



# Contratos del Sector Público

---

Gómez-Acebo & Pombo Abogados

**2021** N.º 136

# Impugnación de la renovación automática de una concesión por un tercero no participante en la primera licitación

---

La reciente Sentencia del TJUE (Sala Quinta) de 2 de septiembre de 2021, por la que se resuelve una cuestión prejudicial elevada desde el Consejo de Estado italiano, se pronuncia sobre la compatibilidad de la legislación europea y la nacional en relación con la renovación de las concesiones y la legislación aplicable a las modificaciones sustanciales, estableciendo además una muy interesante doctrina acerca de la posibilidad de que, en determinadas ocasiones, un tercero pueda impugnar la renovación de una concesión aun cuando no hubiera participado en el procedimiento de adjudicación inicial de la misma.

## Antecedentes

El asunto trae causa de un proceso que tiene su origen en la adjudicación a la empresa LOTOTERÍA – nombre ficticio – de una concesión relativa a la actividad de “rasca y gana”. El contrato, celebrado entre la Administración autónoma de los monopolios estatales – en lo sucesivo ADM - y el concesionario, disponía, en su artículo 4.1 que la duración de la concesión (renovable una sola vez) sería de nueve años, divididos en dos períodos de cinco y cuatro años, respectivamente, que empezaría a correr el 1 de octubre de 2010<sup>1</sup>. Al término de los cinco primeros años de explotación de la concesión, se autorizó su continuación para el

segundo período, de conformidad con la referida disposición contractual.

El 26 de julio de 2017 LOTOTERÍA presentó una solicitud de renovación de la concesión que se le había adjudicado, sobre la base de la cláusula de renovación prevista también en el propio contrato de concesión. SISA Y SASA manifestaron su interés en que se organizase un nuevo procedimiento de concesión. Sin embargo:

- Mediante circular de 19 de septiembre de 2017, la ADM consideró que la renovación del contrato de concesión controvertido era conforme al interés público.

---

<sup>1</sup> La continuación de la concesión durante el segundo período estaba supeditada a la evaluación positiva de la Administración autónoma de los monopolios estatales, que deberá formularse durante el primer semestre del quinto año de la concesión.

- El 16 de octubre siguiente entró en vigor el Decreto-ley n.º 148/2017, preveía en su artículo 20.1 la autorización por el órgano de contratación de la continuación de determinados contratos de concesión a fin de garantizar nuevos y mayores ingresos para el presupuesto del Estado.
- Mediante circular de 1 de diciembre de 2017, la ADM renovó a Lotterie Nazionali la concesión hasta el 30 de septiembre de 2028<sup>2</sup>.

SISA y SASA impugnaron esta decisión Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio, Italia por entender que el artículo 20, apartado 1, del Decreto-ley n.º 148/2017 era contrario al Derecho de la Unión, en la medida en que introduce un sistema de monopolio en favor de un operador único mientras que el régimen establecido por el Decreto-ley n.º 78/2009 contemplaba la posibilidad de que la Administración, una vez expirado el período de concesión inicial, optara entre la renovación y el inicio de un nuevo procedimiento de licitación<sup>3</sup>.

Desestimados los recursos, SISA y SASA acudieron al Consejo de Estado, que suspendió el procedimiento y elevó cuestión prejudicial al TJUE acerca de cómo interpretar la legislación

italiana de conformidad con el Derecho de establecimiento y 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, consultando si se consideran aplicables los artículos 3 y 43 de la Directiva [2014/23], en el sentido de que se opone a una normativa como la recogida en el Decreto-ley n.º 148/2017 (artículo 20.1) y en el Decreto-ley n.º 78/2009 (artículo 21 apartados 3 y 4).

## Derecho de la unión

### *Directiva 2014/23*

El artículo 3 de la Directiva 2014/23 establece la obligación de los poderes adjudicadores de dar un trato igualitario a todos los operadores económicos, mientras que el artículo 43 establece los supuestos en los que las concesiones podrán modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de concesión, como ocurre cuando ya estuvieran previstas en la documentación inicial de la concesión o cuando las modificaciones, con independencia de su valor, no sean sustanciales a efectos del apartado 44, siendo prescriptivo iniciar un nuevo

<sup>2</sup> A condición de que, con arreglo al artículo 20, apartado 1, del Decreto-ley n.º 148/2017, el concesionario procediera al pago anticipado de la cantidad de 800 millones de euros a favor del presupuesto estatal.

