

EL SISTEMA DE RECURSOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ITALIANA: PROCEDIMIENTOS Y CONTROL DE LITIGIOSIDAD

Por

ENRIQUE DÍAZ BRAVO*
Profesor de Derecho Administrativo y Contratación Pública
Facultad de Derecho
Universidad Santo Tomás, Chile
enriquediazbr@santotomas.cl

Revista General de Derecho Administrativo 54 (2020)

RESUMEN: El Derecho de la Unión Europea ha diseñado una serie de instituciones, procedimientos y recursos destinados a hacer efectivo el Derecho a tutela judicial efectiva. En lo relacionado con la contratación pública por medio de las directivas 89/665 y 2007/66 se ha regulado el entramado de procedimientos de recursos en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, lo que ha sido incorporado por los ordenamientos nacionales a través de distintos institutos. En el caso italiano, la incorporación del Derecho europeo se ha efectuado respetando su cultura jurídica, de modo que el recurso en contratación pública se ventila dentro de la jurisdicción contencioso administrativa, dotándose de competencia a los tribunales administrativos regionales y al Consejo de Estado, para que conozcan y resuelvan, por medio de un procedimiento especial. Igualmente, es relevante la existencia de un procedimiento de tipo precontencioso ante la ANAC, con fuertes medidas contra la corrupción, así como la creación de medidas de control preventivo de la litigiosidad, tales como la existencia de tasas de acceso a la jurisdicción y sanciones a los litigantes temerarios. Finalmente, se analizarán las herramientas de restablecimiento del Derecho, donde se contemplan facultades para los procedimientos posteriores a la adjudicación del contrato.

PALABRAS CLAVE: contratación pública, recursos, procedimientos, Derecho de la Unión Europea.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL SISTEMA DE RECURSOS EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO; 1. Marco regulatorio del sistema; 2. Los órganos de tutela del sistema de recursos; III. LOS PROCEDIMIENTOS DE TUTELA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA; 1. El precontencioso ante la ANAC, como mecanismo de solución alternativa de controversias; 2. El procedimiento contencioso en materia de contratación pública. El denominado Anullamento; 2.1. Los actos impugnables y la oportunidad en que deben ser presentados; 2.2 El derogado procedimiento súper especial de impugnación; IV. MEDIDAS ESPECIALES DE CONTROL DE LA LITIGIOSIDAD; 1. Pago de tasas de acceso a la jurisdicción; 2. Sanción especial para litigante temerario; 3. Comportamiento previo del licitante, reputación y litigiosidad; V. SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS POSTERIORES A LA ADJUDICACIÓN; 1. Ineficacia del contrato; 1.1.

* Profesor de Derecho Administrativo y Director del Magíster en Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás, Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Castilla - La Mancha, mención Doctorado Internacional. Máster en Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla, y Máster en Estudios Hispánicos, Universidad de Cádiz. Licenciado en Derecho, Universidad Central de Chile, homologado por el Ministerio de Educación de España. Abogado, asociado en Mackenna y Cruzat Abogados. enriquediazbr@santotomas.cl

Ineficacia del contrato en caso de infracciones graves; 2. Sanciones alternativas; 3. Resarcimiento de daños. VI. CONSIDERACIONES FINALES.

THE ITALIAN PUBLIC PROCUREMENT' REMEDIES SYSTEM: PROCEDURES AND LITIGIOUSNESS' CONTROL

ABSTRACT: European Union law has designed a number of institutions, procedures and remedies aimed at enforcing the right to effective judicial protection. In the area of public procurement through Directives 89/665 and 2007/66, the structure of resource procedures for the award of public supply and works contracts has been regulated, which has been incorporated by national systems through various institutes. In the Italian case, the transposition of European Law has been carried out in respect of its legal culture, so that public procurement' remedies are subject to the contentious-administrative jurisdiction, giving competence to Regional Administrative Courts, and also to the Council of State, through a special procedure. Similarly, the existence of a pre-contentious procedure before the ANAC is relevant, with strong anti-corruption measures, as well as the creation of preventive control measures of litigiousness, such as the existence of access rates to jurisdiction and sanctions against reckless litigants. Finally, tools for the restoration of law will be analysed, where faculties are contemplated for the procedures later to the awarding of the contract.

KEYWORDS: public procurement, remedies, procedures, European Union law.

I. INTRODUCCIÓN¹

El Derecho de la Unión Europea ha desarrollado una importante regulación en torno a los procedimientos destinados a corregir las violaciones a las normas reguladoras en materia de contratación pública, tanto en lo referido a la existencia de recursos eficaces y rápidos para proteger los derechos e intereses legítimos de aquellos sujetos que participan o tienen intereses de participar en ellos, como respecto de los sistemas de tutela para restituir a aquellos que han sido dañados por actuaciones ilegales o arbitrarias por parte de los poderes adjudicadores, responsables de los procedimientos de contratación.

A partir de la Directiva 89/665/CEE, y especialmente a través de sus modificaciones por medio de la Directiva 2007/66/CE, se ha constituido un conjunto de normas y principios mínimos para garantizar la existencia de procedimientos y recursos, que los Estados miembros de la Unión Europea deben cumplir para garantizar el respeto y la promoción del Derecho comunitario en contratación pública² y el efecto útil del mismo,

¹ Abreviaturas: Ad. Plen.: *Adunanza Plenaria*; ANAC: *Autorità Nazionale Anticorruzione*; C.p.a.: *Codice del processo amministrativo*, D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104. Italia.; C.c.p.: *Codice dei Contratti Pubblici*, D. Lgs. 18 aprile 2016 n. 50. Italia.; CE: Comisión Europea.; Cons. di St.: *Consiglio di Stato*; Sez.: *Sezione*; GURI: *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*; TAR: *Tribunale Amministrativo Regionale*; TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea; UE: Unión Europea.

² En dicho sentido véase la sentencia recaída en el Asunto C-327/00, Santex.

todo ello bajo la protección que brinda el TJUE, manifestado por medio de su jurisprudencia, como uno de los pilares del ordenamiento de contratación pública, dando fuerza a los principios como guía orientadora obligatoria a la actuación de los poderes públicos y también para los operadores privados³.

En este orden de ideas, es que los ordenamientos domésticos deben garantizar la protección de los ciudadanos europeos, por medio de la llamada del Derecho comunitario, transponiéndolo en el Derecho interno para garantizar que dichas disposiciones supranacionales tengan un efecto material, efectivo y útil en cada uno de los territorios nacionales que la componen, especialmente, en lo relativo a la tutela jurisdiccional efectiva⁴.

En el caso de la República Italiana, la incorporación del Derecho de la UE en materia de contratación pública ha sido objeto de un claro pronunciamiento por parte de la *Corte di Cassazione, sezioni unite*, por medio de la sentencia pronunciada el 10 febbraio 2010, n. 2906, cuando dijo que: *"...l'applicazione della norma comunitaria oggi incide nel sistema giurisdizionale interno non solo in ordine ad una interpretazione comunque ispirata dalle normative comunitarie, ma anche per la concreta disciplina del ricorso che non può che essere quella che si attende sia trasposta nel diritto interno."* En dicho sentido, la normativa nacional al trasponer las disposiciones del Derecho comunitario debe garantizar los mínimos que este ordenamiento ordena, no obstante que es posible ampliar los derechos y garantías, proyectando y ampliando el efecto útil de la normativa europea.

Así, la regulación de los recursos en materia de contratación pública en el ordenamiento italiano ha adaptado su regulación a los requerimientos europeos, contando con un sistema de recursos eficaces y rápidos⁵, tanto en el orden precontractual, como durante la tramitación del procedimiento de contratación, y, así mismo, en la fase posterior a la adjudicación o postcontractual, donde se contemplan medidas tales como la posibilidad de ordenar la ineficacia del contrato adjudicado con violación a las normas reguladoras del procedimiento de contratación, como la posibilidad de sanciones alternativas en casos en que, por motivos tales como el interés público, se considere que se deba continuar con la ejecución del contrato, todo considerando medidas reparatorias de los perjuicios sufridos por el afectado.

³ Sobre la relevancia de la jurisprudencia del TJUE, véase: GIMENO FELIÚ, José María: "La 'codificación' de la contratación pública mediante el Derecho Pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE." *Revista española de Derecho Administrativo*, N.º. 172 (2015): 81-122.

⁴ En conformidad al art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

⁵ Véase considerando N.º 1, Directiva 2007/66/CE.

II. EL SISTEMA DE RECURSOS EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO

1. Marco regulatorio del sistema

El sistema de recursos en la contratación pública italiana requiere comentar una cuestión previa y principal consistente, en términos generales, en la extensión de la protección y tutela de los derechos e intereses de los sujetos frente a los actos de la Administración italiana. El constituyente ha establecido dos normas en la Constitución aplicables a la materia: la primera que asegura la tutela efectiva, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 24, "*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*"; y la segunda, en consonancia con la prevalencia del principio de legalidad de los actos de la Administración italiana, según prescribe la Constitución en su artículo 113: "*Contro gli atti della pubblica amministrazione e` sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa*", ello en virtud del derecho a tutela. En el mismo sentido, se establece la existencia, según el artículo 103, del *Consiglio di Stato*, y de una serie de otros órganos de justicia administrativa, los que tienen jurisdicción para "*...la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi.*"

El diseño de los recursos y sus procedimientos en contratación pública ha sido establecido por el legislador italiano a través de dos normas, la primera, por medio del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, que establece el *Codice del processo amministrativo*, en adelante c.p.a., a través del cual se ha concentrado en un texto único la regulación del ámbito procesal administrativo; y la segunda, por medio del *Codice dei Contratti Pubblici*, en adelante c.c.p., aprobado por medio del D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50,⁶⁻⁷. Este último cuerpo normativo ha tenido por objeto adecuar el ordenamiento jurídico italiano a la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se derogó la Directiva 2004/18/CE⁸.

