Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentadas el 21 de enero de 2021 [1]

Asuntos acumulados C-721/19 y C-722/19

Sisal SpA (C-721/19)
Stanleybet Malta Ltd,
Magellan Robotech Limited (C-722/19)
contra
Agenzia delle Dogane e dei Monopoli,
Ministero dell'Economia e delle Finanze,
con intervención de:
Lotterie Nazionali Srl,
Lottomatica Holding Srl

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia)]

«Procedimiento prejudicial — Libertad de establecimiento — Libre prestación de servicios — Restricciones — Directiva 2014/23/UE — Artículos 3 y 43 — Contratación pública — Procedimientos de selección de concesionario — Loterías instantáneas — Legislación nacional que ordena la renovación de la concesión sin apertura de licitación — Alteración de las condiciones de la concesión — Modificaciones sustanciales — Derecho de acceso al sistema de recursos»

1. Entre las modalidades de juegos de azar autorizadas en Italia se halla la denominada «lotería nacional instantánea», [2] cuya explotación se atribuía, en el año 2009, mediante el sistema de concesión administrativa. El poder adjudicador seleccionaba al adjudicatario de la concesión en un procedimiento público de licitación, regido por el criterio de la oferta económicamente más ventajosa.

2. El Decreto-ley n.º 78/2009 [3] diseñó un sistema de concesión de la lotería nacional instantánea en el que se podían elegir hasta cuatro concesionarios. La duración de la concesión era de nueve años, renovables una sola vez por ese mismo tiempo.

[1] Lengua original: español.

[2] Se trata de loterías del tipo «rasca y gana» en las que los participantes pueden conocer inmediatamente el resultado de su apuesta. Después de haber adquirido un boleto, la combinación aleatoria ganadora, impresa y oculta, se desvela al rascar un área determinada del propio boleto.

[3] Decreto-ley n.º 78/2009, de 1 de julio de 2009, de «Medidas de lucha contra la crisis, y prórroga de los plazos» (GURI n.º 150, de 1 de julio de 2009), convalidado con modificaciones por la Ley n.º 102, de 3 de agosto de 2009 (GURI n.º 179, de 4 de agosto de 2009; en lo sucesivo, «Decreto-ley n.º 78/2009)».

3. A la puja solo concurrió un licitador, Lotterie Nazionali Srl (en lo sucesivo, «Lotterie Nazionali»), que fue designado concesionario único.

4. Dos años antes de que venciese el período inicial (2010/2019), una nueva disposición legislativa, el Decreto-ley n.º 148/2017,[4] ordenó al poder adjudicador que autorizase la «continuidad de la relación concesional existente […] hasta la expiración del plazo máximo previsto en el […] acto concesional»,[5] es decir, hasta 2028.

5. El Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia) duda de que la continuidad de la relación concesional durante ese período, sin abrir un nuevo procedimiento de licitación, sea compatible con el derecho a la libre prestación de servicios y con la libertad de establecimiento (artículos 49 TFUE y 56 TFUE), así como con la Directiva 2014/23/UE.[6]

6. Se pregunta, además, si operadores del sector que no hubieran concurrido a la licitación originaria pueden oponerse a la renovación, reclamando la apertura de un nuevo procedimiento de licitación.

I. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión. Directiva 2014/23

7. Según el artículo 3 («Principio de igualdad de trato, no discriminación y transparencia»):

«1. Los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras darán a los operadores económicos un trato igualitario y no discriminatorio y actuarán de forma transparente y proporcionada.

[...]»

8. El artículo 43 («Modificación de los contratos durante su período de vigencia») proclama:

«1. Las concesiones podrán modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de concesión de conformidad con la presente Directiva en cualquiera de los casos siguientes:

a) cuando las modificaciones, con independencia de su valor pecuniario, estuvieran ya previstas en la documentación inicial de la concesión, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas, entre las que puede haber cláusulas de revisión de precios u opciones. Estas cláusulas determinarán el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que se puede recurrir a ellas. No contendrán modificaciones u opciones que puedan alterar el carácter global de la concesión;

[...]

[4] Decreto-ley n.º 148/2017, de 16 de octubre de 2017, de «Disposiciones urgentes en materia financiera y de necesidades imperiosas» (GURI n.º 242, de 16 de octubre de 2017), convalidado con modificaciones por la Ley n.º 172, de 4 de diciembre de 2017 (GURI n.º 284, de 5 de diciembre de 2017; en lo sucesivo, «Decreto-ley n.º 148/17)».

[5] En algunos pasajes de los autos de reenvío [por ejemplo, en el apartado 12, letra c.8)], el tribunal *a quo* afirma que la continuidad de la relación concesional se asimila, sustancialmente, a su renovación (*rinnovo*) o prórroga.

[6] Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DO 2014, L 94, p. 1).

e) cuando las modificaciones, con independencia de su valor, no sean sustanciales a efectos del apartado 4.

[...]

4. Una modificación de una concesión durante su período de vigencia se considerará sustancial a efectos del apartado 1, letra e), cuando tenga como resultado una concesión materialmente diferente, en cuanto a su carácter, de la celebrada en un principio. En cualquier caso, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1 y 2, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una de las condiciones siguientes:

a) que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento inicial de adjudicación de la concesión, habrían permitido la selección de solicitantes distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente, o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de adjudicación de la concesión;

b) que la modificación altere el equilibrio económico de la concesión a favor del concesionario en un modo que no estaba previsto en la concesión inicial;

[...]

5. Será prescriptivo iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación de concesiones de conformidad con la presente Directiva para introducir en las disposiciones de una concesión, durante su período de vigencia, modificaciones distintas de las previstas en los apartados 1 y 2».

B. Derecho italiano

1. Decreto-ley n.º 78/2009

9. El artículo 21 («Otorgamiento de concesiones en materia de juego») reza:

«1. Con el fin de garantizar la protección de intereses públicos superiores en el marco de las actividades de recogida [de apuestas] del juego, cuando se adjudiquen a personas ajenas a la Administración pública, la gestión de dichas actividades se adjudicará siempre en régimen de concesión, respetando los principios y las normas comunitarias y nacionales, normalmente a una pluralidad de personas seleccionadas al término de procedimientos abiertos, competitivos y no discriminatorios. Por consiguiente, [...] el Ministerio de Economía y Hacienda — Administración autónoma de los monopolios estatales organizará los procedimientos necesarios para proceder en tiempo útil a la adjudicación de la concesión, incluso en lo que se refiere a la recogida a distancia de las apuestas de estas loterías, a los explotadores de juegos, nacionales y comunitarios, más cualificados, cuyo número, sin embargo, no debe superar cuatro, que cumplan los criterios de fiabilidad exigidos en términos de moralidad, de técnica y en el plano económico.

[...]