<sup>3</sup> Alegan, asimismo, que no se trata de una mera continuación del contrato de concesión controvertido, sino de una novación de la relación contractual, que además se produce dos años antes del término normal del contrato de concesión inicial, además de no constatar el concurso de una razón imperiosa de interés general que justifique un régimen diferente únicamente para los juegos de lotería instantánea.

<sup>4</sup> 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, y en cualquier caso cuando se cumpla una de las condiciones siguientes:

- a) que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento inicial habrían permitido la selección de solicitantes, o habrían atraído a más participantes;
- 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 al adjudicado inicialmente la concesión en otros casos que los previstos en el apartado 1, letra d).

procedimiento de adjudicación de concesiones en las modificaciones distintas de las previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 43.

Por su parte el artículo 46 de la misma Directiva 2014/23, modifica la Directiva 89/665/CEE<sup>5</sup> para determinar su aplicación a las concesiones adjudicadas por los poderes adjudicadores mencionados en la Directiva [2014/23].

Por último y de acuerdo con el artículo 51.1 de la Directiva 2014/23, los Estados miembros estaban obligados a trasponer su contenido a más tardar el 18 de abril de 2016, por tanto, dos años después de la entrada en vigor de aquella, que no resultaba de aplicación – de conformidad con su artículo 54 – a la adjudicación de concesiones ofrecidas o adjudicadas antes del 17 de abril de 2014.

### *Directiva 89/665*

El artículo 1, apartados 1 y 3, de la Directiva 89/665, en su versión modificada por la Directiva 2014/23 ordena que el procedimiento de recurso sea accesible como mínimo a “cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción”.

### **Derecho italiano**

1. El Decreto ley 78/2009, de 1 de Julio de 2009, establece en su artículo 21 que para la protección de los intereses públicos, las actividades de recogida de apuestas se adjudicaran siempre en régimen de concesión (cuyo contenido disciplina estableciendo los requisitos de procedimiento, el régimen de remuneración, los criterios de

adjudicación - oferta económicamente más ventajosa -) y contempla la renovación de la concesión por una sola vez con una duración máxima de 9 años en total, subdivisiones en periodos de 5 o 4 años respectivamente, estando supeditada la continuación durante el segundo período a la evaluación positiva de la gestión por parte de la Administración concedente.

El contrato de concesión celebrado entre la Administración autónoma de los monopolios estatales y el concesionario (en lo sucesivo, «contrato de concesión controvertido») disponía, en su artículo 4, apartado 1, que «la concesión, renovable una sola vez, tendrá una duración de nueve años, divididos en dos períodos de cinco y cuatro años, respectivamente, que empezará a correr el 1 de octubre de 2010. La continuación de la concesión durante el segundo período estará supeditada a la evaluación positiva de la Administración autónoma de los monopolios estatales, que deberá formularse durante el primer semestre del quinto año de la concesión». Al término de los cinco primeros años de explotación de la concesión, se autorizó su continuación para el segundo período, de conformidad con esta disposición contractual.

2. Decreto-ley n.º 148/2017, que entró en vigor el 16 de octubre de 2017, establecía, en su artículo 20, apartado 1, que la ADM, en virtud del artículo 21, apartados 3 y 4, del Decreto-ley n.º 78/2009, debe autorizar la continuación del contrato de concesión controvertido hasta la expiración del plazo máximo, previsto en su artículo 4, apartado 1, a fin de garanti-

<sup>5</sup> Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (DO 1989, L 395, p. 33)]

zar nuevos y mayores ingresos para el presupuesto del Estado.

Así las cosas y tras la solicitud de LOTE-RÍA de la renovación de la concesión, la Administración consideró conforme al interés público la misma y procedió a la ampliación de su duración sin iniciar un nuevo procedimiento como pretendían SISA y SASA.