⁶ El c.c.p. ha sido modificado por diversas normas, a saber: *Avviso di rettifica*, GURI 15.07.2016 n. 164; D.L. 30.12.2016 n. 244; *Decreto "Correttivo"*, 19.04.2017 n. 56; *Legge* 27.12.2017 n. 205; *Decreto "Semplificazioni"* 14.12.2018 n. 135; *Legge* 03.05.2019 n. 37; *Decreto "Fiscale"* 26.10.2019 n. 124; y, especialmente, por el denominado *Decreto "Sblocca Cantieri"* 18.04.2019 n. 32, el que ha introducido una importante cantidad de modificaciones al Código de 2016.

⁷ El c.c.p., en su art. 1, *comma* 1, establece que: "*Il presente codice disciplina i contratti di appalto e di concessione delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, nonché i concorsi pubblici di progettazione.*"

⁸ Véase: Francesco MARTINES, "La direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l'articolato processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti", *Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato e Europeo*, Federalismi.it (3 giugno 2015, <https://www.federalismi.it/>). Fecha última consulta: 07 de febrero de 2020.

Ambos cuerpos normativos fijan un catálogo de procedimientos y acciones que aseguran que todo sujeto pueda tener acceso a recursos en contratación pública, garantizando que todas las decisiones que se estiman vulneratorias al Derecho puedan ser recurridas por medio de procedimientos eficaces y rápidos, que garanticen tutela jurisdiccional a todos aquellos afectados tanto en la fase de admisión al concurso, durante su tramitación, como en la etapa de adjudicación y de ejecución del contrato.

Es en este marco de cosas que, el ordenamiento jurídico italiano ha diseñado un complejo sistema orgánico y procesal para dar cumplimiento con el Derecho europeo, adaptado a la cultura jurídica italiana la normativa de contratación pública, respecto de lo cual se abordarán los procedimientos reguladores del sistema de recursos, lo que será revisado en los números siguientes, no sin antes pasar revista a los órganos que intervienen en dichos procedimientos.

2. Los órganos de tutela del sistema de recursos

A efectos de este artículo, se examinarán los órganos que intervienen en los procedimientos de contratación pública en dos etapas que se han identificado, la primera como preconstenciosa, y la segunda, derechamente del orden contencioso administrativo.

En el orden precontencioso es posible identificar a la *Autorità Nazionale Anticorruzione*, en adelante «ANAC», que es el órgano competente en materia de vigilancia para la prevención de la corrupción en contratos públicos, siendo la continuadora de la *Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*⁹, la cual fue suprimida por medio del D. legge n. 90/2014 y creó, a su vez, a la ANAC (art. 19).

El c.c.p. de 2016 entregó (art. 213, *comma* 1) a la ANAC la regulación, la vigilancia y el control de los procesos de los contratos públicos, lo que desarrolla actualmente por medio de las *linee guida*, consideradas como actos administrativos generales, los que disciplinan en forma obligatoria las materias de su ámbito competencial, las que son susceptibles de impugnación en el contencioso administrativo.¹⁰

⁹ Simone TORRICELLI, "L'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici in Italia," en *La contratación pública a debate: presente y futuro*, ed. Rafael Fernández Acevedo and Patricia Valcárcel Fernández (Cizur Menor (Navarra): Civitas, Thomson Reuters, 2014).

¹⁰ El Decreto *Sblocca Cantieri* de 2019 ha introducido importantes modificaciones en materia de *linee guida*, ya que ha dispuesto que se deberá dictar, dentro de los ciento ochenta días siguientes a la entrada en vigor de sus normas, un reglamento único de aplicación del c.c.p., por lo que el rol previsto originalmente se verá afectado por la nueva reglamentación. Esta disposición a estado lejos de ser pacífica, siendo la propia ANAC la que ha manifestado una serie de prevenciones en el documento: "*Decreto legge 18 aprile 2019 n. 32. Prime valutazioni di impatto sul sistema degli appalti pubblici*",

Ahora bien, el c.c.p. (art. 211, *comma* 1) le ha conferido a la ANAC competencias para corregir procedimientos de contratación, con un carácter precontencioso, que se ventila por medio de un *parere* o dictamen facultativo, que puede ser requerido ya sea por un órgano de contratación como por un particular interesado en la corrección del procedimiento concursal¹¹, lo que será desarrollado más adelante.

Mientras que, en el orden contencioso administrativo, y regulados en el art. 4 del c.p.a., se encuentran los *tribunali amministrativi regionali*, en lo sucesivo «TAR», como órganos jurisdiccionales de primera instancia, y, en segunda instancia, el *Consiglio di Stato*. Ambos tienen a su cargo la jurisdicción administrativa, abordando todas las controversias y cuestiones contenciosas que se ventilen producto de procedimientos administrativos, como todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial que involucren a la Administración, especialmente las materias de daños, constituyendo estos asuntos la competencia general. Y, por otra parte, se encuentra una competencia exclusiva para conocer una serie de materias, entre las que destacan las relativas a los procedimientos de contratación pública, en conformidad con lo establecido en el art. 133 del c.p.a., lo que se complementa con lo dispuesto en el art. 120, *comma* 1, del mismo cuerpo legal, que entrega la competencia exclusiva a los TAR para que conozcan de las impugnaciones mediante recursos en procedimientos de contratación pública, por considerarse realizados con violación a la normativa regulatoria nacional y/o europea.

La jurisdicción administrativa es competente para conocer todas aquellas materias relativas a intereses legítimos y de derechos subjetivos sobre procedimientos de contratación pública, siendo competente, además, para declarar la ineficacia de un contrato o de sanciones alternativas, a partir de la anulación de la adjudicación.

III. LOS PROCEDIMIENTOS DE TUTELA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. El precontencioso ante la ANAC, como mecanismo de solución alternativa de controversias

Como se ha señalado anteriormente, el ordenamiento italiano ha incorporado una serie de instituciones destinadas al mejoramiento de la gestión pública, entre ellas la ANAC, a la que se le han asignado distintas funciones destinadas a la prevención de la

<https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/Prime%20valutazioni%20sul%20D.L.%2032-2019.pdf>. Fecha última consulta: 18 de marzo de 2020.

¹¹ Véanse: Giuseppe PIPERATA, "*L'attività di garanzia nel settore dei contratti pubblici tra regolazione, vigilanza e politiche di prevenzione*," en *Diritto dei contratti pubblici*, ed. Franco Mastragostino (Torino: Giappichelli Editore, 2017); y, Gabriella M. RACCA, "De la autoridad sobre los contratos públicos a la autoridad anticorrupción: un cambio de sistema", *Revista digital de Derecho Administrativo*, no. 19 (2018).

corrupción¹², por medio de medidas de aumento de la transparencia de los actos, decisiones y procedimientos de la Administración Pública, a efectos de alcanzar procedimientos públicos más eficaces, sujetos a la legalidad y que permiten optimizar los recursos públicos.

Ahora bien, en lo específico como foro de tutela en materia de contratación pública, la actuación de la ANAC resulta importante en cuanto se le han asignado competencias en materia pre contenciosa, cuestión regulada en el c.c.p. art. 211, *comma* 1, las que se dirigen a la corrección de los procedimientos de contratación.

El procedimiento precontencioso se desarrolla a través de la emisión de un dictamen o *parere*, que tiene el carácter de facultativo, el que puede ser requerido ya sea por el órgano de contratación o entidad licitante, o bien, por uno o más de los particulares interesados en obtener un pronunciamiento relativo al procedimiento de licitación de que se trate. La particularidad del dictamen es que es vinculante para los sujetos que preventivamente han aceptado la solicitud del pronunciamiento, *parere* que será emitido dentro de treinta días desde la recepción del requerimiento.

Una problemática que puede suscitarse en este orden de cosas es la situación respecto de los sujetos que no concurrieron con su consentimiento a la solicitud del dictamen, lo que, como sostienen MASTRAGOSTINO y TRENTI¹³, incidirá inevitablemente en su posición en el procedimiento, aun cuando no es, formalmente al menos, vinculante para ellos, lo que provocará la reacción de ellos ante el juez administrativo.

El dictamen vinculante emitido en este tipo de procedimiento precontencioso es impugnabile ante el órgano competente de justicia administrativa, disponiéndose que, en caso de rechazo del recurso, el juez evaluará el comportamiento del recurrente para la determinación de las costas procesales y de una sanción pecuniaria en caso de temeridad.