3. La selección mediante licitación para la adjudicación de la concesión se basará en el criterio de la oferta económicamente más ventajosa, en cuyo marco se dará prioridad a los siguientes criterios: a) aumento del importe de las ofertas propuestas en relación con una base predefinida, que garantice, en cualquier caso, ingresos globalmente no inferiores a 500 millones de euros en el

año 2009 y a 300 millones de euros para el año 2010, cualquiera que sea el número final de los adjudicatarios;

[...]

4. Las concesiones contempladas en el apartado 1, eventualmente renovables una sola vez, tendrán una duración máxima de nueve años, subdivididas en dos períodos de cinco y cuatro años, respectivamente. La continuación de la concesión durante el segundo período estará supeditada a la evaluación positiva de la gestión por parte de la Administración concedente, que deberá formularse durante el primer semestre del quinto año de la concesión».

2. Decreto-ley n.º 148/2017

10. En el artículo 20, apartado 1, se lee:

«En virtud del artículo 21, apartados 3 y 4, del Decreto-ley n.º 78, de 1 de julio de 2009, convalidado, con modificaciones, como Ley n.º 102, de 3 de agosto de 2009, la Agencia de Aduanas y Monopolios autorizará la continuidad de la relación concesional existente, relativa a la gestión, incluso a distancia, de las loterías nacionales instantáneas, hasta la expiración del plazo máximo previsto en el artículo 4, apartado 1, del acto de concesión, a fin de garantizar nuevos y mayores ingresos para el presupuesto del Estado, de un importe de 50 millones de euros para 2017 y de 750 millones de euros para 2018».

II. Hechos, procedimiento nacional y preguntas prejudiciales

11. Mediante anuncios publicados en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de 15 de agosto de 2009 y en el de 2 de abril de 2010, l'Amministratione Autonoma Monopoli di Stato (Administración autónoma de los monopolios del Estado, Italia) inició el «proceso de selección para la atribución de la concesión de la explotación de los juegos públicos denominados "loterías nacionales instantáneas"».[7]

12. En el pliego de licitación se prescribía que:[8]

– La gestión indirecta de las actividades de recogida de apuestas del juego se adjudicaría siempre en régimen de concesión.

– La adjudicación de las concesiones recaería normalmente en una pluralidad de personas, cuyo número no debía ser superior a cuatro, que se seleccionarían al término de procedimientos abiertos, competitivos y no discriminatorios.

– Cada concesionario estaría sometido al pago de una contraprestación, en función de un porcentaje de los ingresos.

– La selección de concesionarios se fundamentaría en el principio de la oferta económica más ventajosa y, entre sus criterios, se consideraría el aumento de las ofertas en relación con una base predefinida, para garantizar, en todo caso, unos ingresos globales no inferiores

[7] Según los autos de reenvío (apartado 3.1), a tenor de un convenio de 14 de octubre de 2003, esta modalidad de lotería la había explotado, hasta el 31 de mayo de 2010, la unión temporal de empresas Lottomatica (que devino después Lotterie Nazionali). Lottomatica Holding Srl controla a Lotterie Nazionali, de cuyo capital social posee el 64 %.

[8] El pliego reproducía, esencialmente, lo establecido en el artículo 21 del Decreto-ley n.º 78/2009.

a 500 millones de euros en 2009 y 300 millones de euros en 2010, con independencia del número final de adjudicatarios.

– Las concesiones, eventualmente renovables una sola vez, tendrían una duración de nueve años, subdividida en dos períodos de cinco y cuatro años. La continuación de la concesión durante el segundo período se supeditaba a la evaluación positiva de la gestión del concesionario, que la Administración debía realizar durante el primer semestre del quinto año.

13. A la licitación concurrió únicamente Lotterie Nazionali, que resultó adjudicataria con carácter exclusivo.

14. Transcurrido el primer subperíodo de cinco años, la Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (Agencia de las aduanas y de los monopolios, Italia; en lo sucesivo, «ADM»)[9] autorizó su continuación durante el segundo subperíodo, de cuatro años, hasta el 30 de septiembre de 2019.

15. El 26 de julio de 2017, Lotterie Nazionali pidió a la ADM la activación de la cláusula relativa a la continuidad de la concesión por otro período de nueve años.

16. Por nota de 19 de septiembre de 2017, la ADM concluyó que la continuidad solicitada era conforme con el interés público.

17. El 16 de octubre de 2017, entró en vigor el artículo 20, apartado 1, del Decreto-ley n.º 148/2017.

18. De acuerdo con esta disposición, la ADM, por nota de 1 de diciembre de 2017, fijó como término final de la concesión el 30 de septiembre de 2028, previa aceptación formal por el concesionario de las condiciones especificadas en el artículo 20, apartado 1, del Decreto-ley n.º 148/17. Loterie Nazionali aceptó esas condiciones el mismo día.

19. Las sociedades Sisal SpA, Stanleybet Malta Ltd y Magellan Robotech Limited (en lo sucesivo, «sociedades recurrentes») impugnaron esa decisión ante el Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Tribunal regional de lo contencioso administrativo del Lacio, Italia), que desestimó sus pretensiones por sentencias n.os 9730/2018 y 9734/2018, ambas de 4 de octubre de 2018.

20. Las sociedades recurrentes apelaron ante el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) las sentencias de primera instancia. La ADM y Lotterie Nazionali las impugnaron también, con carácter incidental, en lo que concierne a las excepciones de admisibilidad rechazadas.

21. Mediante «sentencias parciales no definitivas» n.os 6079 y 6080, de 3 de noviembre de 2019, el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) desestimó los recursos de apelación incidentales de la ADM y de Lotterie Nazionali, y, en cuanto al fondo, puso en duda que el artículo 20, apartado 1, del Decreto-ley n.º 148/17 se ajustase al derecho de la Unión.

[9] La ADM había sucedido a la Administración autónoma de los monopolios del Estado.

22. En esta tesitura, el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) elevó al Tribunal de Justicia estas preguntas prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse el derecho de la Unión, en particular, el derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios (artículos 49 y siguientes TFUE y 56 y siguientes TFUE), los principios de seguridad jurídica, no discriminación, transparencia, imparcialidad, libre competencia, proporcionalidad, protección de la confianza legítima y coherencia y, cuando se consideren aplicables, los artículos 3 y 43 de la Directiva 2014/23/UE, en el sentido de que se opone a una normativa como la recogida en el artículo 20, apartado 1, del Decreto-ley n.º 148, de 16 de octubre de 2017, y en las correspondientes normas de desarrollo, que dispone que "*1. En virtud del artículo 21, apartados 3 y 4, del Decreto-ley n.º 78, de 1 de julio de 2009, convalidado, con modificaciones, como Ley n.º 102, de 3 de agosto de 2009, la Agencia de Aduanas y Monopolios autorizará la continuidad de la concesión existente, relativa a la gestión, incluso a distancia, de las loterías nacionales instantáneas, hasta la expiración del plazo máximo previsto en el artículo 4, apartado 1, del acto de concesión, a fin de garantizar nuevos y mayores ingresos para el presupuesto del Estado, de un importe de 50 millones de euros para 2017 y de 750 millones de euros para 2018*", teniendo en cuenta que:

