L’iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all’ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*”.

técnicas que describen el objeto de la licitación, o de la subdivisión de los procedimientos en lotes, ya que, como puede comprenderse perfectamente, si el objetivo que debe perseguir en lo sucesivo el redactor de la *lex specialis* es el de obtener un acceso lo más libre posible al mercado por parte de todos los operadores económicos del sector, cualquier barrera o limitación al mismo no puede sino constituir una violación de la ley.

d) Criterio interpretativo y aplicativo

El art. 4 del código sostiene que las disposiciones del código se interpretan y se aplican con base en los principios de los artículos 1, 2 y 3. Por tanto, los principios del código no son absolutos, sino relativos, esto es, es necesario buscar un equilibrio entre ellos.

Con esa finalidad, el código establece una jerarquía de principios³³. Concretamente, hay tres principios (los mencionados en los tres primeros artículos –principios de resultado, confianza y acceso al mercado–) que desarrollan un papel de principios prevalentes. Quiere decirse que constituyen los criterios de interpretación que deben tenerse en cuenta al aplicar otras reglas del código.

Mediante esa interpretación el código pretende aumentar la iniciativa y la discrecionalidad de las administraciones públicas.

De esta manera, mientras el código anterior afirmaba que los distintos principios debían observarse en pie de igualdad (art. 30 del Decreto legislativo núm. 50/2016), el código actual aporta criterios para que ninguno prevalezca de forma absoluta y para que exista un criterio relativo de prioridad, explícitamente indicado para los tres primeros (resultado, confianza, acceso al mercado), a los que el legislador ha querido dar especial relevancia.

Además, en el código encontramos las siguientes indicaciones particulares relativas a la aplicación específica de estos tres principios:

1. Los principios de resultado, confianza y acceso al mercado se han de tener en cuenta también para los contratos en los que las disposiciones del nuevo código no se aplican y, por tanto, para los contratos excluidos, los contratos activos y contratos a título gratuito (art. 13, apdo. 2), así como para los contratos precomerciales (art. 135, párrafo 2) y para la selección del socio privado en sociedades mercantiles con participación pública, a las que se refiere el Decreto legislativo de 19 de agosto de 2016, n. 175. *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica* (art.174, párr. 4);

³³ Sobre la posición jerárquica de los nuevos principios, véase PERFETTI, L., "Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio", *Urbanistica e Appalti*, 1/2023, pp. 9 ss.

2. El apartado 1 del art. 76³⁴ (así como el art. 158³⁵) –al regular la adjudicación de contratos públicos que superen los umbrales comunitarios mediante procedimiento negociado sin publicidad– establece que éstos se llevarán a cabo respetando los principios de resultado, confianza y acceso al mercado;
3. El apartado 2 del art. 119, sobre la subcontratación de los contratos públicos, permite a los poderes adjudicadores establecer, respetando los principios de resultado, confianza y acceso al mercado, que, debido a las características del contrato, determinados servicios u obras no puedan subcontratarse, sino que deban ser realizados directamente por el adjudicatario³⁶.

e) Principio de buena fe y tutela de la confianza

Corolario del principio de confianza –previsto en el art. 2– es el principio de buena fe y tutela de la confianza –regulado en el art. 5–, que se diferencia del anterior por su perfil más objetivo frente a una connotación más subjetiva del principio del art. 2.

El art. 5 supone, en otras palabras, una advertencia del legislador a las partes (empleados públicos y operadores económicos) que intervienen en los procedimientos de licitación, para que ambos se comporten basándose en una mutua confianza, es decir, confiando los primeros en la buena fe de los participantes, y los segundos en la legitimidad de la conducta de los primeros. En el marco de la fase de licitación, incluso antes de la adjudicación del contrato, existe una expectativa por parte del operador económico en cuanto al ejercicio legítimo de la potestad y a la conformidad con el principio de buena fe del comportamiento de la Administración.

Resultan de interés los apartados 3 y 4 del art. 5, que prevén, que, en el caso de una adjudicación anulada a instancia de un tercero o de oficio, la confianza no se considera indebida si la ilegalidad es fácilmente detectable sobre la base de la diligencia profesional exigida a los operadores. En los casos en que la adjudicación no sea debida, el perjuicio resultante del incumplimiento del contrato se limita al perjuicio económico efectivamente sufrido y que se demuestre que ha surgido de la interferencia de la conducta indebida en las decisiones contractuales del operador económico.

