Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentadas el 30 de abril de 2024[1]

Asunto C-683/22

Adusbef — Associazione difesa utenti servizi bancari e finanziari
contra
Presidenza del Consiglio dei ministri,
Ministero dell'Economia e delle Finanze,
Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità sostenibili,
DIPE – Dipartimento programmazione e coordinamento della politica economica,
Autorità di regolazione dei trasporti,
Corte dei Conti,
Avvocatura dello Stato,
con intervención de:
Mundys S.p.A., antigua Atlantia S.p.A.,
Autostrade per l'Italia S.p.A.,
Holding Reti Autostradali S.p.A.

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo contencioso administrativo del Lacio, Italia)]

«Procedimiento prejudicial — Concesión de la gestión de autopistas — Incumplimiento grave de los deberes de mantenimiento y conservación — Directiva 2014/23/UE — Artículo 43 — Modificación de la concesión — Continuidad del concesionario anterior — Evaluación de la necesidad de organizar un nuevo proceso de licitación — Motivación de la decisión — Carácter sustancial de las modificaciones — Valoración de la fiabilidad del concesionario en el proceso de modificación de la concesión — Artículo 44 — Resolución de la concesión — Ausencia de licitación — Falta de fiabilidad en el concesionario»

1. El 14 de agosto de 2018 se produjo el hundimiento del denominado «puente Morandi», viaducto de Polcevera de la autopista A10, cerca de Génova, Italia. La empresa concesionaria de la autopista era, en aquel momento, Autostrade per l'Italia S.p.A. (en lo sucesivo, «ASPI»).

2. Las autoridades nacionales abrieron un expediente para depurar la responsabilidad de ASPI por el incumplimiento grave de sus obligaciones de conservación y mantenimiento de la red de autopistas a su cargo.

[1] Lengua original: español.

3. Ese expediente culminó con un *accordo transattivo* (en lo sucesivo, «acuerdo transaccional») entre ASPI y las autoridades italianas, al que siguió un *III atto aggiuntivo* (en lo sucesivo, «III acto adicional») suscrito por las mismas partes e incorporado al Convenio concesional originario. Con arreglo a ellos se modificaron las cláusulas de la concesión sin abrir un nuevo proceso de licitación.

4. Una asociación de consumidores impugnó esos acuerdos, así como otros actos conexos, ante un órgano jurisdiccional italiano, que eleva al Tribunal de Justicia sus dudas sobre la interpretación del derecho de la Unión relativo a la modificación (y eventual resolución) de los contratos de concesión, regidos por la Directiva 2014/23/UE. [2]

I. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión. Directiva 2014/23

5. El artículo 3 («Principio de igualdad de trato, no discriminación y transparencia») establece:

«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.

[…]

2. Los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras tendrán como objetivo garantizar la transparencia del procedimiento de adjudicación y de la ejecución del contrato […]».

6. Conforme al artículo 38 («Selección y evaluación cualitativa de los candidatos»):

«[…]

7. Los poderes adjudicadores o entidades adjudicadoras podrán excluir, o los Estados miembros podrán pedirles que excluyan, de la participación en un procedimiento de adjudicación de concesión a cualquier operador económico si se da cualquiera de las siguientes situaciones:

[…]

c) si el poder adjudicador puede demostrar por cualquier medio adecuado que el operador económico es culpable de una falta profesional grave, que hace cuestionable su integridad;

[…]

f) cuando el operador económico haya mostrado deficiencias significativas o persistentes en el cumplimiento de cualquier requisito de fondo en el marco de una concesión anterior o de un contrato anterior con un poder adjudicador o con una entidad adjudicadora según se define en la presente Directiva o en la Directiva 2014/25/UE, que hayan dado lugar a la rescisión anticipada del contrato anterior, a daños y perjuicios o a otras sanciones comparables;

[…]».

[2] 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).

7. A tenor del artículo 43 («Modificación de los contratos durante su período de vigencia»):

«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;

[…]

c) cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

   i) que la necesidad de modificación se derive de circunstancias que un poder o entidad adjudicador diligente no podía prever,

   ii) que la modificación no altere el carácter global de la concesión,

   iii) en el caso de las concesiones adjudicadas por el poder adjudicador a efectos del ejercicio de una actividad distinta de las enumeradas en el anexo II, el posible aumento de valor no podrá superar el 50 % del valor de la concesión original. En caso de que se apliquen varias modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al valor de cada una de ellas. Estas modificaciones consecutivas no podrán tener por objetivo el de eludir lo dispuesto en la presente Directiva;

d) cuando un nuevo concesionario sustituya al designado en un principio como adjudicatario por el poder adjudicador adjudicadores o la entidad adjudicadora como consecuencia de:

   i) una opción o cláusula de revisión inequívoca de conformidad con la letra a),

   ii) la sucesión total o parcial del concesionario inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación de la presente Directiva, o bien

   iii) la asunción por el propio poder o entidad adjudicador de las obligaciones del concesionario principal para con sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación nacional;

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

Los poderes adjudicadores o las entidades adjudicadoras que hayan modificado una concesión en los casos previstos en las letras b) y c) del presente apartado deberán publicar un anuncio al respecto en el *Diario Oficial de la Unión Europea*. Este anuncio contendrá la información establecida en el anexo XI y se publicará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33.

2. Por otra parte, también se podrá modificar una concesión sin necesidad de verificar si se cumplen o no las condiciones enunciadas en el apartado 4, letras a) a d), y sin que sea preciso iniciar un nuevo procedimiento de concesión de conformidad con la presente Directiva si el valor de la modificación es inferior a los dos valores siguientes:

i) el umbral indicado en el artículo 8, y

ii) el 10 % del valor inicial de la concesión.

Sin embargo, la modificación no podrá alterar la naturaleza global de la concesión. Cuando se efectúen varias modificaciones sucesivas, el valor se calculará sobre la base del valor neto acumulado de las sucesivas modificaciones.

[…]

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;

c) que la modificación amplíe considerablemente el ámbito de la concesión;

d) cuando un nuevo concesionario sustituya a aquel al que el poder adjudicador o la entidad adjudicadora había adjudicado inicialmente la concesión en otros casos que los previstos en el apartado 1, letra d).

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».

8. El artículo 44 («Resolución de concesiones») estipula:

«Los Estados miembros se asegurarán de que los poderes y entidades adjudicadores tengan la posibilidad, con arreglo a condiciones determinadas por la legislación nacional aplicable, de poner fin a una concesión durante su período de vigencia, siempre que se cumpla alguna de las condiciones siguientes:

a) que una modificación de la concesión suponga una nueva adjudicación, de conformidad con el artículo 43;

b) que el contratante se encuentre, en el momento de la adjudicación del contrato, en una de las situaciones contempladas en el artículo 38, apartado 4, y, por lo tanto, hubiere debido ser excluido del procedimiento de adjudicación de la concesión;

c) que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictamine, en un procedimiento conforme con el artículo 258 del TFUE, que un Estado miembro ha incumplido sus obligaciones con arreglo a los Tratados debido a que un poder adjudicador o entidad adjudicadora de dicho Estado miembro ha adjudicado una concesión sin ajustarse a las obligaciones que le imponen los Tratados o la presente Directiva».

B. Derecho italiano

1. Decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201. Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici [3]

9. A tenor del artículo 43, apartado 1, las actualizaciones o revisiones de los convenios de autopistas vigentes en la fecha de su entrada en vigor, cuando impliquen cambios o modificaciones del plan de inversión o aspectos de carácter normativo destinados a proteger las finanzas públicas, estarán sujetos al dictamen de determinados órganos y se aprobarán por las autoridades que en aquel precepto se especifican.

2. Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Codice dei contratti pubblici [4]

10. El artículo 80, apartado 5, recoge como motivos de exclusión facultativa de los licitadores, en sus letras c) y c *ter*), respectivamente, la falta profesional grave y el incumplimiento en la ejecución de una concesión anterior.

11. En la parte tercera del Decreto Legislativo, dedicada a los contratos de concesión, se hallan:

– El artículo 175, sobre las modificaciones de los contratos durante su período de eficacia. Reproduce, con pocas variantes, el artículo 43 de la Directiva 2014/23.

– El artículo 176, sobre el cese, la revocación de oficio, la resolución por incumplimiento y la sustitución del concesionario.

[3] Decreto-ley n.º 201, de 6 de diciembre de 2011, por el que se establecen disposiciones urgentes para el crecimiento, la equidad y la consolidación de las cuentas públicas (GURI Serie Generale n. 284 del 06-12-2011 - Suppl. Ordinario n. 251).

[4] Decreto Legislativo de 18 de abril de 2016, n.º 50, Código de contratos públicos (GURI Serie Generale n. 91 del 19-04-2016 - Suppl. Ordinario n. 10). Aplicable ratione temporis.

II. Hechos, litigio y preguntas prejudiciales

12. El 12 de octubre de 2007, ASPI y la Azienda Nazionale Autonoma delle Strade (Empresa nacional autónoma de carreteras, Italia) [5] celebraron una «Convenzione unica» (en lo sucesivo, «Convenio único») [6] en la que se otorgaba a ASPI la concesión de un conjunto de tramos de autopistas italianas de más de 2 800 kilómetros. [7]

13. La concesión expira el 31 de diciembre de 2038.

14. El 14 de agosto de 2018, en las cercanías de Génova, una sección del viaducto de Polcevera de la autopista A10 (el «puente Morandi») incluida en la concesión de ASPI, se derrumbó, provocando el fallecimiento de 43 personas.

15. El 16 de agosto de 2018, la Dirección General de supervisión de los concesionarios de autopistas inició un expediente contra ASPI, por incumplimiento grave de las obligaciones de mantenimiento y conservación de la red de autopistas.

16. A partir del 10 de julio de 2019 se mantuvieron diferentes reuniones entre el concesionario y las autoridades, que desembocaron en la presentación de una propuesta de ASPI, el 11 de julio de 2020. [8]

17. Sobre la base de esta propuesta de «solución negocial», se redactó un acuerdo transaccional, comunicado a ASPI por carta conjunta de varios Ministerios italianos y de la Presidencia del Consejo de Ministros, de 23 de septiembre de 2020.

18. El acuerdo transaccional definía las medidas a cargo del concesionario y las demás obligaciones asumidas por este para la solución negociada del expediente de incumplimiento. Se proponía en él la «renegociación del Convenio único» de 12 de octubre de 2007.

19. El 15 de julio de 2021, ASPI transmitió un proyecto de acto adicional al Convenio único y sus anexos.

20. El 14 de octubre de 2021, el Ministerio de Infraestructuras y ASPI firmaron el acuerdo transaccional, que sería corroborado por el Decreto n.º 37, de 22 de febrero de 2022, del Ministerio de Infraestructuras, de común acuerdo con el de Ministero dell'economia e delle Finanze (Ministerio de Economía y Hacienda, Italia). [9]

[5] El Ministerio de Infraestructuras y Movilidad Sostenible (en lo sucesivo, «Ministerio de Infraestructuras») sucedió *ex lege* a la empresa nacional el 1 de octubre de 2012.

[6] La concesión de las autopistas gestionadas por ASPI tiene su origen en la adjudicación, de 1968, a la sociedad Autostrade-Concessioni e Costruzioni Autostrade S.p.A. Esta última entidad fue privatizada en 1999 y, en 2003, transfirió sus actividades de concesiones de autopistas a ASPI.

[7] El Convenio único fue formalmente aprobado mediante el artículo 8 *duodecies* del decreto-legge 8 aprile 2008, n. 59 — Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee (Decreto-ley n.º 59, de 8 de abril de 2008, por el que se establecen disposiciones urgentes para el cumplimiento de obligaciones comunitarias y la ejecución de sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas), convalidado con modificaciones por la Ley 101/2008.

[8] En la propuesta, ASPI ofreció, en síntesis, una compensación financiera por un importe de 3 400 millones de euros, un incremento de los niveles de seguridad y una reestructuración societaria en la que participarían la Cassa Depositi e Prestiti S.p.A. y otros inversores aceptables para esa entidad, a los que se transmitiría el control accionarial de ASPI.

[9] La aprobación del acuerdo transaccional estuvo precedida del parecer favorable (resolución n.º 75) del Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile (Comité interministerial para la planificación económica y el desarrollo sostenible, Italia), de 22 de diciembre de 2021, que se pronunció sobre el III acto adicional.

21. El 21 de marzo de 2022, el Ministerio de Infraestructuras y ASPI suscribieron el III acto adicional al Convenio único, incorporando a este último determinadas modificaciones de las cláusulas concesionales.

22. Mediante un recurso registrado bajo el número 6020 de 2022, varias asociaciones [de las que sólo se reconocería, finalmente, legitimación activa a la Associazione difesa utenti servizi bancari e finanziari (en lo sucesivo, «Adusbef»)] impugnaron ante el tribunal de reenvío los siguientes actos, cuya anulación solicitaron:

– La resolución n.º 75/21 del Comité interministerial para la planificación económica y el desarrollo sostenible, de 22 de diciembre de 2021, denominada «Autostrade per l'Italia S.p.A. — Dictamen sobre el tercer acto adicional al convenio único de 12 de octubre de 2007 y sobre el plano económico financiero en el sentido del artículo 43 del Decreto-ley n.º 201 de 2011 (Decisión n.º 75/2021)».

– El Decreto n.º 37, de 22 de febrero de 2022, del Ministerio de Infraestructuras, de común acuerdo con el de Economía y Hacienda, con el que se aprueba el Acuerdo transaccional, suscrito el 14 de octubre de 2021, entre el Ministerio de Infraestructuras y ASPI.

– La resolución de la Corte dei Conti (Tribunal de Cuentas, Italia) n.º SCCLEG/2/2022/PREV, de 29 de marzo de 2022.

– El dictamen favorable de la Avvocatura Generale dello Stato (Abogacía General del Estado, Italia), transmitido mediante nota de 24 de septiembre de 2021, relativo al esquema del acuerdo antes indicado.

– El Acuerdo transaccional de 14 de octubre de 2021, suscrito entre el Ministerio de Infraestructuras y ASPI.

– La Nota de 5 de noviembre de 2021, n.º 19135, por la que ASPI transmitió al Ministerio de Infraestructuras la propuesta actualizada de plan económico-financiero.

– El dictamen, de 22 de diciembre de 2021, del Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (Grupo de asesoramiento para la aplicación de las orientaciones para la regulación de los servicios de utilidad pública), sobre el proyecto del III acto adicional al Convenio único y el consiguiente plan económico-financiero.

– El dictamen, de 14 de octubre de 2020, y la nota de 16 de diciembre de 2021 de la Autorità di regolazione dei trasporti (Autoridad reguladora de los transportes, Italia).

– Las actas de las reuniones del Consiglio dei Ministri (Consejo de Ministros, Italia) de 14 y 15 de julio de 2020.

– Cualquier otro acto preliminar, conexo o consecutivo.

23. Los motivos de impugnación aducidos por Adusbef[10] se referían tanto a la vulneración de normas nacionales como de los artículos 38, 43 y 44 de la Directiva 2014/23.

