



Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Octava)

de 7 de septiembre de 2016*

«Procedimiento prejudicial — Contratos públicos — Directiva 2004/18/CE — Artículo 2 — Principio de igualdad de trato — Obligación de transparencia — Contrato para el suministro de un sistema de comunicaciones complejo — Dificultades de ejecución — Desacuerdo de las partes sobre las responsabilidades respectivas — Acuerdo transaccional — Reducción de la magnitud del contrato — Transformación de un alquiler de material en una venta — Modificación sustancial del contrato — Justificación por la oportunidad objetiva de alcanzar una solución amistosa»

En el asunto C-549/14,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Højesteret (Tribunal Supremo, Dinamarca), mediante resolución de 27 de noviembre de 2014, recibida en el Tribunal de Justicia el 2 de diciembre de 2014, en el procedimiento entre

Finn Frogne A/S

y

Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Octava),

integrado por el Sr. D. Šváby (Ponente), Presidente de Sala, y los Sres. J. Malenovský y M. Vilaras, Jueces;

Abogado General: Sra. E. Sharpston;

Secretario: Sr. A. Calot Escobar;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de Finn Frogne A/S, por las Sras. K. Dyekjær y C. Bonde y los Sres. P. Gjørtler, H.B. Andersen y S. Stenderup Jensen, advokater, así como por el Sr. J. Grayston, Solicitor;
- en nombre del Gobierno danés, por el Sr. C. Thorning, en calidad de agente, asistido por el Sr. P. Hedegaard Madsen, advokat;
- en nombre del Gobierno italiano, por la Sra. G. Palmieri, en calidad de agente, asistida por el Sr. P. Grasso, avvocato dello Stato;

* Lengua de procedimiento: danés.

- en nombre del Gobierno austriaco, por el Sr. M. Fruhmann, en calidad de agente;
- en nombre de la Comisión Europea, por la Sra. L. Grønfeldt y el Sr. A. Tokár, en calidad de agentes;

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oída la Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 2 de 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 (DO 2004, L 134, p. 114; corrección de errores en DO 2004, L 351, p. 44, y DO 2005, L 329, p. 40).
- 2 Esta petición se ha presentado en el marco de un litigio entre Finn Frogne A/S (en lo sucesivo, «Frogne») y el Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation (Centro de Comunicaciones de Emergencia de la Policía Nacional, Dinamarca; en lo sucesivo, «Centro de Comunicaciones») sobre la conformidad a Derecho de un acuerdo transaccional alcanzado por el Centro de Comunicaciones, en su condición de poder adjudicador, y Terma A/S, adjudicataria de un contrato público, en relación con la ejecución de este contrato.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

- 3 El considerando 2 de la Directiva 2004/18 está redactado así:

«La adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia. No obstante, para la adjudicación de contratos públicos por importes superiores a una determinada cantidad, es conveniente elaborar a escala comunitaria disposiciones de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación que estén basadas en dichos principios, de forma que queden garantizados sus efectos, y abrir a la competencia la contratación pública. Por consiguiente, dichas disposiciones de coordinación deben interpretarse con arreglo a las normas y principios antes mencionados y a las demás normas del Tratado.»
- 4 El artículo 2 de dicha Directiva, titulado «Principios de adjudicación de contratos», establece lo siguiente:

«Los poderes adjudicadores darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrarán con transparencia.»

5 El artículo 28 de dicha Directiva dispone lo siguiente:

«Para adjudicar sus contratos públicos, los poderes adjudicadores aplicarán los procedimientos nacionales, adaptados a efectos de la presente Directiva.

Adjudicarán estos contratos públicos haciendo uso del procedimiento abierto o del procedimiento restringido. [...] En los casos y circunstancias específicos previstos expresamente en los artículos 30 y 31, podrán recurrir a un procedimiento negociado, con o sin publicación del anuncio de licitación.»