Este procedimiento precontencioso contemplado en el c.c.p. es de gran utilidad para prevenir la judicialización de controversias que pueden producirse durante la tramitación de un procedimiento de contratación pública, constituyendo un mecanismo alternativo de solución de controversias que puede resultar más eficiente a la hora de resolver diferentes interpretaciones sobre puntos de los concursos públicos, tanto entre la entidad

¹² Véase: Javier MIRANZO DÍAZ, "El necesario cambio de paradigma en la aproximación a la corrupción en la contratación pública europea: propuestas para su sistematización," *Revista General de Derecho Administrativo*, no. 51 (2019); y del mismo autor en: *La prevención de la corrupción en la contratación pública* (Las Rozas (Madrid): Wolters Kluwer, 2019).

¹³ Franco MASTRAGOSTINO y Enrico TRENTI, "La risoluzione delle controversie," en *Diritto dei contratti pubblici*, ed. Franco Mastragostino (Torino: Giappichelli Editore, 2017), 517.

licitante como entre los propios licitadores, permitiendo un *remedio alternativo a la jurisdicción*.¹⁴⁻¹⁵⁻¹⁶

En 2017¹⁷ se introdujeron una serie de modificaciones a las facultades que originalmente se preveían en el c.c.p. relativas al precontencioso. Así, se ha suprimido una de las potestades de la ANAC que se contenía en el *comma 2* del art. 211, c.c.p., la cual consistía en la facultad de emitir una *raccomandazione* frente a la existencia de actos ilegales o vicios de legitimidad durante el procedimiento de licitación, donde la ANAC invitaría a la entidad licitante por medio de un acto de recomendación de carácter vinculante para que ella mediante procedimientos de autotutela eliminase los actos ilegales o los vicios de legalidad, con sus respectivos efectos, dentro del plazo de sesenta días. En caso de no dar cumplimiento a la recomendación, se contemplaban sanciones de carácter administrativo, tanto pecuniarias para la autoridad administrativa a cargo del procedimiento, como de afectación en la reputación de la calificación de la entidad licitante, según los términos del art. 38 del c.c.p. La principal causa de eliminación de dicha facultad fue por considerarse mayoritariamente como inconstitucional, ya que la facultad pretendida a la ANAC le otorgaba facultades privativas del juez administrativo

A partir de las modificaciones introducidas por el D.L. 24 aprile 2017, n. 50, se han incorporado nuevas facultades a la ANAC en reemplazo de la *raccomandazione*, las que expresamente confieren a la Agencia legitimación (art. 211, *comma 1-bis*) para actuar en juicio para la impugnación de las bases o pliegos de una licitación, o bien, de los actos o del procedimiento, cuando ellos sean relativos a contratos de relevante impacto y se estime que se vulneran las normas reguladoras en materia de contratos públicos.

En consonancia con lo anterior, se configura un nuevo procedimiento de acción para la ANAC frente a violaciones graves del Código de contratos públicos por parte de una entidad licitante, en cuyo caso, la ANAC emitirá un dictamen motivado donde se indiquen expresamente los fundamentos y los vicios de legalidad graves que a su juicio se están cometiendo en el concurso público. Dicho dictamen, contendrá un plazo dentro del cual el órgano de contratación deberá adecuar sus actos o procedimientos a lo dispuesto en

¹⁴ Ibid., 516.

¹⁵ En este sentido, se ha sostenido que se configura como un mecanismo de *alternative dispute resolution (ADR)*, véase: Alberto GAMBERINI y Marco GIUSTINIANI, *Lezioni di diritto dei contratti pubblici* (Roma: Dike Giuridica Editrice, 2017), 289.

¹⁶ Una institución recientemente suprimida del c.c.p. era el denominado *preavviso di ricorso*, que tenía por objeto prevenir un procedimiento contencioso administrativo, como una especie de ADR. El punto será desarrollado en el número siguiente.

¹⁷ Por medio del D.L. 24 aprile 2017, n. 50, *recante Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo*.

el dictamen, siempre dentro del plazo máximo de sesenta días desde su notificación. En caso contrario, es decir, que la entidad licitante no rectifique, la ANAC podrá recurrir ante el juez administrativo presentando un recurso dentro del plazo de treinta días.¹⁸⁻¹⁹

Una cuestión relevante es la determinación de cuáles son las materias que constituyen violaciones graves para que la Agencia pueda iniciar el procedimiento referido, en el entendido que el art. 211, *comma* 1-ter del c.c.p., señala expresamente que la facultad de la ANAC se refiere a *gravi violazioni del presente codice*, por lo que producto de una interpretación literal del texto normativo sería posible limitar la legitimación de la ANAC a únicamente las infracciones graves que en un procedimiento administrativo concursal se efectúen respecto del cumplimiento exclusivo y excluyente de las normas contenidas en el Código de contratos públicos.

Sin embargo, a mi juicio, una interpretación correcta de la norma debe ser efectuada en el contexto del sistema normativo regulador de la contratación pública, que no puede encontrarse regulada única, exclusiva y excluyentemente por una norma determinada, ya que es ampliamente aceptado que la contratación pública es una disciplina que no solo debe responder únicamente al principio de legalidad, sino que más bien debe ceñirse al principio de juridicidad. Con principio de juridicidad me refiero a que la sumisión de la Administración Pública, cuando ejerce sus poderes en el ámbito de la contratación, se extiende además de las normas especiales a la Constitución, a los principios²⁰ y a la jurisprudencia del TJUE, tal como lo ha expresado dicho Tribunal en el *leading case* en esta materia *Parking Brixen*²¹⁻²².

Todo lo anterior, sin perjuicio que es el propio c.c.p. (art. 4) el que establece que sus normas y la actividad de la Administración Pública se deben conformar con el "*rispetto dei principi di economicità, energéti, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energética*", ratificando lo indicado respecto del principio de juridicidad.

¹⁸ Un tratamiento detallado de dicho procedimiento puede ser visto en: Marco LIPARI, "La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale *speciale* dell'ANAC," (5 luglio 2017, www.giustizia-amministrativa.it 2017). Fecha última consulta: 02 de febrero de 2020.

¹⁹ Este nuevo procedimiento contemplado tiene muchas similitudes con el mecanismo corrector de la Comisión Europea incorporado por la Directiva 2007/66/CE.

²⁰ Rodolfo CANCINO GÓMEZ y Miguel LÓPEZ OLVERA, *La contratación pública*, 1ra ed. (Las Rozas (Madrid): Wolters Kluwer, 2019), 121 y sgtes.

²¹ Asunto C-458/03, *Parking Brixen GmbH*. TJUE.

²² José Antonio MORENO MOLINA, "La construcción jurisprudencial europea de la teoría de los principios generales de la contratación pública y su plasmación posterior en la legislación de la Unión Europea", *Revista digital de Derecho Administrativo*, no. 19 (2018).

2. El procedimiento contencioso en materia de contratación pública. El denominado *Anullamento*

El procedimiento especial en materia de contratos públicos, denominado *rito accelerato speciale*²³ o *rito speciale abbreviato*²⁴, se enmarca en el rito *abbreviato comune a determinate materia* del art. 119, *comma 1, lett. a.* del c.p.a.²⁵, al que se le introducen ciertas reglas especiales para el procedimiento de anulación en materia de contratación pública, a través del art. 120²⁶. Es por esta razón por lo que se ha sostenido que es un procedimiento *specialissimo*²⁷ o de doble especialidad, ya que, dentro del propio procedimiento contencioso administrativo acelerado, ya especial, existiría un procedimiento contencioso administrativo especialísimo, más acelerado, coexistiendo una especie de dualidad en la especialidad de los jueces administrativos, el ordinario y el de contratos públicos, claro está que esto es solo como vía explicativa y material, y no como una separación formal competencial de los jueces.²⁸

2.1. Los actos impugnables y la oportunidad en que deben ser presentados

El procedimiento en materia de contratación pública, o *rito appalti* que tiene por objeto obtener la anulación de una determinada decisión adoptada durante un procedimiento concursal, puede ser ordenado en diversas fases, a saber: i. fase introductoria del procedimiento; ii. fase de tutela cautelar; iii. fase de *motivi aggiunti* o motivos adicionales; iv. fase de mérito; v. fase de resolución o sentencia; y, vi. fase de apelación, todos los que serán tratados continuación, con excepción de la fase cautelar ya que excede el objeto materia de este artículo.

En primer término, la fase introductoria del procedimiento debe encontrarse delimitada dentro de las materias que pueden ser objeto de recurso, que según previene el art. 120, *comma 1*, c.p.a. son todos los actos y procedimientos de una entidad licitante relativos a procedimientos de contratación pública, incluidos los procedimientos de la

²³ Francesco CARINGELLA y Marco GIUSTINIANI, *Manuale del processo amministrativo*, II ed., Manuali, (Roma: Dike Giuridica Editrice, 2017).

²⁴ MASTRAGOSTINO y TRENTI, "La risoluzione delle controversie."

²⁵ *Art. 119, comma 1: Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano nei giudizi aventi ad oggetto le controversie relative a: a) i provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, salvo quanto previsto dagli articoli 120 e seguenti.*"

²⁶ *Disposizioni specifiche ai giudizi di cui all'articolo 119, comma 1, lettera a).*

²⁷ Giuseppe SEVERINI, "Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici. (l'art. 204 del Codice degli appalti pubblici e delle concessioni, ovvero il nuovo art. 120 del Codice del processo amministrativo)," (3 giugno 2016, www.giustizia-amministrativa.it 2016): 14. Fecha última consulta: 02 de febrero de 2020.