[10] Páginas 12 a 15 de la resolución de reenvío, en la versión italiana.

24. A esa impugnación se opusieron ASPI, las instituciones y administraciones públicas autoras de los actos recurridos, representadas conjuntamente, así como Atlantia S.p.A. [11] y, en calidad de interviniente *ad opponendum*, Holding Reti Autostradali.

25. En esta tesitura el Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal administrativo regional del Lacio, Italia) plantea al Tribunal de Justicia las preguntas prejudiciales siguientes «en relación con la disciplina prevista en los artículos 38, 43 y 44 de la Directiva 2014/23»:

«1) ¿Es contrario al derecho [de la Unión] interpretar la normativa nacional en el sentido de que un poder adjudicador puede tramitar un procedimiento de modificación subjetiva y objetiva de una concesión de autopistas vigente o su renegociación, sin apreciar ni pronunciarse sobre la obligación de iniciar un procedimiento de licitación pública?

2) ¿Es contrario al derecho [de la Unión] interpretar la normativa nacional en el sentido de que un poder adjudicador puede tramitar un procedimiento de modificación subjetiva y objetiva de una concesión de autopistas vigente o su renegociación, sin apreciar la fiabilidad de un concesionario que ha incurrido en un incumplimiento grave?

3) Si se constata la vulneración del principio de obligación de licitación o la falta de fiabilidad del titular de una concesión de autopistas, ¿obliga la normativa [de la Unión] a resolver la relación?»

III. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

26. La petición de decisión prejudicial se registró en el Tribunal de Justicia el 4 de noviembre de 2022.

27. Han depositado observaciones escritas Adusbef, ASPI, Holding Reti Autostradali, Mundys, los Gobiernos alemán, estonio e italiano, así como la Comisión Europea. Todos ellos, salvo los Gobiernos alemán y estonio, participaron en la vista celebrada el 28 de febrero de 2024.

IV. Apreciación

A. Observaciones preliminares

1. Directiva aplicable

28. Según Mundys, la Directiva 2014/23 no es pertinente para resolver el litigio, pues, a tenor de su artículo 54, apartado 2, «no se aplicará a la adjudicación de concesiones ofrecidas o adjudicadas antes del 17 de abril de 2014». En este asunto, la concesión controvertida se adjudicó el 12 de octubre de 2007.

[11] Atlantia era accionista de ASPI hasta que vendió su participación social a Holding Reti Autostradali S.p.A. en el marco de la reestructuración del capital de ASPI. Atlantia cambió el 14 de marzo de 2023 su denominación por la de Mundys S.p.A.

29. Aunque la concesión originaria se haya otorgado antes de la adopción de la Directiva 2014/23, lo relevante para fijar la norma aplicable es la fecha de las modificaciones cuya validez se impugna.[12] Esa fecha es posterior al 17 de abril de 2014, lo que determina la aplicabilidad de la Directiva 2014/23.

30. El mismo razonamiento sirve, *mutatis mutandis*, para rechazar las objeciones en lo que atañen a la falta sobrevenida de fiabilidad del concesionario y a la existencia de un motivo de resolución contractual. Ambas se refieren a hechos, derivados o conexos con las modificaciones controvertidas, posteriores al 17 de abril de 2014.

2. Admisibilidad de la petición de decisión prejudicial

31. ASPI, Holding Reti Autostradali, Mundys y el Gobierno italiano sostienen, con argumentos en parte comunes y en parte dispares, que el reenvío prejudicial es inadmisible. En síntesis, reprochan al tribunal remitente que no haya aportado los elementos de hecho y de derecho suficientes para obtener una respuesta útil a sus preguntas, y que éstas son hipotéticas.

32. Las peticiones de decisión prejudicial relativas a la interpretación del derecho de la Unión disfrutan de una presunción de pertinencia. Compete, además, al juez nacional definir, bajo su responsabilidad, el marco fáctico y normativo, cuya exactitud no corresponde verificar al Tribunal de Justicia. Este solo puede abstenerse de pronunciarse sobre una de aquellas peticiones en casos excepcionales, que el Tribunal de Justicia ha precisado.[13]

33. En mi opinión, sin perjuicio de lo que luego puntualizaré respecto de la tercera pregunta prejudicial y de ciertas ambigüedades en las restantes, las dos primeras tienen relación con el objeto del litigio *a quo*. Aunque la descripción de los hechos no es lo precisa que debería ser,[14] ese relato y las consideraciones jurídicas de la resolución de reenvío[15] facilitan al Tribunal de Justicia los elementos mínimos para responder a las dos primeras preguntas.

B. Primera pregunta prejudicial

34. El órgano jurisdiccional remitente desea saber si el derecho de la Unión autoriza «interpretar la normativa nacional en el sentido de que un poder adjudicador puede tramitar un procedimiento de modificación subjetiva y objetiva de una concesión de autopistas vigente o su renegociación, sin apreciar ni pronunciarse sobre la obligación de iniciar un procedimiento de licitación pública».

[12] Sentencia de 2 de septiembre de 2021, Sisal y otros (C-721/19 y C-722/19, EU:C:2021:672; en lo sucesivo, «sentencia Sisal y otros»), apartado 28: «[…] en caso de modificación sustancial de un contrato de concesión, la legislación de la Unión a la luz de la cual debe apreciarse es la vigente en el momento de esa modificación. El Tribunal de Justicia ha precisado en este contexto que el hecho de que la celebración del contrato de concesión inicial sea anterior a la adopción de la normativa de la Unión en la materia es irrelevante a tal respecto […]». En la misma línea, las sentencias de 11 de julio de 2013, Comisión/Países Bajos (C-576/10, EU:C:2013:510), apartado 54; y de 18 de septiembre de 2019, Comisión/Italia (C-526/17, EU:C:2019:756), apartado 60.

[13] Así, cuando resulte evidente que la interpretación del derecho de la Unión solicitada no guarda relación alguna con la realidad ni con el objeto del litigio principal, cuando el problema sea de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para dar una respuesta útil al órgano de reenvío. Véase, por todas, la sentencia de 14 de septiembre de 2023, TGSS (Denegación del complemento por maternidad) (C-113/22, EU:C:2023:665), apartados 30 y 31.

[14] En la resolución de reenvío (punto 2.1.), el tribunal *a quo* afirma que, en cuanto al objeto de la controversia y a la ilustración de los hechos pertinentes, «la Sala acoge íntegramente la parte "hechos" de la presente sentencia». Sin embargo, esa parte no contiene una descripción de los hechos que el propio tribunal considera acreditados, sino de los que han alegado las partes.

[15] La resolución de reenvío adopta la forma, poco usual, de «sentencia no definitiva».

35. La pregunta así formulada hay que entenderla referida al artículo 43 de la Directiva 2014/23, que rige la modificación de los contratos de concesión durante su período de vigencia. La abordaré analizando este precepto y los aspectos formales y sustanciales de las modificaciones acordadas en el asunto de autos.

1. Modificaciones de los contratos de concesión en la Directiva 2014/23

36. El artículo 43 de la Directiva 2014/23 permite modificar las concesiones sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación en los supuestos enumerados en su apartado 1. De ellos destaca, para lo que aquí importa, la hipótesis de que «las modificaciones, con independencia de su valor, no sean sustanciales a efectos del apartado 4» [letra e) del apartado 1].

37. El apartado 4 de ese mismo artículo regula cuándo se considerará sustancial la modificación de una concesión durante su período de vigencia. En tal tesitura, a tenor de su apartado 5, «será prescriptivo iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación».

38. El considerando septuagésimo quinto de la Directiva 2014/23 afirma que «[…] es obligatorio un nuevo procedimiento de concesión cuando se introducen en la concesión inicial cambios fundamentales, en particular referidos al ámbito de aplicación y al contenido de los derechos y obligaciones mutuos de las partes […]».