– el artículo 21, apartado 1, del Decreto-ley n.º 78, de 1 de julio de 2009, convalidado, con modificaciones, como Ley n.º 102, de 3 de agosto, de 2009, establece que, con carácter general, las concesiones de que se trata se adjudicarán a una pluralidad de sujetos seleccionados mediante procedimientos abiertos, competitivos y no discriminatorios;

– el artículo 21, apartado 4, del citado Decreto-ley dispone que las concesiones a las que se refiere el apartado 1, podrán renovarse una sola vez;

– las sociedades recurrentes no participaron en la licitación convocada en 2010;

– la actual relación contractual se concluyó inicialmente con un único concesionario, previa convocatoria de un procedimiento de licitación pública, a la que únicamente se presentó una oferta;

– la continuidad de la concesión existente comportaría, en concreto, que la relación contractual se mantuviera exclusivamente con ese único concesionario, en lugar de renovarse con una convocatoria abierta a una pluralidad de operadores, sin que medie un procedimiento de licitación?

2) ¿Debe interpretarse el derecho de la Unión, en particular, el derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios (artículos 49 y siguientes TFUE y 56 y siguientes TFUE), los principios de seguridad jurídica, no discriminación, transparencia, imparcialidad, libre competencia, proporcionalidad, protección de la confianza legítima y coherencia y, cuando se consideren aplicables, los artículos 3 y 43 de la Directiva 2014/23/UE, en el sentido de que se opone a una normativa como la recogida en el artículo 20, apartado 1, del Decreto-ley n.º 148, de 16 de octubre de 2017, que, en aplicación del artículo 21, apartados 3 y 4, del Decreto-ley n.º 78, de 1 de julio de 2009, convalidado, con modificaciones, como Ley n.º 102, de 3 de agosto de 2009, dispone que "*la Agencia de Aduanas y Monopolios autorizará la continuidad de la concesión existente, relativa a la gestión, incluso a distancia, de las loterías nacionales instantáneas, hasta la expiración del plazo máximo previsto en el artículo 4,*

apartado 1, del acto de concesión, a fin de garantizar nuevos y mayores ingresos para el presupuesto del Estado, de un importe de 50 millones de euros para 2017 y de 750 millones de euros para 2018", teniendo en cuenta que:

– se dispone la continuidad de la única concesión existente, en lugar de proceder a una renovación mediante una convocatoria abierta a una pluralidad de operadores, con arreglo al artículo 21, del Decreto-ley n.º 78, de 1 de julio de 2009, convalidado, con modificaciones como Ley n.º 102, de 3 de [agosto] de 2009, sin que, por tanto, se convoque una nueva licitación;

– con anterioridad a la expiración del plazo fijado para la concesión entró en vigor el Decreto-ley n.º 148 de 2017, en concreto el 16 de octubre de 2017, es decir, el mismo día de su publicación en la Gazzetta ufficiale (Boletín Oficial) italiana, pese a que la concesión no debía extinguirse hasta el 30 de septiembre de 2019;

– a fin de garantizar nuevos y mayores ingresos para el presupuesto del Estado, de un importe de 50 millones de euros para 2017 y de 750 millones de euros para 2018, se modifican algunos aspectos relativos a las modalidades y al plazo de pago de la contraprestación debida por la concesión, así como, potencialmente, al importe total del pago adeudado atendiendo a su onerosidad, en particular mediante la modificación de los plazos de pago, que se anticipan respecto a lo previsto en la concesión inicial, en consideración —según alegan las recurrentes— del hecho objetivo y notorio del valor económico del tiempo?

3) ¿Debe interpretarse el derecho de la Unión, en particular, el derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios (artículos 49 y siguientes TFUE y 56 y siguientes TFUE), los principios de seguridad jurídica, no discriminación, transparencia, imparcialidad, libre competencia, proporcionalidad, protección de la confianza legítima y coherencia y, cuando se consideren aplicables, los artículos 3 y 43 de la Directiva 2014/23/UE, en el sentido de que se opone a una normativa, como la recogida en las normas de desarrollo del citado Decreto y, en particular, en la circular [con número de protocolo] 0133677 de la Agencia de Aduanas y Monopolios de 1 de diciembre de 2017, que, en ejecución de lo establecido en el artículo 20, apartado 1, del Decreto-ley n.º 148, de 16 de octubre de 2017, y sobre la base de lo dispuesto en el artículo 4, párrafo primero, del contrato de concesión de la explotación de loterías instantáneas, conforme al cual esta podrá ser objeto de una única renovación, establece como nueva fecha límite de extinción de la concesión el 30 de septiembre de 2028 —y ello sin perjuicio de lo establecido en el citado artículo 4 sobre la división de la duración de la concesión en dos períodos, respectivamente, de 5 y 4 años (de modo que, una vez transcurrido el primer período de 5 años, cuyo inicio se establece el 1 de octubre de 2019, la continuidad de la concesión durante los cuatro años siguientes hasta su extinción el 30 de septiembre de 2028 queda supeditada a la evaluación positiva de la Agencia de Aduanas y Monopolios sobre la gestión, que se comunicará a más tardar el 30 de marzo de 2024)— y dispone que la sociedad debe abonar un importe de 50 millones de euros a más tardar el 15 de diciembre de 2017, un importe de 300 millones de euros a más tardar el 30 de abril 2018 y un importe de 450 millones de euros a más tardar el 31 de octubre de 2018, teniendo en cuenta que:

– tales disposiciones se adoptaron antes de que expirara el plazo fijado originalmente para la concesión (la circular de la Agencia de Aduanas y Monopolios [con número de

protocolo] 0133677 fue dictada el 1 de diciembre de 2017, mientras que el contrato de concesión debía extinguirse el 30 de septiembre de 2019);

– el fin perseguido es garantizar […] el pago anticipado de 800 millones de euros (50 millones de euros a más tardar el 15 de diciembre de 2017; 300 millones de euros a más tardar el 30 de abril de 2018 y 450 millones de euros a más tardar el 31 de octubre de 2018) respecto a la fecha de extinción (30 de septiembre de 2019);

– ello implica […] la posible modificación del importe total del pago adeudado, atendiendo a su onerosidad, en consideración —según alegan las recurrentes— del hecho objetivo y notorio del valor económico del tiempo?