6 El artículo 31 de la misma Directiva es del siguiente tenor:

«Los poderes adjudicadores podrán adjudicar contratos públicos por procedimiento negociado, sin publicación previa de un anuncio de licitación, en los casos siguientes:

1) respecto de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios:

[...]

c) en la medida en que sea absolutamente necesario, cuando la urgencia imperiosa, consecuencia de hechos imprevisibles para los poderes adjudicadores en cuestión, no es compatible con los plazos exigidos para los procedimientos abiertos, restringidos o negociados con publicación de un anuncio de licitación contemplados en el artículo 30. Las circunstancias alegadas para justificar la urgencia imperiosa no deberán en ningún caso ser imputables a los poderes adjudicadores;

[...]

4) respecto de los contratos públicos de obras y contratos públicos de servicios:

a) con relación a aquellas obras o servicios complementarios que no figuren en el proyecto contemplado inicialmente ni en el contrato inicial y que, debido a una circunstancia imprevista, pasen a ser necesarios para la ejecución de la obra o de los servicios tal y como estaban descritos, siempre que la adjudicación recaiga en el operador económico que ejecute dicha obra o dicho servicio:

— cuando esas obras o servicios complementarios no puedan separarse del contrato inicial técnica o económicamente sin ocasionar grandes inconvenientes a los poderes adjudicadores,

o bien

— cuando dichas obras o servicios, aunque se puedan separar de la ejecución del contrato inicial, sean estrictamente necesarios para su perfeccionamiento.

No obstante, el importe acumulado de los contratos adjudicados para las obras o servicios complementarios no podrá ser superior al 50 % del importe del contrato inicial;

[...]»

7 La 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), en su versión modificada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007 (DO 2007, L 335, p. 31) (en lo sucesivo, «Directiva 89/665»), contiene un artículo 2 *quinquies*, titulado «Ineficacia», que está redactado así:

«1. Los Estados miembros garantizarán que un órgano de recurso independiente del poder adjudicador declare la ineficacia del contrato, o que la ineficacia del contrato dimane de una decisión de dicho órgano, en los siguientes casos:

a) si el poder adjudicador ha adjudicado un contrato sin publicar previamente un anuncio de licitación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* siendo esta publicación obligatoria de conformidad con la Directiva 2004/18/CE;

[...]

4. Los Estados miembros establecerán que el apartado 1, letra a), del presente artículo no sea de aplicación si:

— el poder adjudicador considera que la adjudicación de un contrato sin publicación previa de un anuncio de licitación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* se puede admitir de conformidad con la Directiva 2004/18/CE,

— el poder adjudicador ha publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* un anuncio tal y como se describe en el artículo 3 *bis* de la presente Directiva, en el que manifieste su intención de celebrar el contrato, y si

— el contrato no se ha celebrado hasta transcurridos al menos diez días civiles a partir del día siguiente a la fecha de publicación de dicho anuncio.

[...]»

Litigio principal y cuestión prejudicial

8 En 2007, el Estado danés abrió un procedimiento de adjudicación de un contrato público, en forma de diálogo competitivo, para el suministro de un sistema global de comunicaciones común a todos los servicios de emergencia y el mantenimiento de ese sistema durante un cierto número de años. El Centro de Comunicaciones fue designado posteriormente autoridad pública competente para este contrato.

9 El contrato de que se trataba fue adjudicado a Terma. El importe total del contrato celebrado con esta empresa el 4 de febrero de 2008 ascendía a 527 millones de coronas danesas (DKK) (unos 70 629 800 euros), de las cuales 299 854 699 DKK (unos 40 187 000 euros) correspondían a la solución mínima descrita en el pliego de condiciones, mientras que el resto correspondía a opciones y a prestaciones de las que no era seguro que se solicitara su ejecución.

10 Al ejecutarse dicho contrato surgieron dificultades en cuanto al respeto de los plazos de entrega, con el Centro de Comunicaciones y Terma atribuyéndose mutuamente la responsabilidad por la imposibilidad de ejecutar el contrato tal como estaba previsto.