39. Antes de la entrada en vigor de la Directiva 2014/23, el Tribunal de Justicia ya había declarado que las modificaciones sustanciales de las cláusulas esenciales de un contrato de concesión podían exigir la adjudicación de un nuevo contrato. [16]

40. En 2011 se abrió un debate [17] sobre la necesidad de reformar las directivas de contratación pública. Una de las cuestiones sometidas a consulta era «si hace falta una aclaración jurídica al nivel de la UE para establecer las condiciones en las que la modificación de un contrato exige un nuevo procedimiento de adjudicación», a la vista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. El resultado que se ha plasmado en las tres Directivas de contratación de 2014 es semejante, en lo que atañe a las modificaciones contractuales.

41. La jurisprudencia ulterior recaída sobre el artículo 43 de la Directiva 2014/23 lo interpreta en la línea de sus fallos anteriores. Así, en la sentencia de 2 de septiembre de 2021, el Tribunal de Justicia declaró que con aquel artículo se «[…] ha llevado a cabo una armonización exhaustiva de los supuestos en los que, por una parte, las concesiones pueden ser modificadas sin necesidad de organizar un nuevo procedimiento de concesión […] y en los que, por otra parte, tal procedimiento es necesario en caso de modificación de las condiciones de la concesión». [18]

[16] Sentencia de 13 de abril de 2010, Wall (C-91/08, EU:C:2010:182), apartado 37. En el mismo sentido, véanse, para la regulación previa a la Directiva 2014/23, las sentencias de 18 de septiembre de 2019, Comisión/Italia (C-526/17, EU:C:2019:756), apartado 59; y de 11 de julio de 2013, Comisión/Países Bajos, (C-576/10, EU:C:2013:510), apartado 54.

[17] Libro Verde «sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente» [Bruselas, 27 de enero de 2011, COM(2011) 15, final. En su página 27 se indica que «para determinados tipos de modificaciones, la jurisprudencia no resulta suficientemente clara en cuanto a determinar si es necesario un nuevo procedimiento de licitación».).

[18] Sentencia Sisal y otros, apartado 31.

42. Según acabo de indicar, el artículo 43, apartados 1 y 2, de la Directiva 2014/23 enuncia qué modificaciones no requieren la apertura de una nueva licitación. El apartado 4 de ese mismo artículo prevé cuándo una modificación se considerará sustancial, con la consecuencia (apartado 5) de que habrá de iniciarse un nuevo procedimiento de adjudicación de la concesión.

43. A la luz de estas premisas habrá que responder al tribunal de reenvío sobre la primera pregunta prejudicial. Ahora bien, la pregunta tiene una formulación ambigua: tal como está redactada, parece dirigirse únicamente a que se dilucide si existe una *obligación formal* de que el poder adjudicador se pronuncie, mediante una decisión motivada, cuyo contenido *material* quedaría, así, en segundo plano.

44. El enfoque formal contrasta, sin embargo, con la atención que el tribunal *a quo* dedica en su resolución de reenvío a una de las (supuestas) modificaciones sustanciales de la concesión, la que atiende a la estructura accionarial del concesionario.

45. En aras de la exhaustividad, abordaré las dos perspectivas, formal y material, de la pregunta. Previamente debo subrayar que, salvo en lo que atañe al cambio de accionistas, la resolución de reenvío no identifica con precisión ni el origen ni el contenido de las cláusulas concesionales modificadas.

46. Como ya he expuesto, la modificación tuvo lugar en virtud de dos actos que, si bien entrelazados, presentan una fisonomía jurídica diferente:

– Por un lado, la celebración, el 14 de octubre de 2021, del acuerdo transaccional entre el Ministerio de Infraestructuras y ASPI, que puso fin a las investigaciones por incumplimiento del concesionario. [19]

– Por otro lado, la suscripción por las mismas partes, el 21 de marzo de 2022, del III acto adicional al Convenio único. Fue este acto el que, en realidad, incorporó las modificaciones a la concesión. Sin embargo, la resolución de reenvío le dedica poca atención.

2. Obligación del poder adjudicador de motivar su decisión

47. El artículo 43, apartados 1, 2 y 4, de la Directiva 2014/23, al regular cómo las concesiones pueden modificarse (con o sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de licitación), no exige que el poder adjudicador haya de exponer las razones que le inducen a estimar si concurre alguno de los supuestos contemplados en aquellos preceptos.

48. En principio, y ante el silencio del artículo 43 de la Directiva 2014/23 sobre este pormenor, correspondería a los Estados miembros imponer, o no, a los poderes adjudicadores el deber de motivar sus decisiones relativas a la modificación concesional.

[19] El acuerdo transaccional es, en realidad, un acto administrativo adoptado de conformidad con el artículo 11 de la Ley 241/1990, de 7 de agosto, sobre «Nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y de derecho de acceso a los documentos administrativos». Así se refleja en el artículo 5 del propio acuerdo transaccional. En cuanto tal acto administrativo (adoptado bajo la forma de un «acuerdo con el interesado», que contempla el artículo 11, apartado 1, de aquella Ley), está sujeto a la obligación general de motivación y a los mismos controles que el resto de los actos de la Administración.

49. Ahora bien, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, en determinadas circunstancias, el poder adjudicador está sujeto a aquel deber, para que los interesados puedan «defender sus derechos y decidir con pleno conocimiento de causa sobre la conveniencia de interponer un recurso contra [las decisiones adoptadas por las autoridades nacionales]», y para «permitir a los órganos jurisdiccionales ejercer su control sobre la legalidad de dichas decisiones». [20]

50. El tribunal de reenvío habrá de dilucidar si, dado el objeto del litigio, los actos impugnados debieran haber sido motivados y, de ser así, si contienen una motivación suficiente para facilitar la defensa de los derechos de sus destinatarios o su control jurisdiccional. [21]

51. Desde esta perspectiva, la resolución de reenvío transcribe elementos suficientes para inferir que la decisión del poder adjudicador vino precedida de evaluaciones que podrían colmar la exigencia de motivación. En concreto, las autoridades competentes expusieron (acertada o equivocadamente, pero esa es otra cuestión) por qué la modificación de la concesión era la solución más adecuada.

52. En efecto, se puede leer en el apartado 2.2 de la sentencia de reenvío cómo el poder adjudicador sopesó las consecuencia negativas y positivas de las dos alternativas planteadas (la modificación de la concesión sin nueva licitación, o la resolución del contrato). [22] Las razones que indujeron a las autoridades italianas a optar por la primera de estas soluciones constan, por extenso, en los diversos documentos que forman parte del expediente. [23]

53. Siendo esto así, la motivación del poder adjudicador se podría deducir del contenido del conjunto documental que engloba los actos impugnados en la demanda de Adusbef. Estos incluyen los dictámenes de los organismos e instituciones nacionales que ponen de relieve la conveniencia de adoptar el acuerdo transaccional y el III acto adicional, a resultas de los que el poder adjudicador consideró que era oportuno modificar, sin licitación previa, la concesión originaria.

[20] Sentencias de 7 de septiembre de 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700), apartado 120, con cita de jurisprudencia anterior, y de 21 de diciembre de 2023, Infraestruturas de Portugal y Futrifer Indústrias Ferroviárias (C-66/22, EU:C:2023:1016), apartado 87.