²⁸ CARINGELLA y GIUSTINIANI, *Manuale del processo amministrativo*, 661.

ANAC, referidos a las mismas materias, todos los que son recurribles únicamente ante el TAR competente.

El plazo para la interposición del recurso es de treinta días, se debe recordar que el plazo ordinario o común es de sesenta días, los que se deben contar distinguiendo del tipo de acto impugnado²⁹. El Código de contratos públicos de 2016 eliminó el denominado *preavviso di ricorso*, que contemplaba el antiguo Código (D.L. 163/06), en su art. 243 bis, pues disponía que el sujeto interesado en presentar un recurso contencioso administrativo debía informar a la entidad licitante sobre su intención, indicando las que, a su juicio, eran actuaciones u omisiones que vulneraban la legalidad. Este procedimiento tenía por objeto evitar un litigio eventual, mediante la autotutela correctiva de la entidad licitante respecto del procedimiento, corrigiéndolo de oficio en aquellos casos que se estimara justificada la presentación del sujeto particular.

Así, el plazo para la impugnación de los actos comienza a contarse desde el momento en que se ha recibido la notificación, de acuerdo a la regla de notificaciones determinada en el art. 76 c.c.p., la que fija que la entidad licitante deberá comunicar de oficio inmediatamente y siempre dentro del término no superior a cinco días los siguientes actos y a los sujetos que se indican:

a) la adjudicación al adjudicatario, al oferente que consiguió el segundo lugar, a todos los candidatos que presentaron una oferta que haya sido admitida en el concurso, y, además, se debe comunicar de la adjudicación a todos aquellos que hayan impugnado la inadmisión de su oferta o cuyo plazo se encuentre pendiente, así mismo a todos los que hayan impugnado las bases del concurso y cuya resolución se encuentre pendiente, como igualmente se debe comunicar a todos los sujetos anteriormente indicados la fecha de suscripción del contrato con el adjudicatario.³⁰

b) La exclusión de los candidatos y oferentes.

c) La decisión de declarar desierto un concurso, lo que se debe comunicar a todos los candidatos.

²⁹ El c.p.a. en el art. 29, que regula la denominada *Azione di annullamento*, dispone en el *comma 1* que: “*L’azione di annullamento per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere si propone nel termine di decadenza di sessanta giorni.*”

³⁰ Como precisión conceptual, el c.c.p. ha definido diferentes términos, entre los cuales se encuentran los términos candidato y oferente, indicando en el art. 3, *comma 1*, lo siguiente: *bb) «candidato», un operatore economico che ha sollecitato un invito o è stato invitato a partecipare a una procedura ristretta, a una procedura competitiva con negoziazione, a una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, a un dialogo competitivo o a un partenariato per l’innovazione o ad una procedura per l’aggiudicazione di una concessione; cc) «offerente», l’operatore economico che ha presentato un’offerta.”*

En aquellos casos en que no se haya publicado la convocatoria del procedimiento de licitación el recurso deberá ser presentado dentro del plazo de treinta días contados desde la fecha de la publicación de la adjudicación definitiva (art. 120, *comma* 2, c.p.a.), siempre que dicho aviso contenga los fundamentos del acto decisorio y los motivos por los cuales la entidad licitante ha decidido contratar sin la publicación de la convocatoria. Aun cuando, habiéndose omitido la publicación de la convocatoria y, además, la publicación de la adjudicación definitiva no podrá presentarse recurso en contra de la adjudicación transcurridos seis meses de la firma del contrato.

Mismo plazo de treinta días se dispone para la presentación de un *ricorso incidentale*, medida del contra interesado del recurso principal, que tiene por objeto resistirse al recurso para la mantención del acto impugnado, contados desde la recepción de la notificación del recurso principal o del recurso por *motivi aggiunti*, en cuyo caso se contará desde la notificación del mismo, siempre y cuando, a partir de dicho recurso, surja el interés para comparecer incidentalmente³¹. Y, en todo caso, siempre se contemplará el plazo de treinta días para todo tipo de impugnaciones contados desde el conocimiento del acto, atendida la regla fijada por el art. 120, *comma* 5, c.p.a.

Una segunda oportunidad dentro del procedimiento es la denominada fase de *motivi aggiunti*, a la que se ha hecho referencia en el párrafo anterior. Esta consiste en la oportunidad procesal que tiene un sujeto que ha presentado un recurso para impugnar otro tipo de actos relativos al mismo procedimiento de licitación, diversos de los que han sido objeto del recurso principal. Esto tiene sentido en cuando a la eficacia y unidad del procedimiento, concentrándose las impugnaciones efectuadas³²⁻³³. En dicho sentido se ha manifestado el TAR Napoli: “*Il principio di cumulabilità delle azioni è volto a garantire l'unitarietà del giudizio, in coerenza con il principio di effettività e completezza della tutela giurisdizionale, assicurando la valutazione complessiva della vicenda sostanziale portata all'attenzione del giudice.*”³⁴

El procedimiento entra en la fase de mérito y resolución, debiendo celebrarse una audiencia fijada de oficio, dentro de los cuarenta y cinco días siguientes de transcurrido el plazo para que se hagan parte terceros distintos al recurrente, audiencia que será notificada por la secretaria por medio de correo electrónico certificado (*comma* 6, art.

³¹ Roberto GAROFOLI y Giulia FERRARI, *Codice dei Contratti Pubblici*, Codici del Professionista, (Molfetta: Nel diritto editore, 2017), 2836.

³² En dicho orden se pronuncian: Michele CORRADINO et al., eds., *I contratti pubblici*, 1st ed., Manuali per la professione (Milano: Wolters Kluwer, 2017), 862.; y, GAMBERINI y GIUSTINIANI, *Lezioni di diritto dei contratti pubblici*, 221.

³³ En el mismo sentido de la eficacia del procedimiento, es posible encontrar el principio de la brevedad (*sinteticità*) de los escritos, que dispone que todos los actos de las partes y, también, el procedimiento del juez, deben ser sintéticos (art. 120, *comma* 10, c.p.a.).

³⁴ TAR Napoli, Sez. VIII, 19 gennaio 2017, n. 434.

120, c.p.a.). En caso de exigencias de la instrucción del procedimiento o bien actuaciones que digan relación con el correcto ejercicio del derecho a defensa de los sujetos parte en el procedimiento, puede retrasarse la audiencia y fijarse una nueva en fecha distinta, la que siempre deberá celebrarse dentro de un término no superior a treinta días. Es decir, el procedimiento deberá concluirse dentro de un plazo que puede ser de setenta y cinco días, o bien, de ciento cinco, contados desde la última notificación del recurso en materia de contratación presentado por el reclamante.

La sentencia, según ordena la disposición normativa en comento, debe ser redactada en forma simplificada, lo que no obsta a que debe contener la motivación, aun cuando se exprese en forma sintética, y todos los elementos que el juez administrativo ha tenido a la vista al momento de resolver, debiendo dictar la sentencia dentro del plazo de treinta días (art. 120, *comma* 9, c.p.a.), pudiendo las partes solicitar la publicación anticipada de la parte dispositiva de la misma, debiendo ello realizarse en el plazo de dos días contados desde la celebración de la audiencia.

2.2. *El derogado procedimiento súper especial de impugnación*

El Código de contratos públicos de 2016 contempló (art. 204), la creación de un subprocedimiento especialísimo de impugnación denominado *rito ultra accelerato*, el que fue incorporado en el ordenamiento jurídico por medio del art. 120, *comma* 2-bis y *comma* 6 del c.p.a.

Dicha disposición consideraba que la impugnación de la decisión de exclusión o la admisión en un procedimiento de contratación pública, fundada en la evaluación de los requisitos subjetivos, económico-financieros y/o técnico-profesionales, debía ser realizada dentro del plazo de treinta días contados desde la publicación de la misma en el perfil de la entidad licitante. La falta de impugnación dentro del plazo indicado provocaba la preclusión del derecho a recurrir contra toda resolución posterior en el procedimiento de adjudicación, ni siquiera por la vía incidental.

Este procedimiento *ultra-accelerato*³⁵ tenía por objetivo establecer una especie de garantía anticipada para el propio procedimiento de contratación y para los interesados, de modo que se resolviera en forma previa a la evaluación del contenido objetivo de cada oferta, excluyendo a aquellos que no dieran cumplimiento a los requisitos subjetivos.

Procedimentalmente, los recursos sobre la materia eran decididos simplificada y rápidamente, dentro de los treinta días siguientes de vencido el plazo general de impugnación,

³⁵ Michele CORRADINO et al., eds., *I contratti pubblici*, 1st ed., Manuali per la professione (Milano: Wolters Kluwer, 2017), 852.

debiendo emitirse la sentencia dentro del plazo de siete días de celebrada la audiencia de conocimiento de los mismos por la *camera di consiglio* de un TAR, pudiendo las partes requerir al juez administrativo que diera a conocer la parte dispositiva de la sentencia dentro del plazo de dos días desde la audiencia. Atendida la celeridad del procedimiento no procedían medidas cautelares, y la apelación de la sentencia debía interponerse dentro del plazo de treinta días de notificada.

