



# Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL  
SRA. ELEANOR SHARPSTON  
presentadas el 21 de marzo de 2019<sup>1</sup>

**Asunto C-526/17**

**Comisión Europea  
contra**

**República Italiana**

«Incumplimiento de Estado — Directiva 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios — Concesión de obras públicas — Prórroga de una concesión existente para la construcción y gestión de una autopista sin publicación de un anuncio de licitación»

1. En 1969 se adjudicó un contrato de concesión de obras públicas sin seguir un procedimiento de contratación pública para una autopista que debía construirse entre Livorno y Civitavecchia, en la costa occidental de Italia. Ese contrato fue posteriormente modificado mediante contratos adicionales en 1987, 1999 y 2009. En ninguna de estas ocasiones el contrato adicional vino precedido de un procedimiento de contratación pública.
2. La Comisión Europea ha iniciado un procedimiento por incumplimiento con arreglo al artículo 258 TFUE contra la República Italiana. Considera que el contrato celebrado en 2009 constituyó una modificación sustancial del contrato original y que, por tanto, debería haber sido objeto de un procedimiento de adjudicación de contratos con arreglo a la Directiva 2004/18/CE.<sup>2</sup> La República Italiana niega esta afirmación.

## Marco jurídico

### *Derecho de la Unión*

3. El artículo 1, apartado 2, de la Directiva 2004/18 define los «contratos públicos de obras» como «los contratos públicos cuyo objeto sea bien la ejecución, o bien conjuntamente el proyecto y la ejecución de obras relativas a una de las actividades mencionadas en el anexo I [<sup>3</sup>] o de una obra, bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador». El artículo 1, apartado 2, continúa señalando que «una “obra” es el resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil destinado a cumplir por sí mismo una función

<sup>1</sup> Lengua original: inglés.

<sup>2</sup> Directiva 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), derogada por la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública (DO 2014, L 94, p. 65).

<sup>3</sup> El anexo I incluye la «construcción de autopistas».

económica o técnica». El artículo 1, apartado 3, define la «concesión de obras públicas» como «un contrato que presente las mismas características que el contrato público de obras, con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio».

4. El artículo 2 de la Directiva 2004/18 preceptúa que «los poderes adjudicadores darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrarán con transparencia».

5. El artículo 56 establece que las normas aplicables a las concesiones de obras públicas «se aplicará[n] a todos los contratos de concesión de obras públicas celebrados por los poderes adjudicadores cuando el valor de dichos contratos sea igual o superior a 5 150 000 EUR». <sup>4</sup>

6. El artículo 58 dispone que:

«1. Los poderes adjudicadores que deseen recurrir a la concesión de obras públicas darán a conocer su intención por medio de un anuncio.

2. Los anuncios de concesión de obras públicas se elaborarán con arreglo a los formularios normalizados adoptados por la Comisión con arreglo al procedimiento contemplado en el apartado 2 del artículo 77 y en ellos se especificará la información contemplada en el anexo VII C y, en su caso, cualquier otra información que el poder adjudicador considere conveniente.

3. Los anuncios se publicarán de conformidad con los apartados 2 a 8 del artículo 36.

4. El artículo 37 relativo a la publicación de los anuncios será también de aplicación a las concesiones de obras públicas».

7. El artículo 61 establece que:

«La presente Directiva no será de aplicación a las obras complementarias que el poder adjudicador confíe al concesionario y que no figuren en el proyecto de concesión previsto inicialmente ni en el contrato inicial y que, debido a una circunstancia imprevista, pasen a ser necesarios para la ejecución de la obra tal y como estaba descrita, siempre que la adjudicación recaiga en el operador económico que ejecute dicha obra:

- cuando esas obras complementarias no puedan separarse del contrato inicial técnica o económicamente sin ocasionar grandes inconvenientes a los poderes adjudicadores, o
- cuando dichas obras, aunque se puedan separar de la ejecución del contrato inicial, sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento.

No obstante, el importe acumulado de los contratos adjudicados para las obras complementarias no podrá ser superior al 50 % del importe de la obra inicial objeto de la concesión.»

8. El artículo 80, apartado 1, preceptúa que «los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva a más tardar el 31 de enero de 2006».