³⁴ El artículo 76.1 dispone: *“Le stazioni appaltanti possono aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara quando ricorrono i presupposti fissati dai commi seguenti, dandone motivatamente conto nel primo atto della procedura in relazione alla specifica situazione di fatto e alle caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano, e nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3”.*

³⁵ El artículo 158 indica: *“Le stazioni appaltanti o gli enti concedenti possono aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara quando ricorrono i presupposti fissati dal comma 2, dandone motivatamente conto nel primo atto della procedura in relazione alla specifica situazione di fatto e alle caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano, e nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3”.*

³⁶ El artículo 119.2 afirma: *“Nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3, previa adeguata motivazione nella decisione di contrarre, le stazioni appaltanti, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ivi comprese quelle di cui all'articolo 104, comma 11, in ragione dell'esigenza di rafforzare, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali”.*

A efectos de cualquier acción del ente adjudicador y concedente que sea condenado al pago de daños y perjuicios a favor del tercero no adjudicatario, la responsabilidad concurrente del operador económico que haya obtenido la adjudicación ilícita mediante una conducta ilícita permanece inalterada.

f) Principio de solidaridad y subsidiariedad horizontal

Entre los principios generales introducidos por el nuevo código, destaca como novedad el de solidaridad y subsidiariedad horizontal.

De acuerdo con el art. 6 del código, la Administración pública podrá prever, en relación con actividades de marcado valor social, modelos organizativos de Administración compartida, sin relaciones sinalagmáticas, basados en el reparto de la función administrativa con las entidades del tercer sector, siempre que contribuyan a la consecución de fines sociales en condiciones de igualdad, de forma eficaz y transparente y de acuerdo con el principio de resultado. Las entidades reguladas por el título VII del Decreto legislativo núm. 117, de 3 de julio de 2017 (el llamado Código del tercer sector), no entran en el ámbito de aplicación del Código de contratos públicos.

El precepto incorpora la Sentencia núm. 131 de 2020 del Tribunal Constitucional italiano, que estableció la coexistencia de dos modelos organizativos alternativos para la gestión de los servicios sociales, uno basado en la competencia y otro, en la solidaridad y en la subsidiariedad horizontal. El segundo tipo de asignaciones (directas) se refiere en particular a los servicios sociales de interés general proporcionados por las entidades del tercer sector y no representa una excepción, que debe interpretarse de manera restrictiva, al modelo general basado en la competencia, sino un esquema en sí mismo general que debe coordinarse con el primero³⁷.

g) Principio de autoorganización administrativa

Según el art. 7 del código, las administraciones públicas organizan de forma autónoma la ejecución de obras o el suministro de bienes y servicios mediante autoproducción, externalización y cooperación³⁸, de conformidad con las normas del código y del derecho de la Unión Europea.

³⁷ Así lo aclara la *Relazione illustrativa del Governo degli articoli e degli allegati*, disponible en: https://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0019_F001.pdf&leg=XIX

³⁸ La cooperación entre *stazioni appaltanti e gli enti concedenti* destinada a perseguir objetivos de interés común no entra en el ámbito de aplicación del código cuando se cumplen todas las condiciones siguientes:

- a) tiene lugar exclusivamente entre dos o más *stazioni appaltanti e gli enti concedenti*, incluso con competencias diferentes;
- b) garantice la participación efectiva de todas las partes en la realización de tareas funcionales a la actividad de interés común, en una perspectiva exclusivamente colaborativa y sin relación sinalagmática entre servicios;
- c) determina una convergencia sinérgica en las actividades de interés común, aunque la finalidad perseguida por cada administración sea diferente, siempre que el acuerdo no tienda a cumplir la misión institucional de una sola de las administraciones participantes;
- d) los poderes adjudicadores o contratantes participantes realicen menos del 20% de las actividades objeto de la cooperación en el mercado abierto.

En particular, los entes adjudicadores y concedentes podrán encargar directamente a sus medios propios la realización de obras, servicios y suministros, respetando los principios establecidos en los arts. 1, 2 y 3.