11 Tras unas negociaciones, las partes alcanzaron una solución de compromiso con arreglo a la cual el contrato se limitaría al suministro de un sistema de comunicaciones por radio para los cuerpos de policía regionales, de un valor aproximado de 35 000 000 de DKK (unos 4 690 000 euros), mientras que el Centro de Comunicaciones adquiriría dos granjas de servidores centrales, de un valor aproximado de 50 000 000 de DKK (unos 6 700 000 euros), que la propia Terma había adquirido con

intención de alquilarlas al Centro de Comunicaciones en ejecución del contrato inicial. En el acuerdo se estipulaba que ambas partes renunciarían a cualquier derecho derivado del contrato inicial que no figurase en el acuerdo transaccional.

- 12 Antes de alcanzar esta transacción, el Centro de Comunicaciones publicó el 19 de octubre de 2010 en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, con arreglo al artículo 2 *quinquies*, apartado 4, de la Directiva 89/665, un anuncio de transparencia previa voluntaria sobre el acuerdo transaccional que proyectaba celebrar con Terma.
- 13 Frogne, que no había solicitado ser preseleccionada para participar en el procedimiento de licitación relativo al contrato inicial, interpuso un recurso ante el *Klagenævnet for Udbud* (Comisión de recursos en materia de contratación pública, Dinamarca; en lo sucesivo, «Comisión de recursos»). Antes de pronunciarse sobre el fondo del recurso, esta Comisión decidió, mediante resolución de 10 de diciembre de 2010, no atribuirle efectos suspensivos.
- 14 El acuerdo transaccional se celebró el 17 de diciembre de 2010.
- 15 Mediante resolución de 3 de noviembre de 2011, la Comisión de recursos desestimó el recurso que Frogne había interpuesto ante ella.
- 16 El recurso judicial interpuesto por Frogne contra esta resolución fue desestimado igualmente mediante sentencia del *Østre Landsret* (Tribunal de apelación de la Región Oriental, Dinamarca) de 20 de diciembre de 2013.
- 17 En primer lugar, ese Tribunal consideró que la modificación del contrato inicial realizada por el acuerdo transaccional entre el Centro de Comunicaciones y Terma constituía una modificación sustancial de dicho contrato, en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.
- 18 En segundo lugar, el *Østre Landsret* (Tribunal de apelación de la Región Oriental) estimó no obstante, por una parte, que ese acuerdo transaccional no respondía a la voluntad de Terma y del Centro de Comunicaciones de renegociar los términos esenciales del contrato inicial al objeto de optimizar su colaboración posterior en condiciones sensiblemente diferentes, sino que había constituido una fórmula alternativa de solución del conflicto surgido entre las partes, como alternativa a la rescisión de dicho contrato en unas circunstancias en que resultaba imposible llevarlo a buen término, y que las dos partes habían aceptado renuncias importantes para alcanzar una solución aceptable, de magnitud claramente inferior a la del contrato inicial, pero que permitía evitar a ambas el riesgo de unas pérdidas seguramente desproporcionadas. Por otra parte, en opinión de ese Tribunal, no había razón para suponer que el Centro de Comunicaciones o Terma habían tenido la intención de eludir las normas de adjudicación de los contratos públicos.
- 19 En consecuencia, el *Østre Landsret* (Tribunal de apelación de la Región Oriental) consideró que los principios de igualdad de trato y de transparencia no se oponían a la celebración de este acuerdo transaccional, en la medida en que existía un estrecho vínculo entre el contrato inicial y las prestaciones estipuladas en el acuerdo. Ahora bien, éste era el caso en lo que respecta al suministro de un sistema de comunicaciones por radio para los cuerpos de policía regionales, pero no en lo referente a la venta de las dos granjas de servidores centrales. Teniendo en cuenta esta última circunstancia, dicho Tribunal juzgó que la decisión del Centro de Comunicaciones de recurrir al acuerdo transaccional controvertido en el litigio principal y la celebración de este acuerdo eran contrarias al principio de igualdad de trato y a la obligación de transparencia. En su opinión, el hecho de que la celebración del acuerdo hubiera permitido al poder adjudicador protegerse contra los riesgos que entrañaba una situación conflictiva no afectaba a la legitimidad de su celebración.