<sup>4</sup> En su redacción dada por el Reglamento (CE) n.º 1422/2007 de la Comisión, de 4 de diciembre de 2007, por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a los umbrales de aplicación en los procedimientos de adjudicación de contratos (DO 2007, L 317, p. 34).

## Marco fáctico y procesal

### *Contrato de 1969*

9. El 23 de octubre de 1969 se celebró un contrato de concesión de obras públicas entre el poder adjudicador Azienda Nazionale Autonoma delle Strade (Sociedad Nacional Autónoma de Carreteras, Italia; en lo sucesivo, «ANAS») y el operador económico Società Autostrada Tirrenica (en lo sucesivo, «SAT»)<sup>5</sup> (en lo sucesivo, «contrato de 1969»).

10. El artículo 1, apartado 1, de dicho contrato describía su objeto como la construcción y la gestión de la autopista A12 desde Livorno (Cecina) a Civitavecchia (en lo sucesivo, «autopista»)<sup>6</sup>. El artículo 1, apartado 2, precisaba que la longitud total de la autopista sería de «aproximadamente 237 km».

11. El artículo 7 establecía que «la concesión se extinguirá al término del trigésimo año a contar desde el comienzo de la explotación de la totalidad de la autopista; en todo caso, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5, apartados 5 y 6, su duración no excederá del trigésimo año a contar desde la fecha en que finalicen las obras descritas en el plan general de ejecución de obras al que se refiere el artículo 5, apartados 1 y 2».

### *Contrato de 1987*

12. El 14 de octubre de 1987, las mismas partes concluyeron un contrato adicional (en lo sucesivo, «contrato de 1987»). Según el Gobierno italiano, dicho contrato sustituyó el artículo 7 del contrato de 1969 por la siguiente disposición: «La duración de la presente concesión se fija en treinta años a contar desde la fecha en la que se abra al tráfico la autopista en su totalidad».

### *Contrato de 1999*

13. El 7 de octubre de 1999 las mismas partes celebraron un nuevo contrato (en lo sucesivo, «contrato de 1999»). El artículo 2, apartado 1, de dicho contrato disponía que «el presente acuerdo regulará la relación jurídica entre la autoridad adjudicadora de la concesión y el concesionario en relación con la explotación del tramo de 36,6 km que transcurre entre Livorno y Cecina, que se abrió al tráfico el 3 de julio de 1993 y que forma parte integrante de la autopista A12 Livorno-Civitavecchia, cuya concesión para la construcción y la explotación ha sido adjudicada a la SAT».

14. Además, el artículo 2, apartado 3, establecía que «cuando se cumplan las condiciones de hecho y de Derecho para la continuación del programa de construcción en relación con el cual se ha adjudicado la concesión, se suscribirá una adenda con el fin de establecer un marco contractual para la construcción y explotación de dos tramos adicionales: Cecina-Grosseto y Grosseto-Civitavecchia».

15. El artículo 23 llevaba por título «Duración de la concesión». Preceptuaba que «la concesión se extinguirá el 31 de octubre de 2028».

5 En un sentido estricto, el mar Tirreno, del que deriva el nombre del operador económico, es la parte del Mediterráneo frente a la costa occidental de Italia que se encuentra delimitada al sur por Sicilia, al oeste por Cerdeña y Córcega, y al norte por la isla de Elba, incluido el golfo de Follonica. Las aguas desde allí hasta el propio Livorno forman parte del mar de Liguria. Véase el sitio web del Istituto Idrografico della Marina (<http://www.marina.difesa.it>).

6 El término «autopista», tal como se emplea en las presentes conclusiones, se define en el artículo 1, apartado 2, del contrato de 1969 como «una carretera con dos calzadas de 7,5 metros de ancho cada una, separadas por una mediana y flanqueadas por arcenes».