Este subprocedimiento permitió visualizar la existencia de dos fases evaluativas en la contratación pública italiana, con procedimientos de impugnación distintos, el primero, respecto de la exclusión/admisión de ofertas por requisitos subjetivos y formales; y, luego, otro procedimiento para la impugnación del resto de decisiones relativas a requisitos objetivos.

Desde su entrada en vigencia, el *sub-rito speciale* recibió sendas críticas desde la doctrina³⁶, que decían relación con lo imperativo del recurso de impugnación sin que el afectado conociese aun al adjudicatario, obligando a recurrir sin conocer la existencia de beneficios efectivos en los resultados de su recurso. Todo ello, sumado a los costos legales de la impugnación, y en muchos casos ante la escasa fundamentación de la exclusión.

En ese contexto, a través del Decreto Legge 18 aprile 2019, n. 32. *Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici*, llamado *Sblocca Cantieri*³⁷, se derogó el procedimiento ultra acelerado del art. 120, *comma 2-bis* del c.p.a.

IV. MEDIDAS ESPECIALES DE CONTROL DE LA LITIGIOSIDAD

1. Pago de tasas de acceso a la jurisdicción

El ordenamiento jurídico italiano regula, por medio del *Testo unico in materia di spese di giustizia*, aprobado por medio del D.P.R. 115/2002 y sus modificaciones, el régimen de tasación de las actuaciones en procedimientos judiciales en los ámbitos penal, civil, administrativo, contable y penal.

En materia administrativa, se fija una tasa unificada para los litigios en el orden contencioso administrativo, estableciendo, en el art. 13, *comma 6 bis*, diversas tasas

³⁶ Por todos, véanse a GAMBERINI y GIUSTINIANI, *Lezioni di diritto dei contratti pubblici*, 241; y, MASTRAGOSTINO y TRENTI, "La risoluzione delle controversie", 499.

³⁷ Promulgado como Ley por medio de la *Legge 14 giugno 2019, n. 55 Conversione in legge, con modificazioni, del Decreto Legge 18 aprile 2019, n. 32*.

para los recursos que se interpongan ante un TAR o ante el *Consiglio di Stato*, las que varían respecto de las materias objeto de los recursos.

Ahora bien, la misma disposición prevé la existencia de materias respecto de las cuales se establecerán cuantías de tasas de acceso diferentes, como es el caso de los recursos en contratación pública, materia respecto de la cual se establece una tasa de carácter proporcional, y decreciente, a la cuantía del litigio objeto del procedimiento, es decir, al monto o importe base del contrato determinado por la entidad licitante.

El art. 13, *comma* 6 bis, *lett.* d), de la norma citada, establece la tasa especial unificada de actuación ante los TAR y el *Consiglio di Stato* cuando se refieran a procedimientos de recursos en materia de contratación pública de los que se refiere el art. 119, *comma* 1, *lettere* a) y b) del c.p.a., estableciéndose una escala de tasas de acuerdo a lo siguiente: i. 2.000€ cuando la cuantía del contrato sea igual o inferior a 200.000€; ii. 4.000€, en contratos cuya cuantía sea entre 200.000€ y 1.000.000€; y, iii. en aquellos casos de litigios con una cuantía superior a 1.000.000€ el monto de la tasa será de 6.000€. Respecto de la tasa de apelación el art. 13, *comma* 1 bis, señala que la tasa será aumentada en un 50% respecto de la tasa del recurso de primer grado.

Las tasas afectan tanto al escrito de presentación del recurso como a los escritos que contengan *motivi aggiunti* y a los que tengan por objeto la adhesión al recurso, siempre y cuando dichos actos amplíen considerablemente el objeto del litigio.

La materia de pago de tasas no ha estado exenta de polémicas producto de su concordancia con el acceso a la tutela judicial efectiva, regulada tanto en el ordenamiento interno italiano como por el Derecho comunitario, especialmente en materia de recursos de contratación pública, materia que ha sido objeto de un pronunciamiento del TJUE, el que viene a resolver la compatibilidad de la fijación de tasas con el Derecho comunitario, siempre que se cumpla con una serie de condiciones.

En la sentencia del TJUE, sala quinta, de 6 de octubre de 2015, recaída en asunto C-61/14, *Orizzonte Salute*, se resolvió una cuestión prejudicial planteada por el *TAR di Trento*, el cual sometió la siguiente consulta: “¿Se oponen los principios fijados en la Directiva 89/665 [...] a una normativa nacional [...] que impone el pago de un importe elevado en concepto de tasa unificada para acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de adjudicación de contratos públicos?”.

Frente a dicha consulta prejudicial, el TJUE sostuvo que ella debía resolverse principalmente mediante el análisis interpretativo de los principios de equivalencia y de efectividad, verificando si la normativa nacional, que establece el pago de tasas más elevadas que en otras materias para el acceso a la jurisdicción contencioso-

administrativa, respecto de la interposición de recursos en materia de contratos públicos, se opone a dichos principios en el marco de la normativa comunitaria aplicable.³⁸

El Tribunal recordaba que la Directiva 89/665 fijó como una obligación a los Estados miembros la adopción de todas las medidas que se estimen con el objeto de garantizar que las decisiones en materia de contratación pública sean recurribles, de forma eficaz y rápida, para toda persona que se haya visto o pueda verse afectada por la decisión de un poder adjudicador que actúe violando el Derecho comunitario y nacional. Al no contener la citada Directiva ninguna referencia al pago de tasas de acceso a la jurisdicción, la adopción de las medidas en comento, desde la perspectiva procesal, queda dentro del margen del principio de autonomía procesal de cada Estado miembro, es decir, dentro de su margen de discrecionalidad. Dicho margen de autonomía debe enmarcarse en tres condiciones:

- **Primera:** Principio de equivalencia, que establece que ninguna regulación puede ser menos favorable, referida a materias semejantes, en este caso recursos jurisdiccionales;

- **Segunda:** Principio de efectividad, que sostiene la regulación no podrá hacer imposible o excesivamente difícil, tanto formal como materialmente, el ejercicio de las garantías y derechos; y,

- **Tercera:** Efecto útil, por el que se debe asegurar que los recursos en materia de contratación sean eficaces y rápidos, asegurando la protección de los derechos e intereses de los ciudadanos.

El Tribunal, analizó dos cuestiones referentes a la regulación italiana, una la referida a la tasa unificada para la interposición de un recurso en materia de contratos públicos ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y otra, referida a la acumulación de las tasas unificadas abonadas dentro de un mismo procedimiento en materia de contratos públicos, o tasas judiciales múltiples, ante la jurisdicción en comento.

Sobre la primera cuestión, la existencia del pago de la tasa, y tal como se ha visto en párrafos anteriores, la normativa italiana³⁹ establece un sistema de tasas proporcionales al monto o cuantía del contrato respecto del cual se presente el recurso en materia de contratación pública, las que, a juicio del TJUE, no resultan discriminatorias, por cuanto

³⁸ Esta materia ha sido tratada en detalle en: Enrique DÍAZ BRAVO, *El recurso en materia de contratación pública en el Derecho europeo y su aplicación en España*, 1ra ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019).

³⁹ Art. 13, *comma* 6 bis, *lett. d*), *Testo unico in materia di spese di giustizia* aprobado por medio del D.P.R. 115/2002, modificada por la Ley N° 228 de 24 de diciembre de 2012, normativa aplicable a la fecha del asunto.

se aplica a todos los operadores por igual, y atendido que la participación de un sujeto en un contrato público *presupone una capacidad económica y financiera apropiada*, tampoco es un impedimento para el acceso a la tutela, todo ello sumando a que la parte vencedora verá reembolsadas las tasas judiciales, por regla general, de modo tal que, atendidas todas estas consideraciones, el Tribunal estimó que no se infringe el principio de equivalencia ni de efectividad.

Haciendo hincapié en la segunda cuestión, la acumulación de tasas respecto de escritos que contengan *motivi aggiunti* y los que tengan por objeto la adhesión al recurso y que amplíen de manera *considerable y significativa* el objeto del litigio, siendo efectivamente diferentes, se ha sostenido por el TJUE que no son contrarios al Derecho de la Unión, puesto que las tasas acumulativas, y las tasas en general, contribuyen "(73)...al buen funcionamiento del sistema jurisdiccional, en la medida en que constituye una fuente de financiación de la actividad judicial de los Estados miembros y disuade de la presentación de demandas que sean manifiestamente infundadas o tengan como único fin retrasar el procedimiento."

Por su parte, no todos los motivos adicionales o varios recursos judiciales presentados por un ciudadano se encontrarán sujetos a una duplicidad de tasas, o a tasas múltiples, situación que deberá ser examinada por el juez, analizando los objetos de los recursos o *motivi aggiunti* en el mismo procedimiento, y en caso de comprobar que dichos recursos o motivos adicionales no constituyen una ampliación efectiva y considerable del objeto del litigio, no deberá abonarse una tasa acumulativa, de modo que la determinación de los objetos de los recursos o actuaciones adicionales es determinante para el abono de las tasas, cuestión que, en definitiva, queda entregada al criterio del juez. Así las cosas, el Tribunal concluyó, en el asunto previamente citado, que esta regulación tampoco se opone al Derecho comunitario.