Para cada encomienda adoptarán una medida motivada en la que tengan en cuenta los beneficios para la colectividad, las externalidades asociadas y la oportunidad económica de la prestación, también en relación con la persecución de los objetivos de universalidad, solidaridad, eficiencia, rentabilidad, calidad de la prestación, celeridad del procedimiento y utilización racional de los recursos públicos. En el caso de los servicios instrumentales, la medida se considera suficientemente justificada si da cuenta de las ventajas en términos de economía, celeridad o persecución de intereses estratégicos.

h) Principio de autonomía contractual, prohibición de prestar obras intelectuales a título gratuito

Otro precepto completamente nuevo es el art. 8, que introduce en el ordenamiento jurídico italiano el principio de autonomía contractual, entendido como la libertad absoluta de las administraciones públicas –como ya se reconocía a los particulares– de celebrar cualquier tipo de contrato (por tanto, también contratos atípicos), sin tener que acudir necesariamente a los contratos típicos.

Este artículo tiene, por tanto, un alcance que va más allá de la contratación pública, pues reconoce la citada autonomía en términos genéricos y al margen de limitaciones sectoriales o temáticas, siempre que se persigan los fines institucionales y no se vulneren las prohibiciones impuestas por el código y otras disposiciones legales³⁹.

Por tanto, si se quiere equiparar plenamente a la Administración pública con el particular en materia de autonomía contractual, debe presumirse, en consecuencia, que también se debe cumplir lo dispuesto en el art. 1325 del Código civil italiano⁴⁰, según el cual los requisitos de un contrato son únicamente el acuerdo de las partes, la causa, el objeto y la forma (que, como es sabido, en el ámbito público sólo puede ser escrita).

Consecuencia lógica de esta autonomía es también que las administraciones públicas pueden recibir bienes o servicios de interés público mediante donación u otros servicios a título gratuito, siempre que respondan al interés público y –otra aclaración no irrelevante– no se exige en este caso ningún procedimiento de licitación.

³⁹ CIOFFI, A., "Prima lettura del nuovo Codice dei contratti e dei suoi tre principi fondamentali", *Aperta Contrada*, 2023, p. 1, afirma que la autonomía de la que se dota a la Administración pública, como persona jurídica, se refleja en varios preceptos del código: el artículo 1 establece que el resultado es el criterio prioritario para el ejercicio de la potestad discrecional; el artículo 2 favorece y potencia la iniciativa y autonomía decisoria de los funcionarios públicos; el artículo 7 reconoce el principio de autoorganización administrativa, mientras que el artículo 8 reconoce el principio de autonomía contractual de la Administración.

⁴⁰ El artículo 1325 del Código civil italiano dispone: "*I requisiti del contratto sono: 1) l'accordo delle parti; 2) la causa; 3) l'oggetto; 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità*".

i) Principio de conservación del equilibrio contractual

El art. 9 introduce el principio de preservación del equilibrio contractual, lo que representa una gran innovación en el ámbito de los contratos públicos, que siempre se han caracterizado por la inalterabilidad del precio del contrato, dada la obligación de respetar los principios de contabilidad pública.

En efecto, habida cuenta de la obligación –previa a la firma del contrato– de imputar un gasto público a un capítulo presupuestario de la Administración, ello siempre ha dado lugar a la prohibición absoluta de cualquier modificación de las partidas de costes por parte de una Administración pública.

Sin embargo, el dramático período de la pandemia del Covid, al que siguieron los acontecimientos bélicos que aún perduran, indujo al legislador italiano a introducir una serie de correcciones a esta inmodificabilidad de los contratos públicos, con el fin de reconducirlos a su naturaleza de contratos sinalagmáticos.

Por este motivo, es necesario introducir medidas correctoras, que tengan por objeto preservar ese equilibrio contractual alcanzado en la firma del contrato.

Por lo tanto, ante contingencias extraordinarias e imprevisibles que provoquen una alteración sustancial del equilibrio contractual, debe reconocerse a la parte perjudicada el derecho a renegociar de buena fe los términos del contrato con el fin de restablecer el equilibrio originario sin alteración de la sustancia económica. Estas modificaciones, sin embargo, son aplicables sólo cuando tal alteración sea significativa y no causada por circunstancias extrañas a la normal contingencia contractual, a la fluctuación económica ordinaria y al riesgo de mercado.

j) Principio de taxatividad de las causas de exclusión y de máxima participación

El art. 10 se ocupa de un principio que no podía faltar en el elenco de reglas que constituyen la piedra angular de la correcta actuación de las administraciones en el ámbito de la contratación pública: el principio de taxatividad de las causas de exclusión y de máxima participación, que se enlaza con el principio de acceso al mercado del art. 3.