[21] En la vista se debatió si el poder adjudicador, por haber modificado la concesión con arreglo a la letra c) del artículo 43, apartado 1, de la Directiva 2014/23, debiera haber publicado un anuncio en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, con la información establecida en el anexo XI. El tribunal *a quo* no interroga sobre esta omisión, limitando su pregunta a la falta de motivación de los actos. En todo caso, a mi juicio, no se cumpliría en este asunto una de las tres condiciones que exige aquella disposición: la alteración del carácter global de la concesión.

[22] El tribunal de reenvío transcribe, a estos efectos, las consecuencias negativas de poner fin a la concesión, tal como figuraban en el acuerdo transaccional. Entre ellas, la discontinuidad de las actividades contractuales, que podría llevar asociado el riesgo de crisis financiera de los contratistas y proveedores de ASPI, con los posibles costes adicionales para la administración derivados del reconocimiento de penalizaciones; el riesgo, disuasorio, de que *la administración soportara litigios en los que se reconociera la eficacia de alguna cláusula del Convenio único cuyos resultados supondrían unas considerables cargas económicas para el Estado, así como la* obligación del Estado de abonar al concesionario una indemnización.

[23] El tribunal *a quo* destaca como aspectos positivos del acuerdo transaccional, mencionados en éste: i) la continuación ininterrumpida de la gestión del servicio, lo que evitaría la interrupción de una prestación esencial para la colectividad y la resolución de posibles situaciones que obstaculicen su funcionamiento regular; ii) el inicio inmediato de la ejecución del programa de inversiones y de mantenimiento de la red de autopistas, así como el impulso de los planes de inversión relativos a la transición ecológica y a la movilidad sostenible; iii) el mantenimiento y el desarrollo del actual nivel de empleo y la adopción de iniciativas en favor de la colectividad a cargo de ASPI, según las prioridades fijadas directamente por la administración; iv) la garantía de los pagos por los trabajos de reconstrucción del puente en sustitución del viaducto de Polcevera; v) la finalización de los litigios pendientes entre el concesionario y las administraciones; vi) la adaptación de las estipulaciones contractuales de la concesión, mediante la supresión de cláusulas consideradas injustamente favorables al concesionario; vii) la introducción de un sistema de sanciones reforzado en relación con el previsto en el Convenio único; *viii) la voluntad de ambas partes de evitar cualquier futuro litigio*.

54. En el recurso de Adusbef ante el tribunal de reenvío, esta asociación reconoce que «las motivaciones adoptadas en el Acuerdo [transaccional] a favor de no proceder a la resolución, sino a la prosecución del contrato […]» figuran en aquél, y reproduce parte de su contenido. [24] En el mismo escrito [25] critica, con sus propios argumentos, los que el acuerdo transaccional contiene a favor de la continuidad contractual y los que la Corte dei conti (Tribunal de Cuentas) había expuesto para «integrar la motivación».

55. Adusbef ha podido, pues, conocer e impugnar el contenido de los actos modificativos de la concesión, que somete al control jurisdiccional del tribunal de reenvío. [26]

3. Calificación de las modificaciones del contrato concesional

56. La resolución de reenvío se centra, preferentemente, en la (supuesta) modificación del contrato concesional debida a la alteración de la estructura accionarial de ASPI. El debate es si existió un «cambio de concesionario», en el sentido del artículo 43, apartado 4, letra d), de la Directiva 2014/23, en relación con su apartado 1, letra d).

57. El tribunal de reenvío desea saber, asimismo:

– Si el hundimiento del puente Morandi constituyó una «circunstancia imprevisible» en el sentido del apartado 1, párrafo primero, letra c), inciso i), del artículo 43 de la Directiva 2014/23.

– Si el compromiso de ASPI de proporcionar una compensación financiera de 3 400 millones de euros y de garantizar un refuerzo de las condiciones de seguridad de la red de autopistas y su aplicación efectiva implica una modificación sustancial de la concesión.

58. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar si, con arreglo al artículo 43, apartado 5, de la Directiva 2014/23, era necesaria la apertura de un procedimiento de adjudicación. El Tribunal de Justicia puede, sin embargo, facilitarle algunas orientaciones que le ayuden a formular su juicio.

a) Cambio en la estructura accionarial: ¿modificación sustancial del contrato de concesión?

59. A tenor del artículo 43, apartado 1, letra d), inciso ii), de la Directiva 2014/23, «las concesiones podrán modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de concesión […] cuando un nuevo concesionario sustituya al designado en un principio como adjudicatario como consecuencia […] de la sucesión total o parcial del concesionario inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión adquisición o insolvencia, por otro operador económico […]».

[24] Páginas 10 y 11 del recurso.

[25] Apartado octavo del epígrafe «diritto», página 29 del recurso.

[26] En la vista, Adusbef puso el acento en la falta de motivación del Decreto n.º 37, de 22 de febrero de 2022, del Ministerio de Infraestructuras. Este Decreto, que Adusbef aportó como documento anexo, contiene dos artículos, precedidos de numerosos considerandos: el primer artículo se circunscribe a aprobar el acuerdo transaccional y el segundo, a disponer que «la eficacia del acuerdo está subordinada al perfeccionamiento de las condiciones indicadas en el artículo 10 del mismo acuerdo». El Decreto me parece, pues, suficientemente motivado, en sí y por remisión, en la medida en que hace suya la (extensa) motivación que incorpora el acuerdo transaccional. Uno y otro acto deben leerse conjuntamente.

60. Para interpretar esta disposición se ha de acudir al considerando septuagésimo séptimo de la Directiva 2014/23, que alude a los *cambios estructurales*, tales como reorganizaciones puramente internas, absorciones o concentraciones, durante la ejecución de la concesión. Estos cambios estructurales, añade, «no deben exigir automáticamente nuevos procedimientos de adjudicación de la concesión […]».

61. De las observaciones escritas y presentadas en la vista por las partes del litigo, así como de los datos consignados en la resolución de reenvío, [27] se deduce que no hubo una sustitución, total o parcial, del concesionario (ASPI era y sigue siendo el titular de la concesión), sino una reestructuración accionarial interna, [28] en la que unos nuevos accionistas sustituyeron a otros en el marco de una operación notificada a la Comisión. [29]

62. En la vista se debatió si la entrada, con participación mayoritaria, de la Cassa Depositi e Prestiti [30] en el capital social de ASPI implicaba, por sus características, [31] una transformación del concesionario, que haría necesario un procedimiento de licitación.

63. Pues bien, en principio, la mera sustitución de unos accionistas por otros, en el marco de una restructuración accionarial que no implica el desplazamiento del titular de la concesión, no constituye una novación subjetiva sustancial, requerida de nueva licitación, en el sentido del artículo 43, apartado 1, letra d), inciso ii), de la Directiva 2014/23. Así lo ha confirmado el Tribunal de Justicia al declarar que «[…] las reorganizaciones internas del contratista inicial pueden constituir modificaciones no esenciales de los términos del contrato público de que se trate, que no exigen la apertura de un nuevo procedimiento de adjudicación de contrato público». [32]

27 Apartado 2.5. de la resolución de reenvío.

28 Según el apartado 2.5, párrafo primero, de la resolución de reenvío, Atlantia vendió el 88 % de ASPI a una sociedad holding (Holding Reti Autostradali) cuyo accionista mayoritario (51 %) era la Cassa Depositi e Prestiti Equity S.p.A. y en la que dos fondos extranjeros, Macquarie Group Ltd y Blackstone Group Inc., poseían un 24,5 % cada uno de ellos. El resto del capital, según la nota 2 de las observaciones de Holding Reti Autostradali, pertenecería en un 6,94 % a Appia Investments Srl y un 5 % a Silk Road Fund Co. (a estos porcentajes se refiere la decisión de reenvío en el apartado 2.5, segundo párrafo).