- 20 Sin embargo, el Østre Landsret (Tribunal de apelación de la Región Oriental) juzgó que no era manifiestamente errónea la tesis del Centro de Comunicaciones según la cual resultaba legítimo celebrar el acuerdo transaccional con Terma sin necesidad de publicar previamente un anuncio de licitación con arreglo a las normas de la Unión. Tomando en consideración el anuncio de transparencia previa voluntaria publicado por el poder adjudicador en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, con arreglo al artículo 2 *quinquies*, apartado 4, de la Directiva 89/665, en relación con el acuerdo transaccional que proyectaba celebrar con Terma y el hecho de que, antes de celebrar dicho acuerdo, el poder adjudicador había esperado, no sólo a que expirase el plazo de 10 días establecido en dicha norma, sino también a que la Comisión de recursos se pronunciara sobre los eventuales efectos suspensivos del recurso que ante ella había interpuesto Frogne, ese Tribunal estimó que no era posible declarar la ineficacia de este acuerdo, de modo que no procedía estimar el recurso interpuesto ante él.
- 21 Frogne ha recurrido esta sentencia ante el Højesteret (Tribunal Supremo, Dinamarca), alegando que la cuestión de si el contrato público proyectado en el marco de un acuerdo transaccional sobre un contrato público inicial debe someterse o no a un procedimiento de adjudicación depende únicamente de si la modificación así introducida en el contrato inicial tiene o no carácter sustancial. En el presente caso, a su juicio, la modificación era sustancial, tanto en lo que respecta al objeto del contrato modificado como al importe significativamente menor del mismo, pues el contrato modificado podía interesar a empresas más pequeñas. Por otra parte, sostiene que no es posible justificar una violación del principio de igualdad de trato y de la obligación de transparencia invocando consideraciones de carácter económico, ni tampoco la protección de la situación del adjudicatario.
- 22 El Centro de Comunicaciones hace referencia a los dos aspectos del acuerdo transaccional. Por un lado, en lo que respecta a la decisión de limitar el contrato al suministro de un sistema de comunicaciones por radio para los cuerpos de policía regionales exclusivamente, esta parte pone de relieve la importancia del hecho de que la modificación haya consistido en una considerable reducción de las prestaciones, situación que a su juicio no se rige por el Derecho de la Unión. Por otro lado, en lo que respecta a la decisión de comprar las granjas de servidores centrales, mientras que en el contrato inicial sólo se preveía alquilarlas, alega, en síntesis, que el hecho de disponer en propiedad de este material en vez de alquilarlo no constituye una modificación sustancial de dicho contrato.
- 23 En términos más generales, el Centro de Comunicaciones sostiene que, cuando surgen dificultades en la ejecución de un contrato —lo que no es inhabitual en ciertos tipos de contratos, como los referentes al desarrollo de sistemas informáticos—, es preciso reconocer un amplio margen de apreciación al poder adjudicador, a fin de permitirle llegar a una solución razonable para las dificultades de ejecución. En caso contrario, se obliga al poder adjudicador, bien a renunciar a adaptaciones razonables, bien a romper el contrato, con los riesgos y pérdidas que esto conlleva. A su juicio, interpretar la Directiva 2004/18 considerando que exige, en ese supuesto, celebrar un nuevo procedimiento de adjudicación de contratos públicos equivale, en la práctica, a impedir alcanzar un acuerdo transaccional, lo que constituye una injerencia en el Derecho de obligaciones no autorizada por los Tratados.
- 24 El Højesteret (Tribunal Supremo) se pregunta sobre el alcance del artículo 2 de la Directiva 2004/18, y en particular sobre la cuestión de si el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia implican que un poder adjudicador no puede proyectar celebrar un acuerdo transaccional para resolver las dificultades suscitadas por la ejecución de un contrato público sin verse automáticamente obligado a organizar una nueva licitación que tenga por objeto los términos de dicho acuerdo.
- 25 Según el mencionado Tribunal, la novedad con respecto a las situaciones anteriormente examinadas por el Tribunal de Justicia estriba en esas dificultades de ejecución, de las que no está claro si son imputables a una parte o a otra, y la cuestión que se plantea, en definitiva, es la de si existe la posibilidad de recurrir a un acuerdo transaccional para ponerles fin sin verse obligado a organizar una nueva licitación.