En este orden de ideas, el TJUE ha resuelto la compatibilidad del pago de tasas de acceso a la jurisdicción en materia de recursos en contratación pública a la luz de la Directiva de Recursos 89/665, siempre que se cumplan con las condiciones, y presupuestos del sistema europeo de recursos que son el principio de equivalencia, el principio de efectividad y que la regulación no conculque el efecto útil de la propia Directiva.⁴⁰

2. Sanción especial para litigante temerario

⁴⁰ Un completo análisis sobre la sentencia del TJUE puede visto en: José Antonio MORENO MOLINA, "La destacada doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre contratos públicos en el año 2015," en *Observatorio de los contratos públicos 2015*, ed. José María Gimeno Feliú (Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, 2016), 155 - 57.

De particular relevancia es la medida que el c.p.a. regula para el caso de la presentación de recursos temerarios o infundados en materia de contratación pública, es decir del abuso del proceso, ello en la línea de desincentivar la presentación de recursos meramente dilatorios que tengan por objeto entorpecer el procedimiento de licitación sin la existencia de derecho. En estos casos, la actuación de un sujeto se transforma en un abuso del proceso contencioso administrativo, dañando, no solo los intereses de los sujetos privados interesados en el resultado del concurso, sino que muy especialmente el interés público, restando eficiencia al proceso de contratación por medio del cual se pretende satisfacer una necesidad pública. En dicho sentido, se ha afirmado por el *Consiglio di Stato* que: “...può affermarsi la vigenza di un generale divieto di abuso di ogni situazione soggettiva, quale regola che deve permeare non solo le condotte sostanziali, ma anche i comportamenti processuali di esercizio del diritto”⁴¹, lo que resulta plenamente coincidente con el efecto útil perseguido por las directivas de recursos de la UE.

Así, el ordenamiento italiano ha previsto que la sentencia en el procedimiento especial en materia de contratación pública, al determinar el pago de los gastos o costas del juicio o procedimiento, deberá contener la condena que el juez administrativo fijará de oficio a la parte perdedora, la que, en materia de contratos públicos de acuerdo al art. 26, *comma 2*, c.p.a. irá acompañada de una sanción pecuniaria que podrá ser fijada en proporción al uno por ciento del monto del contrato, siempre que la parte derrotada haya accionado o se haya resistido temerariamente en el juicio, lo que se aplica a todas las materias relativas a las controversias reguladas por los artículos 119, *lett. a)* y 120 c.p.a.⁴²

3. Comportamiento previo del licitante, reputación y litigiosidad

Una importante cuestión en el procedimiento de adjudicación, es la regulación de los criterios de selección de las ofertas. En dicho sentido es que el art. 83, *comma 10*, del c.c.p.⁴³, que norma dicha materia, establece la existencia de un sistema de calificación de

⁴¹ Cons. di St., Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3.

⁴² Véase la sentencia n. 892/2020 del TAR Lazio, Sez. Terza, la que efectuó un análisis sobre el abuso de derecho en procedimientos de contratación pública.

⁴³ Dicho artículo ha sido modificado por el art. 49, *comma 1-bis* del DL n. 124, 26 *ottobre* 2019, “*Decreto fiscale*”, sin alterar lo pertinente al comportamiento y litigiosidad del licitante. Aun cuando excede de los límites de este trabajo, es oportuno destacar que dicha modificación incorporó como elemento de evaluación en el ranking de las empresas licitadoras que realiza la ANAC, la consecución de objetivos de beneficio común, especialmente considerando la actuación con las personas, territorio, medio ambiente, objetivos sociales y culturales, entre otros, que permitan verificar la actuación responsable, sostenible y transparente de la empresa. De este modo, se ha

las empresas, el que está vinculado a requisitos de reputación de ellas, que considera indicadores cualitativos y cuantitativos de la fiabilidad de las mismas. Dicho registro es administrado por la ANAC, quien además es la encargada de emitir los certificados respectivos.

Este registro busca establecer un ranking de reputación de las empresas respecto de su comportamiento en materias de corrupción, la oportunidad en el cumplimiento de sus obligaciones en la ejecución de contratos, además de, y aquí el punto relevante, “...*degli esiti del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara sia in fase di esecuzione del contratto.*” (art. 83, *comma* 10, c.c.p.)

Esta última medición a las empresas ya no pretende medir su comportamiento en lo relativo a su gestión en contratos anteriores ni con el correcto comportamiento o adecuación al principio de probidad, sino que, tal como sostienen GALLI y RAMAJOLI⁴⁴, este elemento de medición a las empresas considera “...*non una condotta virtuosa, bensì una mancanza di condotta non virtuosa, ossia l'elemento della litigiosità giudiziaria dell'impresa.*”

Es así como, es posible sostener que la consideración de la conducta de la empresa en lo que respecta a su comportamiento litigioso, en una interpretación literal de la norma, podría ser óbice al derecho a tutela judicial efectiva garantizado por la Constitución italiana, como se ha señalado anteriormente en el punto II, 1. de este trabajo, ya que la sola posibilidad de quedar en un registro que mida el ejercicio de Derecho fundamental de recurrir a los tribunales de justicia en búsqueda de tutela judicial, puede llegar a inhibir a los afectados de su ejercicio a efectos de no perjudicar su posición o reputación en el referido registro estatal.

En consonancia con lo anterior, fue el propio *Consiglio di Stato*⁴⁵ que manifestó una importante prevención sobre este punto, al sostener que: “*la disciplina dei requisiti reputazionali non sia punitiva degli operatori che esercitano in modo legittimo e non emulativo o pretestuoso il diritto di difesa in giudizio.*”

Ahora bien, la doctrina⁴⁶ desde la dictación del Código de 2016, alertó sobre esta situación, pero orientando la interpretación normativa hacia el comportamiento de mala fe

incorporado una política pública que permite cuantificar y cualificar el comportamiento de los licitadores y el impacto en la contratación pública.

⁴⁴ Lucca GALLI y Margherita RAMAJOLI, “Il ruolo della reputazione nel mercato dei contratti pubblici: il rating d'impresa,” *Rivista della regolazione dei mercati* 1 (2017): 86.

⁴⁵ *Cons. di St., comm.spec., 1 aprile 2016, n. 855.* Cabe destacar que el informe del *Consiglio di Stato* se emitió sobre un borrador del C.c.p, (art. 84, *comma* 4, lett. d) que se refería a la “*l'assenza di contenzioso*”, que luego, en su redacción definitiva quedó redactado como se ha indicado en el cuerpo de este trabajo, en el art. 83, *comma* 10.

⁴⁶ Véase: Rosanna DE NICTOLIS, “Il nuovo Codice dei contratti pubblici,” *Urbanistica e appalti* 5 (2016): 526.

o meramente dilatorio del sujeto que ponga en movimiento la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de contratos públicos.

Sin embargo, considero que debería existir una mención expresa a que la conducta que será objeto de evaluación negativa en la reputación de la empresa será aquella ya regulada en el c.p.a, respecto del comportamiento temerario, de la que hemos tratado en el número anterior, a efectos de no dejar entregado a la discrecionalidad y arbitrariedad administrativa la calificación del comportamiento de un sujeto en procedimientos contencioso-administrativos, con efectos graves sobre el legítimo ejercicio de los recursos procesales y la posibilidad disuadir a los afectados de ejercer sus derechos frente a la Administración.

V. SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS POSTERIORES A LA ADJUDICACIÓN

En la línea definida por el Derecho europeo, a partir de los nuevos mínimos de protección y garantía establecidos por la Directiva 2007/66 sobre tutela en la contratación pública⁴⁷, el Derecho interno italiano ha regulado en el c.p.a., en concordancia con el c.c.p. las consecuencias que deben seguir a un contrato adjudicado con infracción a las normas reguladoras pertinentes, las que, con distinto grado y condiciones, son la anulación del acto y los efectos que dicha declaración ocasiona por medio de la ineficacia del acto de adjudicación, contemplándose, igualmente, sanciones alternativas, y medidas resarcitorias. Dichas reglas se encuentran contenidas en los arts. 121, 122 y 133 del c.p.a.

Como premisa para el examen de la materia en comento, debemos tener a la vista, al menos, tres elementos que se encuentran presentes al momento que el juez administrativo aborda la resolución de los efectos que un contrato adjudicado ilegalmente proyectará hacia el futuro. El primero, el interés y la actuación que la Administración Pública tiene sobre el contrato; el segundo, el interés del sujeto reclamante y su pretensión respecto del contrato; y, el tercero, el interés en la protección, o más bien, en el mantenimiento en la ejecución del contrato por parte del sujeto que ha sido adjudicado y accedido como contratista.⁴⁸

1. Ineficacia del contrato

⁴⁷ DÍAZ BRAVO, *El recurso en materia de contratación pública en el Derecho europeo y su aplicación en España*. 88 y siguientes.

⁴⁸ Estos tres elementos son destacados por GIUSTINIANI en: GAMBERINI y GIUSTINIANI, *Lezioni di diritto dei contratti pubblici*, 258.

Para la determinación de la ineficacia de un contrato, el tribunal administrativo que ha declarado la nulidad del contrato será el competente para decretar aquella, para lo cual deberá tener en cuenta, además de la presentación del recurrente y todas las alegaciones formuladas en el procedimiento, diversos elementos, entre ellos, el tipo del vicio fundante de la nulidad y la gravedad del mismo; así como ciertos elementos *de facto*, tales como el estado actual de la ejecución del contrato; y, la condición de buena o mala fe del contratante que obtuvo la adjudicación viciada.