### **Contrato de 2009**

16. El 11 de marzo de 2009, se celebró otro contrato adicional entre las mismas partes (en lo sucesivo, «contrato de 2009»). El preámbulo de dicho contrato establecía, en particular, que el 7 de octubre de 1999 se suscribió el nuevo contrato entre la ANAS y la SAT, ratificado mediante Decreto de 21 de diciembre de 1999, inscrito ante la Corte dei Conti (Tribunal de Cuentas, Italia) el 11 de abril de 2000, que sustituyó al contrato anterior de 23 de octubre de 1969 y a la adenda relativa a dicho contrato de 14 de octubre de 1987, y que, *inter alia*, estableció que la concesión se extinguiría el 31 de octubre de 2028.

17. El artículo 1.4, preveía que «las partes reconocen que no tienen ningún derecho, interés o pretensión, real o potencial, en relación con el contrato de 7 de octubre de 1999 o de ningún otro acto o medida adoptados con anterioridad a la celebración del presente acuerdo».

18. El artículo 2.1, establecía que «el presente contrato, que constituye un único acuerdo, regulará de forma plena y exclusiva la relación jurídica entre la autoridad concedente y el concesionario en lo referente a la elaboración del proyecto, la construcción y la explotación de todas las obras anteriormente adjudicadas con arreglo al contrato de concesión suscrito con la ANAS el 7 de octubre de 1999: a) A12 Livorno-Cecina (Rosignano) 36,6 km (abierto al tráfico el 3 de julio de 1993); b) Cecina (Rosignano)-Grosseto, 110,5 km; c) Grosseto-Civitavecchia, 95.5 km; esto representa un total de 242,6 km».

19. La primera parte del artículo 4.1, disponía que «habida cuenta de los períodos en los que se ha suspendido la ejecución de las obras, según lo mencionado en el preámbulo y en el artículo 143 del Decreto Legislativo n.º 163/2006, la concesión para la finalización de la autopista Cecina (Rosignano)-Civitavecchia se extinguirá el 31 de diciembre de 2046».

20. La segunda parte del artículo 4.1, establecía que «si la autoridad concedente no hubiera aprobado el proyecto definitivo y el plan económico y financiero (PEF) correspondiente a dicho proyecto para la ejecución del tramo Cecina-Civitavecchia a más tardar el 31 de diciembre de 2012, las partes determinarán las consecuencias económicas y financieras de este hecho, incluidos los costes de inversión en que se haya incurrido, basándose en la extinción de la concesión en la fecha inicialmente estipulada, esto es, el 31 de octubre de 2028».

### **Progreso de las obras**

21. El preámbulo del contrato de 2009 señala que se suspendieron las obras en la autopista en virtud del artículo 11 de la Ley n.º 287, de 28 de abril de 1971,<sup>7</sup> y del artículo 18 *bis* del Decreto-ley n.º 376, de 13 de agosto de 1975,<sup>8</sup> que posteriormente se convalidó mediante la Ley n.º 492, de 16 de octubre de 1975.<sup>9</sup> Dicha suspensión se levantó posteriormente en virtud de los artículos 9 y 14 de la Ley n.º 531/1982, promulgada el 12 de agosto de 1982.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Legge n. 287, Modifiche ed integrazioni all'attuale legislazione autostradale (Ley n.º 287, por la que se modifica y complementa la legislación en materia de autopistas), GURI n.º 137, de 1 de junio de 1971.

<sup>8</sup> Decreto-legge n. 376, Provvedimenti per il rilancio dell'economia riguardanti le esportazioni, l'edilizia e le opere pubbliche (Decreto-ley n.º 376, por el que se adoptan medidas de recuperación económica en materia de exportación, construcción y obras públicas), GURI n.º 218, de 18 de agosto de 1975.

<sup>9</sup> Legge n. 492, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 de agosto de 1975, n. 376, concernente provvedimenti per il rilancio dell'economia riguardanti le esportazioni, l'edilizia e le opere pubbliche (Ley n.º 492, de convalidación, con enmiendas, del Decreto-ley de 13 de agosto de 1975, n.º 376, relativo a las medidas para reactivar la economía en lo tocante a las exportaciones la construcción y las obras públicas), GURI n.º 276, de 17 de octubre de 1975.

<sup>10</sup> Legge n. 531, Piano decennale per la viabilità di grande comunicazione e misure di riassetto del settore autostradale (Ley n.º 531, por la que se aprueba un plan decenal para la viabilidad de las carreteras principales y de las medidas de reestructuración del sector de las autopistas), GURI n.º 223, de 14 de agosto de 1982.