- 26 En este contexto, el Højesteret (Tribunal Supremo) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Debe interpretarse el artículo 2 de la Directiva 2004/18, en relación con las sentencias del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2008, *pressetext Nachrichtenagentur* (C-454/06, EU:C:2008:351), y de 13 de abril de 2010, *Wall* (C-91/08, EU:C:2010:182), en el sentido de que un acuerdo transaccional que limita y modifica las prestaciones inicialmente convenidas en un contrato que ya fue objeto de una licitación y recoge el compromiso recíproco de las partes de renunciar a ejercer acciones legales por incumplimiento del contrato, a fin de evitar litigios posteriores, constituye un contrato que debe ser objeto a su vez de un procedimiento de licitación, en el supuesto de que existan dificultades para la ejecución del contrato inicial?»

Sobre la cuestión prejudicial

- 27 Mediante la cuestión planteada, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 2 de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que, con posterioridad a la adjudicación de un contrato público, no es posible introducir en él una modificación sustancial sin abrir un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato, ni siquiera en el supuesto de que esa modificación constituya, objetivamente, una solución de compromiso que implique renunciaciones recíprocas de ambas partes y pretenda poner fin a un conflicto de resultado incierto, nacido de las dificultades que la ejecución del contrato plantea.
- 28 Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que de él se deriva impiden que, con posterioridad a la adjudicación de un contrato público, el poder adjudicador y el adjudicatario introduzcan en las estipulaciones de ese contrato modificaciones tales que esas estipulaciones presentarían características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial. Concorre esta circunstancia cuando las modificaciones previstas tengan por efecto, o bien ampliar en gran medida el contrato incluyendo en él elementos no previstos, o bien alterar el equilibrio económico del contrato en favor del adjudicatario, o también cuando esas modificaciones puedan llevar a que se reconsidere la adjudicación de dicho contrato, en el sentido de que, si las modificaciones se hubieran incluido en la documentación que regía el procedimiento inicial de adjudicación del contrato, o bien se habría seleccionado otra oferta, o bien habrían podido participar otros licitadores (véase en este sentido, en particular, la sentencia de 19 de junio de 2008, *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351, apartados 34 a 37).
- 29 En cuanto a este último caso, procede señalar que una modificación de los elementos de un contrato que consista en una reducción de la magnitud del objeto del contrato puede tener como consecuencia ponerlo al alcance de un mayor número de operadores económicos. En efecto, en la medida en que la magnitud inicial del contrato fuera tal que únicamente ciertas empresas estaban en condiciones de presentar sus candidaturas y de formular una oferta, la reducción de la magnitud de dicho contrato puede hacerlo interesante igualmente para operadores económicos de menor tamaño. Por otra parte, como el artículo 44, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18 dispone que los niveles mínimos de capacidad exigidos para un contrato determinado deben estar vinculados y ser proporcionales al objeto del contrato, la reducción del objeto del contrato puede dar lugar a una reducción proporcional de los requisitos de capacidad exigidos a los candidatos o licitadores.
- 30 En principio, no es posible introducir una modificación sustancial en un contrato público ya adjudicado mediante una negociación directa entre el poder adjudicador y el adjudicatario, pues ello requiere un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato así modificado (véase, por analogía, la sentencia de 13 de abril de 2010, *Wall*, C-91/08, EU:C:2010:182, apartado 42). Sólo cabría una conclusión diferente en el caso de que esa modificación ya se hubiera previsto en las cláusulas del contrato inicial (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de junio de 2008, *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351, apartados 37, 40, 60, 68 y 69).