Por lo tanto, la ineficacia no es de carácter automático en los procedimientos de contratación, y requiere, como ha dicho la jurisprudencia de un pronunciamiento especial, particular y motivado por parte del tribunal que conoce del litigio. En dicho sentido se han manifestado los jueces del *Palazzo Spada*:

“...l'inefficacia del contratto non è conseguenza automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione, ma costituisce oggetto di una specifica pronuncia giurisdizionale, costituendo quelle previsioni una significativa innovazione rispetto alla logica sequenza procedimentale che vede la privazione degli effetti del contratto strettamente connessa all'annullamento dell'aggiudicazione, e da questa dipendente, anche nella prospettiva delle esigenze di semplificazione e concentrazione delle tutele ai fini della loro effettività.”⁴⁹

Es más, el *Consiglio di Stato*, se ha pronunciado con extrema claridad respecto de la imposibilidad de la declaración automática de ineficacia, singularizándolo como un principio cardinal del entero sistema normativo establecido por la Directiva comunitaria de recursos 2007/66, cuando no puede ser la misma Administración Pública adjudicadora la que declare la ineficacia de un contrato, debiendo ser *“un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice”* (art. 1, par. 3), de modo tal que los efectos de una eventual ineficacia automática quedan descartados de plano. A la luz de dicho razonamiento el *Consiglio di Stato* ha dicho:

“...di modo che in giurisprudenza si esclude pacificamente che l'inefficacia del contratto possa risultare per implicito, dovendo questa scaturire sempre da un'espressa pronuncia del giudice ed avendo il legislatore comunitario escluso ogni ipotesi di caducazione automatica.”⁵⁰

El c.p.a. ha distinguido dos tipos de casos respecto a la ineficacia, los que dependerán de la gravedad de la violación al ordenamiento jurídico, como se verá.

⁴⁹ Cons. di St., Sez. V, 1 ottobre 2015, n. 4585.

⁵⁰ Cons. di St., Sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 140.

1.1. Ineficacia del contrato en caso de infracciones graves

El c.p.a. por medio de la disposición del art. 121, *comma* 1, establece la existencia de determinadas violaciones graves que provocarán, por regla general, la ineficacia del contrato cuya anulación ha sido dispuesta de acuerdo a dos criterios, falta de publicidad y violación de los periodos de suspensión, los que, a juicio del Derecho europeo han sido establecidos como las más graves violaciones a la normativa en materia de contratación pública, enfrentándose el juez a adoptar la decisión de declarar ineficaz el contrato solo con efectos futuros a partir de la sentencia o *ex nunc*, o bien declarará la ineficacia con efecto retroactivo o *ex tunc*.

El primer criterio dice relación con la falta de publicidad de la convocatoria al concurso (art. 121, *comma* 1, *lett.* a. y b.), en los siguientes casos:

a) Que la adjudicación definitiva haya sido efectuada sin la previa publicación del anuncio de la licitación en los medios oficiales respectivos según el caso, *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea* o *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*.

b) Que la adjudicación definitiva de un procedimiento negociado haya sido efectuada sin publicación de la convocatoria, o bien, que la contratación con dicho procedimiento se haya efectuado en casos no autorizados y que esta situación haya determinado la omisión de la publicación de la convocatoria en los medios correspondientes, indicados en la letra anterior.

El segundo criterio responde a la violación de los periodos de suspensión de los procedimientos de contratación, tanto del *standstill* como de la suspensión de los efectos de la adjudicación por la presentación de un recurso en su contra (art. 121, *comma* 1, *lett.* c. y d.):

a) Que el contrato haya sido suscrito sin dar cumplimiento al periodo de suspensión obligatoria o *standstill* que debe mediar entre la adjudicación y la suscripción del contrato, y en virtud de dicha situación se haya visto privado el recurrente de ejercer su derecho a impugnación antes de la suscripción del contrato, y, siempre y cuando la infracción del periodo de suspensión del procedimiento en conjunto con las infracciones alegadas respecto de la adjudicación definitiva, hayan influido en la posibilidad del reclamante a obtener la adjudicación.

b) Que el contrato haya sido suscrito sin dar cumplimiento al periodo de suspensión automática del procedimiento por causa de presentación de un

recurso jurisdiccional contra la resolución de adjudicación definitiva, en caso de que dicha infracción, juntamente con los vicios propios de la adjudicación, haya influido en la posibilidad de obtener el contrato.

Tal como se señaló anteriormente, por regla general ante la concurrencia de las circunstancias indicadas precedentemente, el juez administrativo juntamente con la anulación de la adjudicación definitiva declarará la ineficacia del contrato. Sin embargo, el propio c.p.a. prevé una serie de circunstancias en virtud de las cuales el contrato no será declarado ineficaz, aun cuando concurren las violaciones graves de la normativa regulatoria indicadas anteriormente y contenidas en el *comma* 1 del art. 121, en virtud de un principio general de prevalencia del interés general.

La prevalencia del principio de interés general se expresa sobreponiéndose sobre las violaciones graves a la normativa reguladora en materia de contratos públicos, especialmente en dos aspectos, como se ha indicado, que el legislador europeo ha considerado de primera importancia, como son la omisión de la publicidad de la convocatoria a una licitación⁵¹ y, por otra parte, el incumplimiento de los plazos de suspensión del procedimiento, ya sea por sola disposición de la ley, como en el caso del denominado *standstill*, o bien, como efecto de la presentación de un recurso de impugnación contra la resolución que adjudica un contrato.

En el caso de la regulación italiana sobre la prevalencia del interés general frente a violaciones graves de la normativa, el *comma* 2 del art. 121 del c.p.a. establece que frente a las violaciones graves indicadas en el *comma* 1, el contrato seguirá siendo eficaz si se demuestra que el cumplimiento de los efectos del contrato es una exigencia imperativa para la preservación del interés general.

Dichas exigencias imperativas se manifiestan como exigencias de carácter técnico o de otro tipo que resultan evidentes y hacen indispensable que el contratista actual continúe con lo que resta del contrato. La misma disposición sostiene, en concordancia

⁵¹ Existen ciertos casos, señalados en el *comma* 5 del art. 121 c.p.a. que indican en qué casos la omisión de la publicación de la convocatoria a una licitación no constituye un vicio que pudiera provocar la ineficacia de la adjudicación del contrato, atendido que son procedimientos especiales previstos en la propia ley: “5. *La ineficacia del contratto prevista dal comma 1, lettere a) e b), non trova applicazione quando la stazione appaltante abbia posto in essere la seguente procedura: a) abbia con atto motivato anteriore all'avvio della procedura di affidamento dichiarato di ritenere che la procedura senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana sia consentita dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163; b) abbia pubblicato, rispettivamente per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia, nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana un avviso volontario per la trasparenza preventiva ai sensi dell'articolo 79-bis del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto; c) il contratto non sia stato concluso prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso di cui alla lettera b).*”.

con el Derecho europeo (Directiva 2007/66), que los intereses económicos en juego solo podrán ser considerados como exigencias imperativas en circunstancias excepcionales en las que la declaración de ineficacia del contrato conduciría a consecuencias desproporcionadas y graves. No se considerarán como intereses económicos, entre otros, los costes derivados del retraso en la ejecución del contrato, la necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación, el cambio de operador económico, ni las obligaciones legales resultantes de la declaración de ineficacia.

Ahora bien, lo indicado sobre la prevalencia del interés general respecto de la preservación de los efectos de un contrato que ordinariamente debería ser declarado ineficaz luego de la declaración de nulidad de la adjudicación por razón de violación a la normativa reguladora, no implica que quede sin sanción, es decir la indicada sobreposición del interés general sobre la normativa reguladora, no habilita a que el propio ordenamiento jurídico prevea la existencia de impunidad frente a las violaciones graves de sus disposiciones. Para ello se ha previsto que en caso de un contrato adjudicado con violación a la normativa deba ser considerado como eficaz, o que la ineficacia sea temporalmente limitada, se aplicarán una serie de sanciones alternativas (*comma* 4, art. 121, c.p.a.), las que serán abordadas a continuación.

2. Sanciones alternativas

Así como se ha mencionado, la ocurrencia de violaciones a la normativa reguladora en materia de adjudicación de contratos públicos producto del principio de prevalencia del interés público ocasiona que los efectos de ciertos contratos se mantengan hacia el futuro, no obstante, la existencia de infracciones en su adjudicación. Sin embargo, dicha situación no obsta a que el ordenamiento adopte medidas sancionatorias frente a ellas, además de hacerlo para el restablecimiento del imperio del Derecho, lo hace también como medida disuasoria de futuros incumplimientos e infracciones.

Las sanciones alternativas (art. 123, c.p.a.) son tratadas como una facultad del juez administrativo para que aplique un catálogo de medidas consistentes en sanciones de carácter pecuniario y/o la reducción de la duración del contrato, pues el propio legislador ha establecido que las sanciones indicadas se pueden aplicar o bien alternativamente, o bien, acumulativamente. Por otra parte, el legislador ha determinado expresamente que las sanciones alternativas no reemplazan a las indemnizaciones de daños, de modo que unas y otras sí se acumulan.