4) ¿Debe interpretarse el derecho de la Unión, en particular, el derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios (artículos 49 y siguientes TFUE y 56 y siguientes TFUE), los principios de seguridad jurídica, no discriminación, transparencia, imparcialidad, libre competencia, proporcionalidad, protección de la confianza legítima y coherencia y, cuando se consideren aplicables, los artículos 3 y 43 de la Directiva 2014/23/UE, en el sentido de que se opone a esa normativa incluso en el supuesto de que los operadores del sector que actualmente están interesados en entrar en el mercado […] no hubieran participado en la licitación inicialmente convocada para la adjudicación de la concesión que se extingue y cuya vigencia se ha extendido a favor del concesionario saliente, en las nuevas condiciones contractuales descritas, o ha de entenderse […] que únicamente existiría una eventual restricción del acceso al mercado […] en el supuesto de que esos operadores hubieran participado en la licitación inicial?»

III. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

23. Las peticiones de decisión prejudicial se registraron en el Tribunal de Justicia el 23 de septiembre de 2019. Dada su conexión, el Tribunal de Justicia acordó acumularlas.

24. Han depositado observaciones escritas Lotterie Nazionali, Lottomatica Holding, Sisal, Stanleybet Malta, Magellan Robotech, el Gobierno italiano y la Comisión, quienes contestaron por escrito a las preguntas que les dirigió el Tribunal de Justicia.

IV. Apreciación

A. Precisiones preliminares

25. Las dudas que el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) refleja en los autos de reenvío afectan, sobre todo, a los aspectos sustantivos del litigio, acerca de los que versan las cuestiones prejudiciales primera a tercera.

26. La cuarta cuestión, en cambio, tiene un cariz más bien procesal, en cuanto suscita si ejercería alguna influencia en el litigio que las sociedades recurrentes, «operadores del sector que actualmente están interesados en entrar en el mercado», no hubieran participado en la licitación originaria.

27. Tras analizar la primera pregunta prejudicial, agruparé mis reflexiones en torno a la segunda y a la tercera, cuyo tratamiento conjunto creo preferible, por su estrecha relación.

28. Previamente, se ha de precisar qué norma del derecho de la Unión resulta aplicable en estos asuntos y cuál es el régimen general que tanto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como la Directiva 2014/23 instauran, en lo que atañe a la modificación de las condiciones de las concesiones.

29. He de significar, asimismo, que en el litigio no se ha planteado ninguna objeción dirigida a impugnar la normativa italiana por someter esta modalidad de lotería a un régimen de concesión, sobre cuya compatibilidad con el derecho de la Unión ya se ha pronunciado el Tribunal de Justicia. [10]

30. Tampoco se discute, en este litigio, la justificación de la duración total de la concesión (nueve años iniciales, más otros nueve eventuales) [11] ni otros aspectos del régimen de esta. [12]

B. Marco jurídico aplicable

31. Con arreglo al artículo 54 de la Directiva 2014/23, esta «no se aplicará a la adjudicación de concesiones ofrecidas o adjudicadas antes del 17 de abril de 2014». Dado que la concesión originaria de la lotería nacional instantánea se adjudicó en el año 2010, parecería, en principio, [13] que aquel precepto excluye la aplicación de la Directiva 2014/23 al litigio. [14]

32. Anticipo ya que, cualquiera que sea la respuesta a esa duda, en todo caso habría de tomar en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la incidencia de los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, relativos a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios, en las reglas sobre contratación pública.

33. En particular, esa jurisprudencia deduce de aquellos dos preceptos del Tratado FUE consecuencias sobre cuándo las modificaciones sustanciales de un contrato público pueden requerir, en principio, una nueva licitación. Ese criterio se aplica igualmente a los contratos de concesión de servicios. [15]

[10] Sentencia de 19 de diciembre de 2018, Stanley International Betting y Stanleybet Malta (C-375/17, EU:C:2018:1026; en lo sucesivo, «sentencia Stanley International Betting y Stanleybet Malta»), apartado 66: «el Tribunal de Justicia ya ha avalado el recurso al sistema de concesiones en el sector de los juegos de azar, por estimar que constituyen un mecanismo eficaz para controlar a los operadores que actúan en este sector al objeto de evitar la explotación de tales actividades con fines delictivos o fraudulentos (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de septiembre de 2013, Biasci y otros, C-660/11 y C-8/12, EU:C:2013:550, apartado 24 y jurisprudencia citada)».

[11] La duración total de una concesión podría ser un factor relevante. Conforme a la jurisprudencia, «una concesión cuya duración puede llegar a quince años puede obstaculizar o incluso impedir el ejercicio por empresas establecidas en otros Estados miembros de las libertades garantizadas por los artículos 43 CE y 49 CE» [sentencia de 9 de septiembre de 2010, Engelmann (C-64/08, EU:C:2010:506), apartado 46].

[12] De la lectura de las sentencias dictadas en primera instancia por el Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Tribunal regional de lo contencioso administrativo del Lacio) se desprende que hubo, en su día, una impugnación, en la que intervino Sisal, contra la primera licitación, que el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) resolvió definitivamente en su sentencia n.º 1705/2010.

[13] Sentencia Stanley International Betting y Stanleybet Malta, apartado 34: «Según una jurisprudencia reiterada, establecida en materia de contratos públicos y aplicable por analogía en materia de concesiones de servicios, la directiva aplicable es, en principio, aquella que está en vigor en el momento en que la entidad adjudicadora elige el tipo de procedimiento que va a seguir y decide con carácter definitivo si tiene o no la obligación de proceder a una convocatoria de licitación previa para la adjudicación de un contrato público».

[14] En este asunto, no puede hablarse de una situación puramente interna: la concesión, por sus características, muestra una dimensión transfronteriza cierta, superior a la nacional, y dos de las sociedades recurrentes poseen su sede fuera de Italia.

[15] Sentencia de 13 de abril de 2010, Wall (C-91/08, EU:C:2010:182), apartado 37: «Al objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de trato de los licitadores, las modificaciones sustanciales, introducidas en las disposiciones esenciales de un contrato de concesión de servicios, podrían exigir, en determinados supuestos, la adjudicación de un nuevo contrato de concesión cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato de concesión inicial».

34. Si, ante la presencia de modificaciones sustanciales de las condiciones de una concesión, esta ha de someterse a una nueva licitación, habrá de regirse por las normas vigentes en la fecha en la que se anuncie y no por las vigentes cuando se adjudicó la concesión originaria. [16]

35. A partir de esta premisa, si las alteraciones en las condiciones de la concesión de la lotería instantánea que introdujo el Decreto-ley n.º 148/17 fueran sustanciales, hasta el punto de exigir una nueva licitación, a esta última le sería aplicable *ratione temporis* la Directiva 2014/23. [17]

36. Ese mismo criterio puede valer para los supuestos de prórrogas como la que es objeto de litigio, aun cuando se hubieran contemplado en el título originario. Si el otorgamiento de la prórroga por un nuevo y prolongado período (de nueve años) depende de una evaluación *ad casum* del poder adjudicador, sin carácter automático, [18] me parece más lógico que haya de atenerse al marco normativo vigente en la fecha en la que se produce.