### Cuestiones preliminares

1. La Directiva 2014/23 entró en vigor con posterioridad a la adjudicación de la concesión controvertida si bien antes de la renovación de la concesión.
2. Es jurisprudencia reiterada<sup>6</sup>, establecida en materia de contratos públicos y aplicable por analogía en materia de concesiones de servicios, que la legislación de la Unión aplicable a un contrato de concesión de servicios 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. En cambio, son inaplicables las disposiciones de una directiva cuyo plazo de adaptación del Derecho interno ha expirado después de ese momento.
3. En el presente asunto, la licitación se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea los días 15 de agosto de 2009 y 2 de abril de 2010, es decir, antes de que expirara, el 18 de abril de 2016, el plazo de transposición de la Directiva 2014/23 y la concesión se adjudicó antes del 17 de abril de 2014, de manera que, en cualquier caso, dicha adjudicación inicial queda fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/23, de conformidad con su artículo 54 antes citado.
4. Si un contrato de concesión contiene una cláusula de renovación que forma parte de su contenido inicial, la misma se registrará por la legislación en materia de contratos públicos aplicable a la concesión, pero, 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<sup>7</sup>.
5. En relación con este asunto es importante señalar que de conformidad con el artículo 43 de la Directiva 2014/23, ésta 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 conforme a las normas establecidas por dicha Directiva y en los que, por otra parte, tal procedimiento es necesario en caso de modificación de las condiciones de la concesión; y dado que toda medida nacional adoptada en un ámbito que haya sido armonizado con carácter exhaustivo en el Derecho de la Unión debe apreciarse, no a la luz de las disposiciones del Derecho primario, sino a la luz de las disposiciones de la medida de armonización<sup>8</sup>, se concluye que la cuestión

<sup>6</sup> Sentencia de 19 de diciembre de 2018, *Stanley International Betting et Stanleybet Malta*, C-375/17, EU:C:2018:1026, apartado 34 y jurisprudencia citada).

<sup>7</sup> 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 (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de septiembre de 2019, *Comisión/Italia*, C-526/17, EU:C:2019:756, apartado 60 y jurisprudencia citada).

de si la normativa nacional controvertida en los litigios principales introdujo modificaciones que exijan la convocatoria de un nuevo procedimiento de adjudicación debe apreciarse únicamente a la luz de las disposiciones de la Directiva 2014/23.

Así las cosas, la STJUE llega a las siguientes conclusiones:

1. El Derecho de la Unión y, en particular, el artículo 43, apartado 1, letra a), de la Directiva 2014/23/UE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que impone la renovación de un contrato de concesión sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación, en circunstancias en las que el contrato se adjudicó a un único concesionario, mientras el Derecho nacional aplicable establecía que la concesión debía adjudicarse en principio a una pluralidad de operadores económicos (cuatro como máximo), siempre que dicha normativa nacional constituya la aplicación de una cláusula del contrato de concesión inicial que contemple la opción de tal renovación.
2. El Derecho de la Unión y, en particular, el artículo 43, apartado 1, letra e), de la Directiva 2014/23, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que establece, por una parte, que la renovación de una concesión se decidirá dos años antes de su término y, por otra parte, una modificación de las modalidades de pago de la contraprestación económica debida por el concesionario, tal como figuraban en el contrato de concesión inicial, a fin de garantizar nuevos y mayores ingresos para el presupuesto del Estado, siempre que dicha modificación no sean sustancial, en el sentido del artículo 43, apartado 4, de esta Directiva.
3. El artículo 43, apartado 4, de la Directiva 2014/23 y el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665/CEE deben interpretarse en el sentido de que un operador económico puede interponer un recurso contra una decisión de renovación de una concesión sobre la base de la modificación sustancial de las condiciones de ejecución del contrato de concesión inicial, aun cuando no hubiera participado en el procedimiento de adjudicación inicial de dicha concesión, siempre que, en el momento en que deba producirse la renovación de la concesión, justifique un interés en obtener su adjudicación.

---

<sup>8</sup> Sentencia de 14 de julio de 2016, *Promoimpresa y otros*, C-458/14 y C-67/15, EU:C:2016:558, apartado 59 y jurisprudencia citada.