- 31 No obstante, se desprende de la resolución de remisión que, según el análisis del Østre Landsret (Tribunal de apelación de la Región Oriental), al que el Højesteret (Tribunal Supremo) se remite, la particularidad de la situación examinada en el litigio principal estriba en el hecho de que la modificación del contrato, calificada de sustancial, no era el resultado de la voluntad de las partes de renegociar los términos esenciales del contrato que las vinculaba inicialmente, en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia antes mencionada, sino que se debía a dificultades objetivas, y de consecuencias imprevisibles, encontradas en la ejecución del contrato, dificultades cuyo carácter imprevisible en el caso de los contratos complejos, como los que requieren desarrollar sistemas informáticos —tal como el contrato que aquí se examina—, ha sido puesto de relieve por algunos de los interesados que han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia.
- 32 Sin embargo, procede hacer constar que ni el hecho de que una modificación sustancial de los términos de un contrato público se deba no a la voluntad deliberada del poder adjudicador y del adjudicatario de renegociar los términos de dicho contrato, sino a su voluntad de hallar una solución de compromiso a las dificultades objetivas encontradas en la ejecución de dicho contrato, ni el carácter objetivamente aleatorio de la realización de ciertas actividades pueden justificar que se decida proceder a esa modificación sin respetar el principio de igualdad de trato, que debe beneficiar a todas las empresas potencialmente interesadas en un contrato público.
- 33 En primer lugar, por lo que respecta a las razones que pueden llevar al poder adjudicador y al adjudicatario de un contrato a proyectar una modificación sustancial del mismo que requiere la apertura de un nuevo procedimiento de adjudicación, es preciso indicar, por una parte, que no constituye un criterio determinante la referencia a la voluntad deliberada de las partes de renegociar los términos de ese contrato. Es cierto que se hizo referencia a esta intención en el apartado 44 de la sentencia de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia (C-337/98, EU:C:2000:543), primera sentencia en la que el Tribunal de Justicia examinó esta problemática. Sin embargo, como se desprende de los apartados 42 a 44 de dicha sentencia, esa formulación presentaba un interés circunstancial en el contexto de hecho específico del asunto en que se dictó la sentencia. Por el contrario, la calificación de modificación sustancial debe analizarse desde un punto de vista objetivo, aplicando los criterios recordados en el apartado 28 de la presente sentencia.
- 34 Por otra parte, se desprende del apartado 40 de la sentencia de 14 de noviembre de 2013, Belgacom (C-221/12, EU:C:2013:736), que no es posible hacer abstracción de los principios de igualdad de trato y de no discriminación ni de la consiguiente obligación de transparencia, que se derivan del Tratado FUE, cuando se proyecta modificar sustancialmente un contrato de concesión de servicios o de atribución de un derecho exclusivo con objeto de aportar una solución razonable que pueda poner fin a un conflicto surgido entre unas entidades públicas y un operador económico, por razones totalmente independientes de su voluntad, en cuanto al alcance del convenio que las une. Dado que estos principios y esta obligación constituyen el fundamento del artículo 2 de la Directiva 2004/18, como muestra la lectura del segundo considerando de la misma, la conclusión mencionada resulta igualmente válida en el marco de la aplicación de esta Directiva.
- 35 En segundo lugar, por lo que respecta al carácter objetivamente aleatorio de la realización de ciertas actividades que pueden ser objeto de un contrato público, ciertamente es útil recordar que, según el artículo 31 de la Directiva 2004/18, en diversos casos, varios de los cuales se caracterizan por la imprevisibilidad de algunas de sus circunstancias, los poderes adjudicadores pueden adjudicar un contrato directamente, es decir, negociando los términos del contrato con el operador económico seleccionado sin publicación previa de un anuncio de licitación. No obstante, se desprende de los propios términos de la última frase del artículo 28, párrafo segundo, que el artículo 31 sólo puede aplicarse en los casos y circunstancias específicos previstos expresamente en ese mismo artículo, de modo que la enumeración de las excepciones de que se trata debe considerarse limitativa. Pues bien, no se observa que la situación examinada en el litigio principal corresponda a alguno de esos supuestos.