37. De cualquier modo, los artículos 3 y 43 de la Directiva 2014/23 no hacen sino incorporar a un texto legislativo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de contratos públicos:

– El artículo 3 refleja los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia, que atienden al «objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos [de] garantizar la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros». [19]

– El artículo 43, al regular la modificación de la concesión durante su período de vigencia, se inspira, asimismo, en criterios jurisprudenciales consolidados, [20] conforme a los que, «en principio, una modificación sustancial de un contrato de concesión [...] requiere un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato así modificado». [21]

38. En consecuencia, de acuerdo bien con la jurisprudencia relativa al respeto de la libertad de establecimiento o de la libre prestación de servicios, bien con los artículos 3 y 43 de la Directiva 2014/23, el resultado será, materialmente, el mismo.

16 Sentencia de 18 de septiembre de 2019, Comisión/Italia (C-526/17, EU:C:2019:756), apartado 60: «[…] la legislación de la Unión aplicable es la vigente en el momento de esa modificación [sustancial]». En su respuesta a las preguntas del Tribunal de Justicia, el Gobierno de Italia estima que esa jurisprudencia, referida a la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, no es aplicable porque la Directiva 2014/23 contiene una norma especial (el artículo 54) que no se hallaba en aquella. No comparto ese argumento, que tiene un carácter circular, pues el mandato del mencionado artículo 54 presupone que no haya habido modificaciones sustanciales.

17 El Decreto-ley n.º 148/17 y la subsiguiente nota de la ADM son posteriores a la fecha límite para la transposición de la Directiva 2014/23 (el 18 de abril de 2016, a tenor de su artículo 51, apartado 1).

18 En sus respuestas a las preguntas del Tribunal de Justicia, Stanleybet Malta, Magellan Robotech y la Comisión subrayan que no había ninguna *obligación* de continuar la relación concesional.

19 Sentencia de 19 de junio de 2008, pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351), apartados 31 y 32.

20 El considerando septuagésimo quinto de la Directiva 2014/23 así lo refleja: «teniendo en cuenta la jurisprudencia aplicable del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es necesario aclarar las condiciones en las que la modificación de una concesión efectuada durante su ejecución da lugar a un nuevo procedimiento de concesión».

21 Sentencia de 18 de septiembre de 2019, Comisión/Italia (C-526/17, EU:C:2019:756), apartado 59. Tanto en esta sentencia como en la de 11 de julio de 2013, Comisión/Países Bajos (C-576/10, EU:C:2013:510), apartado 54, se atiende a la modificación de los aspectos esenciales del contrato. Es lógico que modificaciones menores o accidentales sean admisibles y no conviertan en indispensable una nueva licitación. El considerando septuagésimo quinto de la Directiva 2014/23 así lo corrobora: «en todo momento debe ser posible introducir modificaciones de la concesión que den lugar a una pequeña modificación del valor del contrato que no rebase un determinado nivel, sin que sea necesario efectuar un nuevo procedimiento de concesión».

39. En cuanto a la inaplicación *ratione materiae* que derivaría del considerando trigésimo quinto de la Directiva 2014/23, [22] al que se refiere Lotterie Nazionali, [23] baste decir que, en este asunto, hubo un procedimiento competitivo de adjudicación al que se dio publicidad.

C. Regulación general de las modificaciones de la concesión

40. Siguiendo la línea jurisprudencial antes reseñada, el artículo 43 de la Directiva 2014/23 distingue entre las modificaciones de la concesión que podrán llevarse a cabo «sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento» (apartados 1 y 2) y el resto de las modificaciones. Estas últimas se califican de *sustanciales*.

41. El apartado 5 de aquel artículo es taxativo al preceptuar que «será prescriptivo iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación de concesiones de conformidad con la presente Directiva para introducir en las disposiciones de una concesión, durante su período de vigencia, modificaciones distintas de las previstas en los apartados 1 y 2».

42. La clave para discernir cuándo una modificación es sustancial y precisa la apertura de un nuevo procedimiento la fija el apartado 4 del artículo 43 de la Directiva 2014/23: «una modificación de una concesión durante su período de vigencia se considerará sustancial […] cuando tenga como resultado una concesión materialmente diferente, en cuanto a su carácter, de la celebrada en un principio».

43. Como concreción de esa regla general, el mismo apartado 4 enumera cuatro hipótesis de modificaciones sustanciales, de las que pueden tener relevancia en este asunto dos:

– «Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento inicial de adjudicación de la concesión, [...] habrían atraído a más participantes en el procedimiento de adjudicación de la concesión». [24]

– «Que la modificación altere el equilibrio económico de la concesión a favor del concesionario en un modo que no estaba previsto en la concesión inicial». [25]

D. Primera pregunta prejudicial

44. El Consiglio di Stato (Consejo de Estado), tras destacar que las sociedades recurrentes no participaron en la licitación organizada con arreglo al Decreto-ley n.º 78/2009, afirma que el motivo de su abstención podría haber sido que la renovación de la concesión era meramente eventual, por depender del ejercicio de una facultad discrecional atribuida a la Administración.

[22] «Conviene excluir del ámbito de aplicación de la presente Directiva las concesiones relativas a la explotación de loterías que un Estado miembro adjudique a un operador económico en virtud de un derecho exclusivo concedido por un procedimiento que no haya sido objeto de publicidad, con arreglo a las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas publicadas y de conformidad con el TFUE. La exclusión se justifica por la concesión de un derecho exclusivo a un operador económico, con lo que es imposible aplicar un procedimiento competitivo, así como por la necesidad de preservar la posibilidad de que los Estados miembros reglamenten a nivel nacional el sector de los juegos de azar, dadas sus obligaciones de protección del orden público y social».

[23] Apartado 9 de sus observaciones escritas.

[24] Esta contingencia la estudió el Tribunal de Justicia en la sentencia de 7 de septiembre de 2016, Finn Fronge (C-549/14, EU:C:2016:634), apartado 29: «una reducción de la magnitud del objeto del contrato puede tener como consecuencia ponerlo al alcance de un mayor número de operadores económicos».

[25] El origen jurisprudencial de esta regla puede verse en la sentencia de 19 de junio de 2008, pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351), apartado 37.

45. Esa facultad discrecional, añade, habría quedado eliminada por el Decreto-ley n.º 148/17, que entró en vigor, además, dos años antes de que culminase el (primer) período de nueve años marcado en el acto concesional.

46. La eventual incompatibilidad con la normativa europea residiría, pues, en que el legislador de 2017, mediante un acto normativo, habría hecho desaparecer toda posibilidad de discrecionalidad administrativa en cuanto a la decisión de mantener la relación de concesión o de organizar una nueva licitación.

47. A mi juicio, lo primero que se ha de destacar es que la continuidad de la relación concesional durante un período adicional de nueve años aparecía ya en el acto originario, que, por su parte, se atenía al Decreto-ley n.º 78/2009.