22. Está acreditado que el tramo final de la autopista, que recorre los 36,6 kilómetros que separan Livorno y Cecina (Rosignano), se abrió al tráfico el 3 de julio de 1993. Los tramos segundo y tercero de la autopista, desde Cecina (Rosignano) a Grosseto y desde Grosseto a Civitavecchia, respectivamente, no se construyeron en esa época. Posteriormente solo se han completado tramos menores.<sup>11</sup>

23. El preámbulo del contrato de 2009 indica asimismo que las obras de la autopista se suspendieron de nuevo en virtud del artículo 55, apartado 12, de la Ley n.º 449, de 27 de diciembre de 1997,<sup>12</sup> y que dicha suspensión se levantó en virtud de la Ley n.º 443 de 21 de diciembre de 2001.<sup>13</sup> Según el Gobierno italiano, la Ley n.º 286, de 24 de noviembre de 2006, y la Ley n.º 101, de 6 de junio de 2008, exigían también la consolidación de los contratos de concesión existentes. El contrato de 2009 se celebró habida cuenta de estas disposiciones.

24. Ni la Comisión ni el Gobierno italiano han facilitado información acerca de ninguna modificación legislativa posterior en Italia que pueda afectar a la validez del contrato de concesión.<sup>14</sup>

### ***Procedimiento administrativo previo***

25. En 2009, la Comisión recibió una denuncia en relación con la prórroga (del 31 de octubre de 2028 al 31 de diciembre de 2046) del plazo del contrato de concesión de obras públicas adjudicado a la SAT. La Comisión abrió diligencias en relación con dicha denuncia, que quedó inscrita bajo el número de expediente 2009/4154. El intercambio de correspondencia entre la Comisión e Italia revela que Italia se comprometió a reducir el plazo en tres años, hasta 2043, y a someter la adjudicación de todas las obras de la autopista a un procedimiento de adjudicación de contratos. Sobre la base de este compromiso, la Comisión decidió no continuar dando curso a la denuncia n.º 2009/4154.

26. Parece que la SAT cedió aproximadamente el 30 % del valor de las obras a sociedades controladas por esta, en dos tramos que tenían unos importes totales de 34 724 661 euros y 117 323 225 euros, respectivamente, los días 15 de diciembre de 2009 y 30 de marzo de 2012.

27. El 22 de abril de 2014, la Comisión remitió un escrito a Italia en el que detallaba su posición formal en el sentido de que al ampliar el plazo del contrato de concesión mediante el contrato de 2009 sin llevar a cabo un procedimiento de contratación pública, Italia había infringido la Directiva 2004/18, en particular sus artículos 2 y 58, y que el artículo 61 de dicha Directiva no era aplicable a las circunstancias del caso.

28. En junio de 2014, Italia ofreció sacar a concurso público el 70 % de las obras y reiteró su oferta de reducir el plazo de la concesión en tres años.

29. El 17 de octubre de 2014, la Comisión envió a Italia un dictamen motivado. En este se negaba a aceptar que 30 % de las obras *no* fueran objeto de un procedimiento de contratación pública. La Comisión consideró que prorrogar el contrato hasta 2046 había sido equiparable a adjudicar un nuevo contrato y que «dado que la ANAS ha[bía] celebrado un contrato con la SAT, por el que se prorrogaba

<sup>11</sup> Véase el punto 36 de las presentes conclusiones.

<sup>12</sup> Legge n. 449, Misure per la stabilizzazione della finanza pubblica (Ley n.º 449, por la que se adoptan medidas para estabilizar la Hacienda Pública), GURI n.º 302, de 30 de diciembre de 1997.

<sup>13</sup> Legge n. 443, Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive (Ley n.º 443, por la que se acuerda delegar en el Gobierno facultades en materia de infraestructura estratégica e instalaciones de producción, así como de otras intervenciones para la reactivación de las actividades productivas), GURI n.º 299, de 27 de diciembre de 2001.