En virtud de este principio, no se adjudicarán contratos públicos a operadores económicos respecto de los cuales se haya determinado la existencia de causas de exclusión expresamente definidas en el código. Los poderes adjudicadores no pueden, por tanto, permitir que los operadores económicos que carezcan de los llamados “requisitos de moralidad” participen en licitaciones públicas, ordenando así su exclusión incluso cuando la posesión de dichos requisitos no haya sido exigida a efectos de participación.

Los motivos de exclusión contemplados en los arts. 94 y 95 serán exhaustivos y completarán automáticamente los anuncios de licitación. Las cláusulas que prevean otros motivos de exclusión serán nulas de pleno derecho.

Sin perjuicio de los requisitos de cualificación profesional necesarios, los entes adjudicadores y concedentes pueden introducir requisitos especiales de carácter económico-financiero y técnico-profesional que sean pertinentes y proporcionados

al objeto del contrato, teniendo en cuenta el interés público en el mayor número de competidores potenciales y favoreciendo, siempre que sea compatible con los servicios a contratar y con la necesidad de conseguir economías de escala funcionales a la reducción del gasto público, el acceso al mercado y la posibilidad de crecimiento de las pequeñas y medianas empresas.

k) Principio de aplicación de los contratos colectivos nacionales de sector, incumplimientos contributivos y retraso en los pagos.

El art. 11 del código regula el principio de la aplicación de los convenios colectivos nacionales del sector y, por lo tanto, establece la obligación de aplicar:

- el convenio colectivo nacional y territorial vigente para el sector y ámbito en el que se realiza el trabajo, celebrado por las asociaciones de empresarios y trabajadores más representativas a nivel nacional;
- el contrato cuyo ámbito de aplicación esté estrechamente relacionado con la actividad objeto del contrato o concesión realizada por la empresa, incluso de forma prevalente.

De conformidad con el principio de aplicación del convenio colectivo, los entes adjudicadores y concedentes deberán indicarlo en los anuncios de licitación.

Los operadores económicos son libres de señalar en sus ofertas el convenio colectivo que aplican, siempre que garantice a los trabajadores la misma protección que el indicado por el poder adjudicador. En estos casos, antes de adjudicar el contrato o de proceder a su adjudicación, los entes adjudicadores deberán recabar una declaración en la que el operador económico indicado se comprometa a aplicar el convenio colectivo nacional y territorial señalado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato durante toda su duración, o una declaración de equivalencia de protecciones.

l) Remisión externa

En virtud del art. 12, en lo no previsto expresamente en el código se deberán tener en cuenta las siguientes reglas:

- a) Las disposiciones de la Ley n.º 241, de 7 de agosto de 1990, se aplicarán a los procedimientos de adjudicación y demás actividades administrativas relativas a los contratos;
- b) Las disposiciones del Código civil se aplicarán a la celebración del contrato y a la fase de ejecución.

5 Conclusiones

Como hemos observado, siete años después de la aprobación del Decreto legislativo número 50, de 18 de abril de 2016, Italia promulgó un nuevo Código de contratación pública: el Decreto legislativo número 36, de 31 de marzo de 2023. El código destaca tanto por su contenido innovador como por su proceso de aprobación particular. La aprobación del nuevo código es una de las reformas llevadas a cabo como consecuencia del PNRR, esto es, se inserta en el ámbito de uno de los objetivos del nuevo PNRR. Realmente, no había una necesidad inmediata de adoptar un nuevo código como ocurrió en 2014 debido a la transposición de las directivas, pero sí se ha considerado que hacía falta una reforma del marco legislativo de la contratación pública en aras de la simplificación y digitalización de la misma.

Como hemos podido comprobar, una de las principales novedades introducida por este Código de contratación pública consiste en la promulgación de los principios generales, a los que se dedican los primeros doce artículos, que deben guiar la materia y el comportamiento de quienes operan en el sector. Los principios son las directrices fundamentales que rigen y orientan los procesos de contratación pública.

La parte I del código, dedicada a los principios generales, es considerada, prácticamente de manera unánime por la doctrina, la novedad más significativa de la norma, que abiertamente aspira a enunciar principios rectores para la interpretación y aplicación de los contratos públicos.