- 36 Por otra parte, el propio hecho de que ciertos contratos públicos puedan considerarse desde el primer momento, a causa de su objeto, contratos que presentan un carácter aleatorio permite anticipar el riesgo de que surjan dificultades en la fase de ejecución de los mismos. Por lo tanto, para un contrato de este tipo, incumbe al poder adjudicador, no sólo recurrir al procedimiento de adjudicación más adaptado, sino además determinar con precaución el objeto del contrato. Además, como se deduce del apartado 30 de la presente sentencia, el poder adjudicador puede reservarse la posibilidad de introducir ciertas modificaciones, incluso sustanciales, en el contrato con posterioridad a su adjudicación, a condición de que lo haya establecido así en la documentación que rige el procedimiento de adjudicación.
- 37 En efecto, aunque el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia deben respetarse incluso en relación con los contratos públicos especiales, ello no impide tomar en consideración los rasgos específicos de tales contratos. La conciliación de este imperativo jurídico y de esta necesidad concreta requiere, por una parte, un respeto estricto de las condiciones del contrato establecidas en la documentación del mismo hasta que finalice la fase de ejecución de ese contrato, pero también, por otra parte, la posibilidad de establecer expresamente en esa documentación la facultad del poder adjudicador de adaptar determinadas condiciones de dicho contrato, incluso importantes, con posterioridad a su adjudicación. Al establecer expresamente esa facultad y determinar el modo de aplicarla en dicha documentación, el poder adjudicador garantiza que todos los operadores económicos interesados en participar en ese contrato tengan conocimiento de ello desde el principio y se encuentren así en pie de igualdad en el momento de formular su oferta (véase, por analogía, la sentencia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, apartados 112, 115, 117 y 118).
- 38 En cambio, si estas previsiones no figuran en la documentación del contrato, la necesidad de aplicar idénticas condiciones a todos los operadores económicos en un contrato público dado exige, en caso de modificación sustancial del contrato, abrir un nuevo procedimiento de adjudicación (véase, por analogía, la sentencia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, apartado 127).
- 39 Por último, es preciso señalar que el conjunto de razonamientos expuestos se formula sin perjuicio de las consecuencias potenciales del anuncio de transparencia previa voluntaria que se publicó en relación con el contrato controvertido en el litigio principal.
- 40 Habida cuenta de las consideraciones expuestas, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 2 de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que, con posterioridad a la adjudicación de un contrato público, no es posible introducir en él una modificación sustancial sin abrir un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato, ni siquiera en el supuesto de que esa modificación constituya, objetivamente, una solución de compromiso que implique renuncias recíprocas de ambas partes y pretenda poner fin a un conflicto de resultado incierto, nacido de las dificultades que la ejecución del contrato plantea. Sólo cabría una conclusión diferente en el caso de que la documentación de dicho contrato estableciera la facultad de adaptar determinadas condiciones del mismo, incluso importantes, con posterioridad a su adjudicación y determinara el modo de aplicar esa facultad.

Costas

- 41 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia sin ser partes del litigio principal no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Octava) declara:

El artículo 2 de la de 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, debe interpretarse en el sentido de que, con posterioridad a la adjudicación de un contrato público, no es posible introducir en él una modificación sustancial sin abrir un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato, ni siquiera en el supuesto de que esa modificación constituya, objetivamente, una solución de compromiso que implique renunciaciones recíprocas de ambas partes y pretenda poner fin a un conflicto de resultado incierto, nacido de las dificultades que la ejecución del contrato plantea. Sólo cabría una conclusión diferente en el caso de que la documentación de dicho contrato estableciera la facultad de adaptar determinadas condiciones del mismo, incluso importantes, con posterioridad a su adjudicación y determinara el modo de aplicar esa facultad.

Firmas