48. Esta circunstancia es importante porque, al *activar* esa previsión, se daba cumplimiento a aquel acto, aplicando sencillamente una de las previsiones del acuerdo concesional originario.

49. Como después desarrollaré, el ejercicio de la facultad de continuar la concesión, por una sola vez, durante el nuevo período de nueve años, no alteró el modelo originario, que se ajustaba al sistema de concesionario múltiple (contemplaba hasta cuatro posibles adjudicatarios de la concesión).

50. Ese modelo, en cuanto tal, siguió incólume. Ahora bien, como al ponerlo en práctica en el año 2010, *de facto*, solo un operador económico había acudido a la licitación y devenido, por tanto, concesionario único, la continuidad en la relación concesional durante los nueve años adicionales, que se establecía en el título originario, se había de atribuir a él.

51. Es cierto, sin embargo, que, también a tenor del título originario, debía ser la Administración concedente quien evaluase positivamente la gestión realizada por el concesionario, para facilitar el paso al ulterior período de nueve años.

52. Sin perjuicio de lo que explicaré acerca de las condiciones específicas impuestas al licitador para obtener la continuidad de la relación concesional por otros nueve años, considero irrelevante que esa continuidad se haya decidido mediante un Decreto-ley, después de que la Administración concedente hubiera confirmado que se atenía al interés público.

53. En efecto, la ADM, en una nota de 19 de septiembre de 2017, [26] evaluó positivamente la gestión que, hasta entonces, había hecho Lotterie Nazionali y expuso las razones por las que resultaba pertinente continuar con esta sociedad, de conformidad con el título originario, la relación concesional por otros nueve años. Al practicar esa evaluación, la ADM utilizó sus facultades de apreciación discrecional, a las que alude el Consiglio di Stato (Consejo de Estado).

54. En aquella nota se lee que la continuidad de la relación concesional con Lotterie Nazionali, además de beneficiosa para los intereses públicos desde el punto de vista económico, se justificaba porque la evaluación de la conducta de esta sociedad era positiva. [27]

[26] La nota respondía a la instancia presentada, el 26 de julio de 2017, por la sociedad concesionaria para obtener la renovación de la concesión.

[27] Según la ADM, el concesionario había mantenido los niveles de recaudación requeridos; había gestionado de modo eficaz, atendiendo a las indicaciones de la propia ADM, la red de distribución física de la lotería nacional instantánea; y había procedido con especial atención al pago, de modo correcto y a su tiempo, de la contraprestación debida al Estado, así como de los premios que correspondían a los consumidores.

55. El Decreto-ley n.º 148/17 corroboró, pues, la conveniencia de continuar la relación concesional que ya había ponderado, discrecionalmente, la ADM.

56. Fueran cuales fueren los motivos para que esa continuidad se acordase mediante una decisión legislativa, y no mediante un acto de la Administración pública concedente, lo cierto es que esta última, repito, ya había evaluado favorablemente, antes de la aprobación del Decreto-ley n.º 148/17, la gestión del concesionario y había significado el interés público en la continuidad de la relación concesional.

1. Concesionario múltiple y concesionario único

57. En varios pasajes de los autos de reenvío, así como en algunas observaciones de quienes se oponen a la continuidad de la relación concesional a favor de Lotterie Nazionali,[28] se sostiene que esa continuidad implicaría transformar un sistema de concesionario múltiple en otro de concesionario único.

58. Ya he manifestado que la opción por el concesionario múltiple, que figuraba en el Decreto-ley n.º 78/2009, seguía vigente cuando se autorizó la continuidad en la relación concesional, sin que, como tal, fuera sustituida por un modelo de concesionario único en virtud del Decreto-ley n.º 148/17.

59. He explicado también que, si cabía hablar de concesionario único en el marco de este litigio, se debía no a la aplicación de una norma, sino a una circunstancia de puro hecho: que a la licitación solo acudió un candidato.

60. Desde el punto de vista del derecho de la Unión, cualquiera de ambas opciones podría ser, en principio, válida, como ha confirmado el Tribunal de Justicia.[29] La elección, en el plano normativo, del modelo de concesionario único requeriría, no obstante, que con ella se pretenda, de modo coherente, un objetivo legítimo.

61. No creo indispensable avanzar en esta dirección para indagar sobre la justificación de un modelo de concesionario único, pues, repito, ese modelo no es el de este caso.

62. Es cierto que la nota de la ADM de 19 de septiembre de 2017 se refiere al sistema de concesionario único, que aquella Agencia pública reputaba entonces preferible.[30] Se trata, empero, de referencias que la ADM realizaba a título subsidiario, para la eventualidad de que no procediese, como ella misma propugnaba, mantener la continuidad de la relación concesional con Lotterie Nazionali.[31]

[28] Los defensores de la necesidad de una nueva licitación propugnan que el Decreto-ley n.º 148/17, cuando ordenó que se renovase la concesión, dio paso a un modelo de concesionario único.

[29] Sentencia Stanley International Betting y Stanleybet Malta, apartado 53 y parte dispositiva: «Los artículos 49 TFUE y 56 TFUE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional [...] que prevé, para la concesión de la gestión del servicio de lotería, un modelo de concesionario único, a diferencia de otros juegos, pronósticos y apuestas, a los que se aplica un modelo de concesionarios múltiples, siempre que el órgano jurisdiccional nacional determine que la normativa nacional persigue efectivamente de manera coherente y sistemática los objetivos legítimos invocados por el Estado miembro de que se trate».

[30] Apartado 64 de las observaciones del Gobierno italiano.

[31] Afirmaba, en particular, que, si la solución de optar por la continuidad de la relación concesional no fuese acogida, se habrían de disciplinar en una específica norma los elementos esenciales de la nueva licitación.

63. Así pues, el debate sobre un (inexistente) cambio de modelo me parece fuera de lugar. La voluntad del legislador italiano, también con la aprobación del Decreto-ley n.º 148/17, no fue que las concesiones de explotación de la lotería nacional instantánea se atuviesen, en lo sucesivo, al modelo de concesionario único. En ese Decreto-ley se escogió, simplemente, que continuase la relación concesional, según las cláusulas del acto originario, con la sociedad que había sido adjudicataria tras presentarse, en solitario, a una licitación convocada bajo el modelo de concesionario múltiple.

E. Segunda y tercera preguntas prejudiciales

64. El Consiglio di Stato (Consejo de Estado) reconoce que el Decreto-ley n.º 148/17 ha conservado «el mismo título jurídico (*causa petendi*) y el objeto negocial (*petitum*)» originarios. En concreto, la cantidad total que Lotterie Nazionali ha de pagar en razón del segundo período de nueve años coincide con la que constaba en el acto originario (800 millones de euros).