El código anterior –aprobado por Decreto legislativo 18 aprile 2016, núm. 50– contenía una aproximación muy diversa a la realidad de los principios, sobre todo, porque comprendía principios de tipo clásico, originariamente elaborados por la jurisprudencia, en particular por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en aplicación de las diversas directivas europeas. En otros términos, el Código 50/2016 no hacía otra cosa que, en algunas disposiciones peculiares, mencionar los principios contractuales clásicos (eficacia, concurrencia, no discriminación, proporcionalidad y publicidad...).

El nuevo código, en cambio, efectúa una regulación completamente diversa. En primer lugar, porque no regula los principios clásicos, sino de nueva formulación (principios inéditos). En segundo lugar, porque no se limita a una mera enunciación de los principios, sino que explica el contenido concreto de ellos. En tercer lugar, porque pretende indicar de qué manera pueden actuar los principios, esto es, cómo han de aplicarse. Sin duda, ahora la función de los principios contractuales parece ser diferente de la de los principios de códigos anteriores, que esencialmente servían para delimitar el ámbito de aplicación del texto normativo y las definiciones de los términos utilizados en el propio texto.

La novedad que supone la inclusión de una sección sobre principios en el código va más allá de una simple formalidad legal, es decir, no se reduce al hecho de que la Comisión especial constituida en el Consejo de Estado, seguida por el Legislador delegado, haya asignado a estos principios un lugar destacado y relevante en el texto del código –a diferencia de lo que ocurría en la normativa anterior–.

Regap



ESTUDIOS

En este contexto no podemos dejar de preguntarnos, ¿estamos seguros de que un código de principios es lo más adecuado para la contratación pública? Los principios son útiles, pero también peligrosos al mismo tiempo. La especificación de su contenido sirve para evitar que los mismos tengan un excesivo poder interpretativo para los jueces, pero provocan también incertidumbre a los operadores en el sector.

Teniendo en cuenta la compleja entrada en vigor del código, que prevé que, para permitir la aplicación efectiva de los nuevos artículos, muchas de las instituciones fueran realmente aplicables a partir del 1 de enero de 2024, habrá que esperar a que el mismo lleve más tiempo vigente para comprobar el alcance y la conveniencia o no de estos cambios.

6 Bibliografía

- BERTELLI, A.; GALLO, L. y PANCONI, M.C., “Il ruolo dei principi nel nuovo codice dei contratti pubblici”, DOTA, S. y DI BARI, A. (coords.), *Le principali novità del nuovo Codice dei contratti, I quaderni*, n. 43, junio, 2023, pp. 5-13.
- BOTO ÁLVAREZ, A., “Nuevas barreras burocráticas: la Administración defensiva digital”, *Documentación Administrativa*, n. 10, 2023, pp. 40-58.
- BUONANNO, A. y COSMAI, P., *La riforma del Codice degli appalti*, Wolters Kluwer, Milano, 2023.
- CARLOTTI, G., “I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione”, *Giustizia Amministrativa*, 2023, disponible en: <https://www.giustizia-amministrativa.it/-/carlotti-i-principi-nel-codice-dei-contratti-pubblici-la-digitalizzazione>
- DE BENEDETTO, M.; MARTELLI, M. y RANGONE, N., *La qualità delle regole*, Il Mulino, Bologna, 2011.
- FORTUNATO, G., *L'appalto integrato dopo il nuovo Codice dei contratti pubblici*, Maggioli editore, Rimini, 2023.
- GIUFFRIDA, V., “Italia adopta un nuevo Código de contratación pública en aras de la simplificación y la lógica del resultado”, *Boletín del Observatorio de Contratación Pública*, mes 4, 2023.
- MASSARI, A., *Gli appalti pubblici dopo il nuovo Codice*, Maggioli editore, Rimini, 2023.
- PARDI, L., “Brief Overview on Latest Intervention on Italian Public Procurement Discipline Aimed at Hindering the COVID-19 Economic Crisis”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, n. 16, 2021, pp. 250-251.
- PERFETTI, L., “Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio”, *Urbanistica e Appalti*, n. 1/2023, pp. 5-13.
- PIZZORUSSO, A., “Las fuentes del Derecho en el ordenamiento jurídico italiano”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 3, 1989, pp. 269-321.
- RACCA, G.M., «La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle Pubbliche Amministrazioni e qualificazione delle imprese», CAVALLO, P.R. y GALETTA, D.U. (coords.), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Giapicchelli, Torino, 2020, pp. 321-342.