29 La Comisión acordó, en la Decisión C(2021) 8274 final, no oponerse a la operación notificada, que declaró compatible con el mercado interior. Según la notificación del proyecto de concentración [de conformidad con el artículo 4 del Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO 2004, L 24, p. 1)], varias compañías (Cassa Depositi e Prestiti Equity, perteneciente al grupo Cassa Depositi e Prestiti; Macquarie Group y Blackstone Group) se proponían tomar el control conjunto de la totalidad de ASPI mediante la adquisición de acciones.

30 Según los datos disponibles, a reserva de una ulterior verificación, ASPI está participada en el 88,06 % por Holding Reti Autostradali, que, a su vez, está controlada en un 51 % por Cassa Depositi e Prestiti Equity, cuyo capital social pertenece, finalmente, en un 100 % a Cassa Depositi e Prestiti.

31 Uno de los argumentos aducidos se refería a la transformación de la naturaleza (pública o privada) del concesionario, a resultas de la participación del Ministerio de Economía y Finanzas en el capital de Cassa Depositi e Prestiti. El tribunal de reenvío afirma, no obstante, que ésta no es una empresa pública. También se debatió si la entrada en ASPI de nuevos accionistas constituía una medida de *self cleaning* del concesionario, más o menos ofrecida por éste o impuesta por las autoridades italianas, lo que revelaría el carácter sustancial de la modificación subjetiva. A mi juicio, esta última alegación es rechazable, pues las medidas de autocorrección son, precisamente, las que adopta el mismo concesionario (esto es, aquel cuya identidad se mantiene) para participar en un ulterior procedimiento de adjudicación a título del artículo 38, apartado 9, de la Directiva 2014/23.

32 Sentencia de 3 de febrero de 2022, Advania Sverige y Kammarkollegiet (C-461/20, EU:C:2022:72), apartado 34, con cita de la sentencia de 19 de junio de 2008, pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351).

64. Desde otra perspectiva, el órgano remitente deberá tener en cuenta si esa modificación subjetiva se permitía en el artículo 10 *bis* del Convenio único. En tal hipótesis, habrá de valorar si los actos impugnados se ajustaron a las prevenciones del artículo 43, apartado 1, letra d), inciso i), de la Directiva 2014/23,[33] esto es, si la modificación estaba prevista como opción o cláusula de revisión inequívoca en el título concesional primitivo.[34]

b) Otras modificaciones (de carácter objetivo)

65. Según el tribunal *a quo*,[35] las modificaciones del Convenio único no son el resultado de «circunstancias que un poder adjudicador diligente o una entidad adjudicadora diligente no podían prever».

66. A su juicio, no constituye una circunstancia imprevisible un incumplimiento que pueda afectar a la seguridad vial o dar lugar, por sí solo o conjuntamente con otros, a un acontecimiento trágico como el hundimiento del puente Morandi.

67. Opino que el foco ha de ponerse no tanto en si el acontecimiento fue imprevisible, sino en la «necesidad» de que la modificación contractual derivara de él. El apartado 1, párrafo primero, letra c), inciso i), del artículo 43 de la Directiva 2014/23 alude, justamente, a la *necesidad de modificación* que se derive de circunstancias que un poder o una entidad adjudicadoras diligentes no podían prever.

68. Sea cual sea la causa de las modificaciones acordadas, lo relevante en este litigio es su calificación como sustanciales, para decidir si, con independencia de su origen, hubiera sido necesario organizar un procedimiento de licitación, porque esas modificaciones alteraban el objeto o el carácter global de la concesión.

69. En la vista se debatió qué modificaciones objetivas, en particular, derivaban del acuerdo transaccional y del acto adicional, por relación al Convenio único. De ellas, el tribunal de reenvío menciona los compromisos de ASPI de proporcionar una compensación financiera de 3 400 millones de euros y garantizar un refuerzo de las condiciones de seguridad de la red de autopistas. No se refiere, sin embargo, a la modificación tarifaria ni a otras de distinta naturaleza que figuran en aquellos dos acuerdos.

70. De nuevo, corresponderá al tribunal de reenvío apreciar si los compromisos asumidos por ASPI implican una modificación sustancial del contrato, en el sentido de los apartados 1, 2 y 4 del artículo 43 de la Directiva 2014/23. En su apreciación podrá tener en cuenta, como se debatió en la vista sin resultados concluyentes, si los cambios introducidos empeoran, en realidad, la posición del concesionario, sometiéndole a condiciones más gravosas,[36] o, por el contrario, favorecen sus intereses al permitirle la continuidad en la concesión. También podrá evaluar si esos cambios

[33] Sobre la aplicación de esta regla, véase la sentencia Sisal y otros, apartados 39 a 43.

[34] Así lo asevera Holding Reti Autostradali en los apartados 10 y 40 de su escrito de observaciones, al aludir al artículo 10 *bis* del Convenio único, que prevé los criterios de autorización de los cambios de concesionarios de autopistas que resulten de concentraciones a nivel de la Unión.

[35] Apartado 2.6, párrafos tercero y cuarto de la resolución de reenvío.

[36] El representante de Holding Reti Autostradali evocó la sentencia Sisal y otros para poner de relieve que, en aquel asunto, se cargó al concesionario con condiciones más onerosas que las fijadas inicialmente, razón por la que no se había producido la modificación sustancial a favor del concesionario. El apartado 53 de esta sentencia señala «que, en la medida en que el pago anticipado podría incrementar el importe que se debe abonar, esa modificación no parece alterar el equilibrio económico de la concesión, a favor del concesionario, en el sentido [del artículo 43, apartado 4, de la Directiva 2014/23]»).

responden a la aplicación de nuevas medidas legislativas de carácter general [37] o, más bien, a decisiones *ad hoc* del poder adjudicador, libremente adoptadas por éste en beneficio del concesionario.

71. A mi juicio, ceñido a los cambios a los que alude el tribunal de reenvío, no parecen revestir naturaleza sustancial las dos modificaciones objetivas que ese tribunal especifica: de un lado, la aportación financiera de ASPI (gravosa, en cuanto tal, para el concesionario) tiende a contrarrestar las repercusiones económicas de lo acaecido, en el marco de una transacción; de otro lado, el compromiso de reforzar la seguridad de la red de autopistas no difiere significativamente de las obligaciones contraídas en el Convenio único.

C. Segunda pregunta prejudicial

72. El tribunal de reenvío desea saber si es «contrario al derecho [de la Unión] interpretar la normativa nacional en el sentido de que un poder adjudicador puede tramitar un procedimiento de modificación subjetiva y objetiva de una concesión de autopistas vigente o su renegociación, sin apreciar la fiabilidad de un concesionario que ha incurrido en un incumplimiento grave». [38]

73. La premisa de la que parte la pregunta es que el concesionario incumplió gravemente sus obligaciones de mantener y conservar la infraestructura de la autopista. Sin embargo, el poder adjudicador no declaró *formalmente* ese incumplimiento, pues el expediente instruido al efecto fue objeto del acuerdo transaccional tantas veces citado.

74. El tribunal de reenvío toma nota del dictamen emitido el 28 de junio de 2019 por un grupo de trabajo interinstitucional, [39] en el que se consideró que el concesionario había incumplido gravemente sus obligaciones de mantenimiento y de conservación. Ese dictamen, empero, contemplaba ya excluir la declaración de incumplimiento a cambio de renegociar el Convenio único, [40] como de hecho sucedió.

75. La pregunta hay que entenderla referida al artículo 38 de la Directiva 2014/23, que es uno de los preceptos de esa Directiva invocados en el encabezamiento común a las tres preguntas.