65. En los autos de reenvío se destaca, no obstante, un *cambio* que afecta a «las modalidades y al plazo de pago de la contraprestación debida por la concesión»: anticipar a 2017 (50 millones de euros) y a 2018 (750 millones de euros) [32] la entrega de la mencionada contraprestación.

66. Esa circunstancia, añade el tribunal *a quo*, pudiera implicar […] «la posible modificación del importe total del pago adeudado, atendiendo a su onerosidad, en consideración —según alegan las recurrentes— del hecho objetivo y notorio del valor económico del tiempo».

67. Quienes defienden que esa nueva modalidad del pago no significaba una modificación sustancial aducen que, tanto en la adjudicación de 2010 como en la renovación de 2017, el importe que el concesionario debía satisfacer era idéntico (800 millones de euros). Además, el pago anticipado sería más gravoso para el concesionario, ya que su abono se sitúa incluso antes de que comience el segundo período de nueve años.

68. La respuesta a las dudas del Consiglo di Stato (Consejo de Estado) demanda: a) comparar la modalidad de pago vigente en el primer período de la concesión con el del segundo; y b) si de esa comparación resultase que hubo algún cambio, calificarlo de sustancial o no.

1. Comparación de las modalidades de pago

69. En la concesión originaria, los ingresos a favor de la Administración concedente se cifraban en, al menos, 500 millones de euros en el primer año (2009) y 300 millones de euros en el segundo (2010).

70. Según la distribución de pagos introducida por el Decreto-ley n.º 148/17, como ya se ha expuesto, esos mismos ingresos a favor del presupuesto del Estado eran de 50 millones de euros para el primer año (2017) y 750 millones de euros para el segundo (2018), con lo que se anticipaba, en realidad, el pago de la contraprestación correspondiente al período de renovación de la concesión.

[32] Se fijaban tres cuotas: 50 millones de euros antes del 15 de diciembre de 2017; 300 millones de euros antes del 30 de abril de 2018; y 450 millones de euros antes del 31 de octubre de 2018.

71. Las nuevas condiciones de pago entrañaban, pues, que:

– La primera cuota (50 millones de euros) del período renovado representaba la décima parte de la prevista (500 millones de euros) para el primer tramo del pago en las disposiciones aplicadas a la concesión de 2010.

– Por el contrario, la segunda cuota (750 millones de euros) del período renovado excedía en más del doble a su análoga (300 millones de euros) de la concesión originaria

72. Hubo, pues, una modificación del ritmo en el que el concesionario debía ingresar su contribución, no del importe de esta ni de su división en dos tramos sucesivos.

73. Es verosímil suponer que, como señala la Comisión,[33] la reducción en el importe del primer pago (50 millones de euros) permitiría al concesionario *prepararse* mejor para el pago del segundo tramo (750 millones de euros) al año siguiente. Aunque este último ascendiera a más del doble del correlativo fijado en el Decreto-ley n.º 78/2009, el concesionario podría contar desde el principio con ingresos procedentes de la propia concesión, por lo que no es descartable que el sistema le beneficiase, en su conjunto.

74. Es cierto, sin embargo, que el adelanto, en dos años, de la contraprestación debida por el período renovado podía causar, de suyo, inconvenientes financieros al concesionario, análogos a los que cualquier operador económico ha de afrontar para anticipar sus pagos en contraprestación de unos ingresos aún por venir.[34]

2. ¿Modificación sustancial?

75. Haciendo abstracción, por ahora, del resto de las circunstancias sobre el pago de la contraprestación, acordar la continuidad de la relación concesional con Lotteria Nazionali por nueve años más no representaba ninguna modificación (ni sustancial ni menor) de la propia concesión, pues, repito, se atenía al título originario.

76. Distinto sería si la renovación de la concesión no hubiera estado contemplada, ya inicialmente, en el referido título. En esa hipótesis, prorrogar, sea *ex lege* o sea por decisión autónoma del poder adjudicador, durante nueve años, una concesión llegada a su fin, al margen de los procedimientos de licitación, implicaría, sin duda, una modificación sustancial del contrato concesional.[35]

77. El debate se circunscribe, pues, a evaluar si la modalidad de pago que regía en el segundo período concesional difería *sustancialmente* de la aplicable al primero.

[33] Apartados 47 a 49 de sus observaciones.

[34] Así lo insinúan Lotterie Nazionali (párrafo final del apartado 32 e inciso final del segundo guion del apartado 35 de sus observaciones) y Lottomatica (apartado 4.3 de las suyas). No se puede excluir, sin embargo, que, si Lotterie Nazionali aceptó pagar por anticipado, fue porque, en definitiva, le convenía. De lo contrario, es lógico pensar que no habría asumido la continuidad en la relación concesional.

[35] El Tribunal de Justicia así lo ha confirmado, en relación con renovaciones o prórrogas de concesiones italianas, en las sentencias de 13 de septiembre de 2007, Comisión/Italia (C-260/04, EU:C:2007:508), en cuanto a concesiones para la gestión y la recogida de apuestas hípicas; de 14 de julio de 2016, Promoimpresa (C-458/14 y C-67/15, EU:C:2016:558), en cuanto a concesiones de bienes de dominio público; y de 18 de septiembre de 2019, Comisión/Italia (C-526/17, EU:C:2019:756), en cuanto a una concesión de obras públicas.

78. Recordaré que, para ambos períodos, se mantenían incólumes, además del «título jurídico (*causa petendi*) y el objeto negocial (*petitum*)», la contraprestación que había de satisfacer el concesionario, así como la exigencia de que el pago se efectuase en dos tramos, correspondientes al primer y al segundo año de cada uno de aquellos períodos.

79. El cambio que, en realidad, se impuso fue el que afectaba a la cuantía parcial de esos dos tramos, divergente en los términos ya expuestos, y al adelanto, a 2017 y 2018, de esos pagos respecto al inicio del nuevo período concesional que comenzaba en 2019. [36]

80. A reserva de la apreciación del tribunal de reenvío, que está en mejores condiciones para pronunciarse sobre este extremo, dado su conocimiento del litigio, no creo que la modificación en los importes de cada tramo pueda calificarse de sustancial, pues, ponderados sus ventajas y sus inconvenientes para el concesionario y para la Administración concedente, no parece que alterara el equilibrio financiero de la concesión, en favor de este, hasta el punto de requerir una nueva licitación.

81. Solo un análisis económico más profundo permitiría discernir si lo que, en apariencia, se muestra como un inconveniente para el concesionario (el adelanto en los pagos, cuando Lotterie Nazionali aún no podía percibir los ingresos propios del segundo período concesional) era tal, o podría conllevar, paradójicamente, un beneficio en su favor o, simplemente, conservaba, en su conjunto, el equilibrio financiero originario.

82. La nota de la ADM de 19 de septiembre de 2017, al razonar sobre las ventajas de que continuara, durante el segundo período de nueve años, la relación concesional con su titular, no olvida que había otros operadores dispuestos a ocupar su plaza. [37] Los autos de reenvío aluden, asimismo, a «operadores del sector que actualmente están interesados en entrar en el mercado».