La aplicación de las sanciones alternativas debe efectuarse por parte del juez administrativo dando cumplimiento a los mandatos establecidos por el *comma* 2, art. 123 del c.p.a., y que prescriben el respeto del principio de contradicción y que la medida adoptada sea efectiva, disuasiva, proporcionada al valor del contrato y a la gravedad de

la conducta de la entidad licitante, además de considerar el tipo de trabajo de dicha entidad, para eliminar o mitigar los efectos de la violación.

La actuación del juez debe efectuarse a partir de las disposiciones del c.p.a., como ha dicho el tribunal del *Palazzo Spada*, en un plano objetivo, de modo que de verificarse las condiciones para que opere la aplicación de sanciones alternativas producto de la violación a las normas reguladoras en materia de contratos públicos, el juez debe dictar y aplicar la medida. Ahora bien, la determinación de la medida queda entregada a la discrecionalidad del juez, la cual opera dentro de los márgenes indicados por los mandatos relativos a los principios mencionados anteriormente.

Es así como el *Consiglio di Stato* ha dicho:

“Le sanzioni alternative... sono applicate d’ufficio dal giudice amministrativo in relazione al verificarsi sul piano “oggettivo” dei presupposti di legge, indipendentemente dal successivo esito del ricorso in merito alla sussistenza delle condizioni di legittimazione alla domanda di annullamento... L’automatismo sanzionatorio è giustificato, in primo luogo, dalla lettera della disposizione, secondo cui «il giudice applica le sanzioni di cui al comma 1 anche qualora il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito per la stipulazione del contratto [...]» in alternativa all’inefficacia parziale o totale del contratto. È inoltre coerente con la scelta normativa di attribuire al giudice amministrativo una funzione “materialmente” amministrativa, quale dispositivo organizzativo meglio in grado di garantire la concorrenza.”⁵²

La aplicación del primer tipo de medida, la sanción pecuniaria, se dirige a la entidad licitante que ejecutó un procedimiento de contratación con infracción a las normas reguladoras, pudiendo el juez administrativo aplicar una sanción que represente un monto entre el 0,5 % del valor del contrato hasta un 5% del valor del mismo, determinado según el monto adjudicado⁵³, la que deberá ser pagada dentro de los sesenta días siguientes a la notificación de la sentencia.

El segundo tipo de sanción alternativa, cuando sea posible, es la reducción de la duración del contrato, pudiendo disminuirse en una proporción que va desde el 10% como mínimo hasta el 50% de la duración total del remanente contado desde la notificación de la sentencia, la que será asumida por el sujeto reclamante.

⁵² Cons. di St., Sez. VI, 21 febbraio, 2017, n. 775.

⁵³ El presupuesto nacional italiano contempla una partida a la que se imputarán este tipo de sanciones entre otras, contenido en el *capitolo 2301, capo 8*, que contempla: "*Multe, ammende e sanzioni amministrative inflitte dalle autorità giudiziarie ed amministrative, con esclusione di quelle aventi natura tributaria*".

3. Resarcimiento de daños

Un apunte breve sobre la resarsibilidad de los intereses legítimos es relevante, ya que tradicionalmente era sostenido por la jurisprudencia italiana la imposibilidad de resarcir los eventuales daños a intereses legítimos.⁵⁴ Sin perjuicio de ello, a partir del pronunciamiento de la *Corte di Cassazione*, en la sentencia Sez. unite, 22 luglio 1999, n. 500, se abrió la posibilidad de la reparación de los daños de los intereses legítimos bajo determinadas condiciones⁵⁵.

Así, se ha evolucionado hasta que la entrada en vigencia del c.p.a. dejó establecida la competencia exclusiva del juez administrativo para conocer una demanda respecto del resarcimiento de los daños a intereses legítimos, otorgando plena protección y reparación ante los daños sufridos por un sujeto por la actuación ilegal y dañosa de la Administración en un procedimiento de contratación pública.⁵⁶ Es más, en búsqueda de una tutela efectiva se establece una regla especial en el sistema general de acumulación de demandas consagradas en el c.p.a. (art. 32), que procede cuando las diversas alegaciones propuestas, ya sea por vía principal o incidental, se encuentran sujetas a procedimientos diversos, se aplicará el procedimiento ordinario. Sin embargo, para los procedimientos especiales, como es el caso del procedimiento del recurso de contratos públicos, las alegaciones resarcitorias serán tramitadas juntamente con las de *annullamento*, puesto que estas se encuentran sujetas al procedimiento especial de carácter acelerado, permitiendo avanzar en forma eficaz de acuerdo a los principios generales del sistema de recursos de contratación pública.

El c.p.a. en la segunda parte del *comma* 1 del art. 124, dispone en materia de contratación pública que si el juez administrativo “...*non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato.*” Esta disposición

⁵⁴ Alberto ZITO, "L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo," in *Giustizia amministrativa*, ed. Franco Gaetano Scoca (Torino: Giappichelli Editore, 2013), 87 y sgtes.

⁵⁵ En dicha sentencia el *Consiglio di Stato* sostuvo: “*La lesione di un interesse legittimo, al pari di quella di un diritto soggettivo o di altro interesse (non di mero fatto ma) giuridicamente rilevante, rientra infatti nella fattispecie della responsabilità aquiliana solo ai fini della qualificazione del danno come ingiusto. Ciò non equivale certamente ad affermare la indiscriminata risarcibilità degli interessi legittimi come categoria generale. Potrà infatti pervenirsi al risarcimento soltanto se l'attività illegittima della P.A. abbia determinato la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento. In altri termini, la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., poiché occorre altresì che risulti lesa, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della P.A., l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo.*”

⁵⁶ Art. 4. Sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma.

expresamente establece un doble sistema de reparación de los daños en el ordenamiento italiano. El primer sistema es la reparación del daño por medio del reemplazo del contratista que ha obtenido el contrato por medio de una adjudicación adoptada con violación a Derecho, por aquel sujeto que ha impugnado dicha adjudicación, la que a su vez, ha sido previamente declarada como ineficaz, y que dicha forma de reparación haya sido requerida por el recurrente; y, el segundo sistema es a través de la reparación del daño, *subito e provato*, por equivalencia, es decir, por medio de una indemnización de daños.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

El ordenamiento jurídico italiano ha establecido un conjunto de instituciones, acciones y procedimientos destinados a garantizar que todos los sujetos que estimen vulnerados sus derechos subjetivos y/o intereses legítimos puedan acceder a procedimientos de impugnación rápidos y eficaces que restablezcan, cuando ello sea procedente, el imperio del Derecho. Ello permite asegurar que en materia de procedimiento y recursos en la contratación pública italiana se ha dado cumplimiento a las regulaciones comunitarias provenientes de las directivas 89/665/CEE y 2007/66/CE.

Del estudio efectuado, se aprecia como el diseño de los procedimientos, tanto precontencioso como contencioso administrativo materializan y promueven el efecto útil de las normas comunitarias, las que se han incorporado desde el orden constitucional como en disposiciones administrativas generales, como es el caso del Código de procedimiento administrativo, y en normas especiales de contratos, a partir de la modificación y actualización de su Código de contratación pública, con el agregado de la existencia de la ANAC como organismo que tiene como misión la prevención de la corrupción en los procedimientos de contratación.

Es desde el Derecho europeo, a partir del principio de autonomía procesal, que Italia ha decidido incorporar normas para garantizar la celeridad de los procedimientos de contratación, desincentivando la litigiosidad infundada o temeraria, mediante la existencia de tasas de acceso a la jurisdicción, los que son plenamente compatibles con el Derecho europeo, como ha sostenido el TJUE, sin afectar el contenido mínimo de las garantías de los recursos en materia de contratación pública.

Sin perjuicio de los anterior, a mi juicio la eliminación del procedimiento ultra acelerado de impugnación no ha sido una decisión acertada del legislador italiano, ya que dicha institución dotaba de eficacia y rapidez a los procedimientos de adjudicación, permitiendo definir tempranamente el elenco de participantes que habían dado cumplimiento a los requisitos subjetivos y formales en sus ofertas, reduciendo o determinando con precisión a aquellas ofertas que efectivamente tenían probabilidades de

resultar adjudicatarias, no obstante que se generaba una carga adicional a los participantes de impugnar tempranamente aquellas decisiones que les afectarén, ya sea porque fueron excluidos o bien por la admisión de una oferta que debió ser excluida, aumentando el control del procedimiento de contratación entre los mismos participantes, todos lo que deberían haber estado siempre en condiciones de aceptar la carga de recurrir tempranamente, en consideración al fin final del propio *subrito ultra accelerato*, que no era otro que acelerar el procedimiento de adjudicación.

Así, se ha desarrollado en síntesis, un sistema con base en la normativa y jurisprudencia europea, combinado con un gran desarrollo dogmático y jurisprudencial nacional, el que se encuentra constituido por premisas argumentativas relativas a la protección del principio de juridicidad y de la protección de los intereses legítimos y ciertos derechos subjetivos del particular, para lo cual se cuenta con instituciones y un procedimiento contencioso administrativo especial, de carácter acelerado para las acciones de impugnación en los procedimientos de contratación pública, a fin de garantizar el efecto útil de las disposiciones europeas y nacionales.