[37] Así lo sostuvo en la vista el representante de ASPI, alegando que las modificaciones del acuerdo transaccional y del acuerdo adicional derivaban, al menos en parte, de la entrada en vigor del Decreto-legge 28 settembre 2018, n. 109 (Decreto-ley n.º 109, de 28 de septiembre de 2018) (GURI n. 226 del 28-09-2018), que se aplicaría a todas las concesiones de autopistas. Es dudoso, sin embargo, que el contenido de ese Decreto-ley, en lo que atañe a ASPI, pueda desligarse de su conducta en tanto que concesionario, como se deduce de la sentencia n.º 168/2020 de 8 de julio de 2020, de la Corte Costituzionale (Tribunal Constitucional, Italia), apartados «in diritto» 1.1 a 1.6.

[38] Como ha observado alguno de los intervinientes, la segunda pregunta prejudicial es, en cierta manera, contradictoria con la primera: si la introducción de nuevos accionistas constituye una modificación subjetiva sustancial, por cuanto, en realidad, supone cambiar de concesionario (primera pregunta), carece ya de sentido evaluar si el «antiguo» concesionario era, o no, fiable.

[39] Párrafo undécimo de la descripción fáctica y primer párrafo del apartado 2.7 de la resolución de reenvío, que transcribe parte del preámbulo del acuerdo transaccional. El tribunal de reenvío se apoya también en la sentencia de la Corte Costituzionale (Tribunal Constitucional) n.º 168/2020, de 8 de julio de 2020.

[40] Según el tribunal *a quo*, el preámbulo del acuerdo transaccional recogía, de ese dictamen, la parte en la que, como alternativa a la resolución, se proponía confiar a las administraciones competentes «la apreciación de proceder a una renegociación de dicho convenio único, si ello permitía proteger mejor los intereses del Estado, con el fin de reequilibrar la concesión y restablecer la plena seguridad de la red de autopistas, recordando en el punto 11 los riesgos potenciales de litigios y de repercusiones operativas de una medida de resolución contractual».

76. El artículo 38 de la Directiva 2014/23 regula la selección y evaluación cualitativa de los candidatos. Se inserta en un título (el II) relativo a la adjudicación de las concesiones. En este contexto, la Directiva 2014/23 incorpora la fiabilidad como componente clave de la selección inicial. Según su considerando septuagésimo, los poderes adjudicadores pueden excluir a los «operadores económicos que hayan dado muestras de no ser fiables».

77. El ingrediente de la fiabilidad impregna los motivos de exclusión relativos a las condiciones subjetivas tanto del candidato elegido como del resto de los operadores económicos.[41] Ha de haber un nexo entre la (carencia de) fiabilidad y los concretos motivos de exclusión consignados en el artículo 38 de la Directiva 2014/23.

78. Los motivos de exclusión tienen su ámbito propio en la fase de selección del contratista, pero no cuando la relación contractual ya se ha trabado y, como aquí ocurre, la concesión ha desplegado, durante años, sus efectos propios. Aunque alguno de los apartados del artículo 38 prevé que el poder adjudicador podrá acordar la exclusión *en cualquier momento del procedimiento* (de adjudicación de la concesión), se trata del procedimiento de selección y evaluación de las candidaturas.

79. El problema suscitado ahora es si la fiabilidad debe ser también un elemento relevante al modificar las cláusulas de un contrato en vigor. Es decir, si la Directiva 2014/23 exige que se enjuicie la fiabilidad del concesionario al hilo de una modificación del contrato.

80. La respuesta a ese problema dependerá de la naturaleza de los cambios propuestos:

– Si la modificación es sustancial, en los términos antes analizados, el poder adjudicador ha de abrir un nuevo procedimiento de adjudicación en cuyo curso le compete valorar la fiabilidad de todos los candidatos, también del anterior concesionario (si opta por participar).[42] La evaluación de la fiabilidad procederá, pues, en el procedimiento de licitación abierto para otorgar la nueva concesión.

– Por el contrario, si las modificaciones no son sustanciales, nada en la Directiva 2014/23 requiere que se proceda a una nueva evaluación de la fiabilidad del concesionario. No será preceptivo, en esa eventualidad, apreciar los motivos de exclusión del artículo 38.

81. La diferencia entre ambas situaciones se aprecia con mayor nitidez al observar el tratamiento de las modificaciones subjetivas en la Directiva 2014/23. Su artículo 43, apartado 1, letra d), inciso ii), prevé, para la sucesión total o parcial del concesionario inicial por otro operador económico, que este último «cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente». Al evaluar el cumplimiento de esos criterios, lógicamente el poder adjudicador habrá de atender a la fiabilidad del nuevo operador, que sustituye al anterior.

41 Así lo apunté en mis conclusiones en el asunto Tim (C-395/18, EU:C:2019:595), punto 44, en relación con 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 deroga la Directiva 2004/18/CE (DO 2014, L 94, p. 65)], cuyo contenido es paralelo con el de la Directiva 2014/23. Véanse las sentencias de 3 de octubre de 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (C-267/18, EU:C:2019:826), apartado 26; y de 19 de junio de 2019, Meca (C-41/18, EU:C:2019:507), apartados 29 y 30.

42 En esa hipótesis, de conformidad con el artículo 38, apartado 9, de la Directiva 2014/23, el operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 4 y 7 de ese mismo artículo podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él (medidas de autocorrección) son suficientes para demostrar su fiabilidad, no obstante la existencia del motivo pertinente para la exclusión. Si esas pruebas se consideran suficientes, no quedará excluido del procedimiento.

82. Sin embargo, cuando no hay una modificación subjetiva de esa naturaleza, sino una mera reestructuración empresarial interna, debida a cambios en el accionariado de quien es y sigue siendo concesionario, el poder adjudicador no está obligado a evaluar de nuevo la fiabilidad de éste, ya acreditada en el procedimiento de adjudicación inicial.

83. Respecto de las modificaciones objetivas no sustanciales, su tratamiento es análogo al de las subjetivas, a la vista del régimen de las modificaciones contractuales en la Directiva 2014/23.

84. Distinto de lo hasta aquí expuesto es que, durante la vigencia del contrato, el concesionario haya incumplido gravemente sus obligaciones contractuales. Este factor podría, bajo determinadas condiciones, afectar a su relación con el poder adjudicador en cuanto suponga de falta (sobrevenida) de integridad o de fiabilidad. Desde esta perspectiva, limitada, cabe sostener que la fiabilidad del concesionario ha de subsistir a lo largo de la vida de la concesión.

85. En efecto, la falta de fiabilidad del concesionario, por haber incumplido gravemente las cláusulas de un contrato de concesión en vigor, es un factor que tiene aptitud para resolver ese contrato, como a continuación expondré. En este sentido, la reacción frente al incumplimiento grave, una vez acreditado y declarado como tal por el poder adjudicador, puede consistir en la resolución de la concesión, que no regula el artículo 38 de la Directiva 2014/23.

86. Esa reacción, sin embargo, no necesariamente tiene por qué producirse si el poder adjudicador, dentro de su margen de apreciación, considera preferibles, por razones de interés público, las oportunas modificaciones contractuales (siempre que no sean sustanciales).

D. Tercera pregunta prejudicial

1. Admisibilidad

87. El tribunal de reenvío quiere saber si, ante «la vulneración del principio de obligación de licitación o la falta de fiabilidad del titular de una concesión de autopistas», el derecho de la Unión obliga «a resolver la relación».

88. El interrogante debe entenderse referido al artículo 44 de la Directiva 2014/23, cuyo objeto es la resolución [43] de las concesiones y cuya incorporación al derecho italiano efectuó el artículo 176 del Código de contratos públicos.