83. Las expectativas de las sociedades recurrentes no pueden prevalecer, sin embargo, frente al hecho, innegable, de que la concesión originaria contemplaba, *ab initio*, su eventual renovación, sin competencia con terceros, durante un segundo período de nueve años. Aquellas expectativas podrán desplegar toda su virtualidad al término de ese período (improrrogable) de nueve años.

84. Lottomatica Holding y Lotterie Nazionali sostienen, por su parte, [38] que el adelanto, a 2017, de la decisión de proseguir la relación concesional se justificaba porque, de no ser así, se habría necesitado un tiempo suficiente para tramitar una nueva licitación y contar con un concesionario el 30 de septiembre de 2019.

85. Compete al tribunal de reenvío dilucidar si concurría ese motivo, o cualquier otro, para iniciar los contactos con el concesionario antes de que concluyera el primer período de nueve años y para decidir, entonces, acerca de la continuidad de la relación concesional por el segundo período, con idéntica duración.

[36] Según el artículo 20, apartado 1, del Decreto-ley n.º 148/17, se trataba así de «garantizar nuevos y mayores ingresos para el presupuesto del Estado [...] para 2017 y [...] para 2018», esto es, de proporcionar liquidez ya durante esos dos años, en vez de esperar al cobro de la contraprestación en 2019 y 2020.

[37] Que había interés de terceros en aspirar a la concesión lo reconocen Lottomatica y Lotterie Nazionali en sus observaciones (apartados 4.2 y 26, respectivamente) cuando justifican que el proceso de renovación se anticipase, dado el número de litigios que surgen en el marco de las licitaciones en el sector del juego en Italia. Las sociedades recurrentes, al conocer que se había dictado el Decreto-ley n.º 148/17, se dirigieron sin demora a la ADM para mostrarle su interés en la concesión (escritos de Sisal de 31 de octubre y de 9 de noviembre de 2017, y de Stanleybet Malta, de 8 de noviembre de 2017, anexos a sus observaciones).

[38] Apartados 4.2 y 26 de sus observaciones escritas, respectivamente.

86. En cualquier caso, considero que este factor es irrelevante al discernir si los cambios impuestos al pago de la contraprestación pueden calificarse de modificaciones sustanciales de la concesión. Lo que interesa, a este respecto, es atender al contenido de tales cambios, no al momento en el que la Administración concedente resolvió imponerlos.

87. Las circunstancias temporales en las que la ADM adoptó esa decisión podrían incidir en otros elementos de su control jurisdiccional (por ejemplo, por revelar una eventual desviación de poder), pero no las encuentro pertinentes para apreciar si hubo una modificación sustancial de las condiciones de la concesión.

88. En suma, ceñida la controversia a dirimir si el cambio en la secuencia de los pagos podría reputarse sustancial, por tener «como resultado una concesión materialmente diferente, en cuanto a su carácter, de la celebrada en un principio» (artículo 43, apartado 4, de la Directiva 2014/23), mi opinión es negativa, aunque, insisto, será el tribunal *a quo* quien diga la última palabra sobre este extremo.

F. Cuarta pregunta prejudicial

89. Mediante su última pregunta prejudicial, el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) desea saber, en síntesis, si las sociedades recurrentes, a pesar de no haber participado en la licitación originaria «cuya vigencia se ha extendido en favor del concesionario saliente, en las nuevas condiciones contractuales descritas [en el auto de reenvío]», pueden impugnar la renovación de la concesión.

90. El parecer del Consiglio di Stato (Consejo de Estado) es que aquellas sociedades podrían tener un interés legítimo no ya en la renovación de la licitación, sino en que la Administración adjudicadora ejercitara su facultad discrecional, una vez acabado el primer período concesional. [39] A estos efectos, pues, sería irrelevante que hubieran participado, o no, en la licitación de 2010.

91. Como regla, según el Tribunal de Justicia, «la participación en el procedimiento de adjudicación de un contrato puede constituir en principio válidamente, con arreglo al artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, un requisito cuyo cumplimiento se exija para determinar que la persona afectada tiene un interés en obtener el contrato de que se trate o puede verse perjudicada por el carácter supuestamente ilegal de la decisión de adjudicación de dicho contrato». [40]

92. Ahora bien, esa regla general no es, a mi juicio, aplicable a este litigio, en el que no se trata de dilucidar si quienes no concurrieron como licitadores al proceso de selección de concesionario están legitimados para impugnar la decisión (inicial) de adjudicación. Lo que aquí se debate es si, en el marco de la renovación de la concesión, las sociedades recurrentes podían hacer valer su interés en que esa renovación se sometiera a licitación y, así, optar a su adjudicación.

93. La contestación está ligada a las cuestiones de fondo ya abordadas, esto es, a si los cambios en el régimen de pago de la contraprestación por el segundo período de la concesión alcanzaban la entidad suficiente para alterar sustancialmente los términos originarios de esa concesión.

[39] Así se desprende de la letra c.9) del apartado 12 de los autos de reenvío.

[40] Sentencia de 28 de noviembre de 2018, Amt Azienda Trasporti e Mobilità y otros (C-328/17, EU:C:2018:958), apartado 46.

94. Pues bien, para constatar si esos cambios poseían, o no, carácter sustancial, que es lo que generaría la obligación de proceder a una nueva licitación en la que pudieran participar, hay que reconocer a los operadores interesados la facultad de instar la actuación judicial que lo verifique.

V. Conclusión

95. A tenor de lo expuesto, sugiero responder al Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia) en estos términos:

«Los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, así como los artículos 3 y 43 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, deben interpretarse en el sentido de que:

1) Cuando el título originario de una concesión para la explotación de la gestión de las loterías nacionales instantáneas prevé la continuidad de la relación concesional por un segundo período de nueve años, a favor del mismo concesionario, aquellos artículos no se oponen a que esa medida se acuerde mediante una norma con fuerza de ley, después de que la Administración concedente hubiera confirmado que la continuidad de la relación era conforme con el interés público y se atenía al título originario.

2) A reserva de la verificación que compete al órgano jurisdiccional remitente, no poseen carácter sustancial, en el sentido del artículo 43 de la Directiva 2014/23, unas modificaciones de las condiciones concesionales que, conservando el mismo título, el mismo objeto jurídico, el mismo importe de la contraprestación y su pago en dos tramos, se limitan a variar las cantidades parciales que el concesionario ha de ingresar en cada uno de esos tramos.

3) Los operadores interesados en obtener la explotación de la concesión están legitimados para impugnar la continuidad de la relación concesional a favor del concesionario, basándose en que las condiciones a las que esa continuidad se sujeta representan una modificación sustancial de la concesión originaria. A estos efectos, es irrelevante que esos operadores no hubiesen participado en la licitación inicial».