89. Planteada en estos términos, opino que la pregunta es inadmisible, por innecesaria para la resolución del litigio de origen. En éste se ha interpuesto un *recurso de anulación* de los actos ya reseñados (aprobación de modificaciones contractuales), pero no se ejerce la pretensión de *poner fin* a la concesión. [44]

[43] El término empleado en las diferentes versiones lingüísticas para esta noción no siempre corresponde al significado del que se utiliza en unos Estados miembros y en otros. Se ha traducido por «résiliation» (en francés); «termination» (en inglés); «risoluzione» (en italiano); «Kündigung» (en alemán); «rescisão» (en portugués); «beëindiging» (en neerlandés) o «încetarea» (en rumano). La versión española utiliza «resolución», pero en el considerando octogésimo de la Directiva adopta, como si fuese sinónimo, el término «rescisión».

[44] Adusbef esgrimió ante el tribunal de reenvío (motivo quinto de su recurso) la vulneración, entre otros preceptos, del artículo 44 de la Directiva 2014/23, pero lo hizo como argumento para sostener que procedía un nuevo procedimiento de adjudicación, ante la modificación sustancial de la concesión.

90. Ciñéndose el debate ante el juez *a quo* a la legalidad de las modificaciones contractuales, no se ve qué interés pudiera tener, en este asunto, dar una respuesta sobre la aplicación del mecanismo de resolución del artículo 44 de la Directiva 2014/23. [45]

2. Fondo

91. Por si el Tribunal de Justicia admitiera la pregunta, analizaré someramente la incidencia del referido artículo 44 en el litigio.

92. En virtud de esta disposición, «los Estados miembros se asegurarán de que los poderes y entidades adjudicadores tengan la posibilidad, con arreglo a condiciones determinadas por la legislación nacional aplicable, de poner fin a una concesión durante su período de vigencia […]» en tres supuestos precisos. [46]

93. La enumeración de esos tres supuestos no es exhaustiva. Los Estados miembros pueden prever en su derecho interno la resolución de una concesión ante el incumplimiento grave de las cláusulas contractuales, que sea imputable a una de las partes. [47]

94. En efecto, los ordenamientos jurídicos nacionales suelen contar con preceptos en cuya virtud la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. Así ocurre con el artículo 1453 del Código civil italiano: en los contratos con prestaciones recíprocas, cuando uno de los contratantes no cumple sus obligaciones, el otro puede, a su elección, instar el cumplimiento o la resolución del contrato, a salvo, en todo caso, el resarcimiento del daño.

95. Mediante el artículo 176 del Código de contratos públicos, el legislador italiano ha incorporado a su derecho interno el artículo 44 de la Directiva 2014/23, [48] pero ha contemplado asimismo la resolución de la concesión por incumplimiento del concesionario. Para esta hipótesis, el artículo 176, apartado 7, del Código de contratos públicos se remite al artículo 1453 del Código civil.

96. De ahí se infiere (a reserva de la interpretación de su derecho por el tribunal de reenvío) que, con independencia del artículo 44 de la Directiva 2014/23, el incumplimiento de las obligaciones concesionales podría ser un motivo legítimo para resolver un contrato de concesión. De hecho, los documentos aportados a los autos reflejan cómo el expediente incoado contra ASPI, por el incumplimiento de sus deberes de mantenimiento y conservación de la autopista, contemplaba entre las medidas posibles la resolución de la concesión.

[45] En la vista, el Gobierno italiano sostuvo, en esta misma línea, que Adusbef no ejercitó la pretensión de resolución ante el tribunal *a quo*, por lo que éste incurriría en una infracción procesal (juicio *ultra petita*) si se pronunciara sobre algo que no se le había pedido.

[46] Véase su transcripción en el punto 8 de estas conclusiones.

[47] La mención en el considerando septuagésimo séptimo de la Directiva 2014/23 al supuesto de que se «rescinda una concesión con motivo de deficiencias en la ejecución» implica el reconocimiento de causas de resolución no contempladas en su articulado. En la vista, la Comisión admitió que nada obsta a que los Estados miembros regulen esas otras causas de resolución.

[48] El artículo 176 del Código de contratos públicos contempla la nulidad de oficio dependiente de un vicio no imputable al concesionario (apartado 3); la resolución por incumplimiento de la administración concedente, que revoca la concesión por motivos de interés público, indicando sus consecuencias económicas (apartados 4, 5 y 6); la resolución por incumplimiento del concesionario o por otras causas imputables a él (apartados 7 y 8); y la sustitución del concesionario por un nuevo operador económico, cuyos derechos y obligaciones establece (apartados 9 y 10).

97. Sin embargo, lo que el tribunal de reenvío quiere saber es si, ante «la vulneración del principio de obligación de licitación o la falta de fiabilidad del titular de una concesión de autopistas», el derecho de la Unión obliga «a resolver la relación».

98. Como alegan el Gobierno italiano, la Comisión y alguna de las partes del litigio,[49] la respuesta a esa tercera pregunta se deduce de la contestación a la segunda. De esta última puede inferirse que ninguno de los dos factores a los que alude el tribunal *a quo* determina, en el asunto de autos, la resolución de la concesión:

– En cuanto al primero (ausencia de licitación), un nuevo procedimiento sólo se exige ante modificaciones sustanciales de la concesión. Según el artículo 44, letra a), de la Directiva 2014/23, procede la resolución cuando «una modificación de la concesión suponga una nueva adjudicación, de conformidad con el artículo 43», lo que aquí no parece suceder, por las razones ya indicadas.

– En cuanto al segundo (falta de fiabilidad del concesionario), ya he explicado que sería apreciable en la fase de selección y evaluación del adjudicatario, no ante modificaciones no sustanciales de la concesión. Si la falta de fiabilidad está ligada al incumplimiento grave de las condiciones contractuales, será tal incumplimiento el que permitiría al poder adjudicador resolver el contrato, por un motivo distinto de los del artículo 44 de la Directiva 2014/23.

V. Conclusión

99. A tenor de lo expuesto, sugiero al Tribunal de Justicia declarar inadmisible la tercera pregunta prejudicial planteada por el Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo contencioso administrativo del Lacio, Italia) y responder a la primera y a la segunda en estos términos:

«Los artículos 38 y 43, apartados 1, 4 y 5, 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,

han de interpretarse en el sentido que:

1) A tenor del artículo 43 de la Directiva 2014/23, un contrato de concesión puede modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de licitación pública, cuando las modificaciones introducidas en sus cláusulas, sin alterar el carácter global de la concesión, no sean sustanciales, lo que compete determinar al órgano jurisdiccional de reenvío.

   Los poderes adjudicadores o las entidades adjudicadoras valorarán si es necesario iniciar un nuevo procedimiento de licitación pública, tras apreciar la naturaleza, sustancial o no, de las modificaciones de las cláusulas concesionales. La decisión correspondiente deberá permitir a los interesados la defensa de sus derechos y, en su caso, el control jurisdiccional.

[49] Apartados 58 y 59 de las observaciones escritas del Gobierno italiano. La Comisión adopta el mismo enfoque en cuanto a la fiabilidad del concesionario (apartado 65 de sus observaciones escritas). Para ASPI, la respuesta a la tercera pregunta está subordinada a las dos anteriores (apartados 27 y 76 de sus observaciones escritas).

2) El artículo 38 de la Directiva 2014/23 obliga a los poderes adjudicadores o a las entidades adjudicadoras a apreciar la fiabilidad de los candidatos, en relación con los motivos de exclusión pertinentes, dentro del proceso de selección y evaluación cualitativa de esos candidatos. Esa apreciación procede tanto para otorgar la concesión inicial como para introducir en el contrato de concesión modificaciones sustanciales que requieran una nueva licitación pública».