<sup>14</sup> Parece que el trazado propuesto para la construcción de esta autopista en concreto ha dado lugar a controversias y que se han planteado cuestiones relativas, entre otros aspectos, a su impacto medioambiental (véase [wikivisually.com](http://wikivisually.com)). No entro a examinar esta polémica en las presentes conclusiones.

la fecha de finalización de la concesión de la autopista A12 Civitavecchia-Livorno del 31 de octubre de 2028 al 31 de diciembre de 2046, sin haber publicado previamente un anuncio de licitación, la República Italiana ha[bía] incumplido sus obligaciones en virtud de los artículos 2 y 58 de la Directiva 2004/18».

30. A raíz del dictamen motivado, Italia propuso diversos compromisos con el fin de resolver su litigio con la Comisión. Fueron los siguientes:

- El 27 de octubre de 2014, Italia remitió a la Comisión un borrador de contrato con una reducción de tres años en el plazo y un compromiso de sacar a concurso público el 100 % de las obras para adjudicárselas a terceros;
- el 26 de junio de 2015, Italia remitió a la Comisión un borrador de contrato con una reducción de seis años en el plazo y un compromiso de sacar a concurso público el 100 % de las obras;
- el 22 de julio de 2015, Italia remitió a la Comisión un borrador de contrato en el que proponía una reducción en el plazo de 2046 a 2040 y la adjudicación del 100 % de las obras mediante un procedimiento de contratación pública. Además, la SAT se vería privada de su contrato si no adjudicara dichas obras a terceros y la fecha de finalización del plazo se adelantaría a 2028 si el borrador de contrato no hubiera sido aprobado a más tardar el 28 de febrero de 2017;
- el 24 de julio de 2015, Italia facilitó aclaraciones adicionales sobre el motivo por el cual fue necesario ampliar el plazo, indicando que los retrasos en las obras habían sido causados, entre otros motivos, por la falta de fondos públicos y cuestiones relativas a la seguridad pública.

31. El 8 de marzo de 2016, la Comisión solicitó a Italia que adoptara todas las medidas necesarias para resolver el contrato de concesión de obras públicas a más tardar el 31 de octubre de 2028, como se establecía anteriormente en el contrato de 1999.

32. En respuesta, el 18 de noviembre de 2016 Italia remitió pruebas a la Comisión, en forma de una escritura notarial, en el sentido de que la SAT se había comprometido a sacar a concurso todas las obras. Italia también planteó la posibilidad de adelantar la fecha de finalización del plazo de la concesión de 2046 a 2038.

### ***Procedimiento contencioso***

33. La Comisión consideró que las respuestas de Italia no eran satisfactorias. En consecuencia, el 4 de septiembre de 2017 inició un procedimiento de infracción con arreglo al artículo 258 TFUE, solicitando una declaración de que «al aplazar la expiración del contrato de obras relativo a la autopista A12 Civitavecchia-Livorno hasta el 31 de diciembre de 2046 sin haber publicado ningún anuncio de licitación, la República Italiana ha incumplido sus obligaciones con arreglo a los artículos 2 y 58 de la Directiva 2004/18 [...] en su versión modificada». La Comisión también solicitó que se condenara a la República Italiana al pago de las costas del procedimiento.

34. La Comisión y el Gobierno italiano presentaron alegaciones escritas y el Gobierno italiano presentó una respuesta escrita a la pregunta escrita del Tribunal de Justicia, sobre la cual la Comisión ha presentado sus observaciones.

35. Esa cuestión se refería a las inversiones ya realizadas por la SAT en la construcción de la autopista y las inversiones proyectadas hasta 2028, junto con la inversión total respecto de la cual, según se alegaba, la SAT no recibiría una remuneración suficiente si la concesión expiraba en 2028. En su respuesta de 3 de octubre de 2018 al Tribunal de Justicia, el Gobierno italiano expuso que:

- i) En el período comprendido entre 2009 y 2017, la SAT invirtió 253,136 millones de euros en dos tramos de autopista desde Cecina (Rosignano) a San Pietro in Palazzi y desde Tarquinia Sud a Civitavecchia, ambos abiertos al tráfico posteriormente.
- ii) En el plan económico y financiero desde 2011, basado en el contrato de 2009, se proyectó que la SAT invertiría 3 411,7 millones de euros para finalizar la autopista a más tardar en 2028, de los cuales 253,136 millones de euros identificados más arriba se referían a obras planeadas para el período comprendido entre 2009 y 2015. Si el contrato se resolviera en 2028, la SAT perdería ingresos por un importe estimado de 1 135,7 millones de euros durante el período comprendido entre 2028 y 2046.
- iii) En el plan económico y financiero desde 2016, basado en los compromisos propuestos por Italia a la Comisión durante el procedimiento administrativo previo, la inversión total que debía realizar la SAT hasta 2023 era de 1 400 millones de euros. Dado que ya se habían invertido 253,136 millones de euros, eso dejaba 1 146,86 millones de euros pendientes de invertir. Si el contrato se resolviera en 2028, la SAT perdería ingresos por un importe estimado de 505,185 millones de euros en el período comprendido entre 2028 y 2038 (siendo esta una de las fechas para la extinción de la concesión propuestas por Italia durante el procedimiento administrativo previo).<sup>15</sup>

36. En sus observaciones de 25 de octubre de 2018 sobre dicha respuesta escrita, la Comisión señaló que el calendario de las inversiones empleado por el Gobierno italiano no coincidía con el calendario especificado en la pregunta del Tribunal de Justicia. La Comisión también observó que, según el propio sitio web de la SAT, el tramo de autopista desde Cecina (Rosignano) a San Pietro in Palazzi se abrió en 2012, y que el que transcurre entre Tarquinia Sud y Civitavecchia lo fue en 2016. La Comisión señaló que se había indicado que el tramo total de autopista que estaba finalizado a día de hoy era de 54,6 km. Eso representaba unos 18 km más que los 36,6 km completados en 1993. Por último, la Comisión observó que, según la información disponible en la prensa, el Gobierno italiano había renunciado a continuar las obras en la autopista proyectada en 2017, ya que en su lugar prefería renovar las carreteras existentes.<sup>16</sup>

37. Se celebró una vista el 12 de diciembre de 2018 en la que Italia y la Comisión formularon observaciones adicionales y respondieron a las preguntas del Tribunal de Justicia.

## **Observaciones preliminares**

### ***Aplicabilidad de la Directiva 2004/18***

38. Italia niega la aplicabilidad de la Directiva 2004/18 a un contrato que se celebró originalmente en 1969, antes del desarrollo de la jurisprudencia o el Derecho secundario pertinentes sobre contratación pública.

<sup>15</sup> Véase el punto 30 de las presentes conclusiones.

<sup>16</sup> La Comisión hizo referencia a un artículo aparecido en *Il Fatto Quotidiano* fechado el 15 de abril de 2017, que adjuntó como un anexo a sus observaciones.

39. No comparto las dudas de Italia. Aunque es posible que el propio contrato inicial estuviera fuera del ámbito de las normas de contratación pública, no se desprende de ello que todas las modificaciones del contrato deban quedar igualmente excluidas del ámbito de aplicación de las normas de contratación pública.

40. En la sentencia *Belgacom*<sup>17</sup> el Tribunal de Justicia declaró que «procede admitir ciertamente que el principio de seguridad jurídica, que es un principio general del Derecho de la Unión, puede justificar que se respeten los efectos jurídicos de un convenio incluso, en la medida en que lo exija este principio, en el caso de un convenio celebrado antes de que el Tribunal de Justicia se haya pronunciado sobre las implicaciones del Derecho primario con respecto a los convenios de ese tipo y que, *a posteriori*, resulte contrario a algunas de tales implicaciones».

41. En consecuencia, si bien el Tribunal de Justicia también ha establecido que los principios fundamentales de la contratación pública se aplican en determinadas circunstancias a los contratos que desde el punto de vista formal no están comprendidos en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión sobre contratación pública,<sup>18</sup> dichos principios fundamentales (en el presente caso, en particular, los principios de igualdad de trato y transparencia) no pueden aplicarse a un contrato celebrado antes de que los principios en cuestión fueran desarrollados por el Tribunal de Justicia.

42. El primer instrumento jurídico de la Unión que reguló la adjudicación de concesiones de obras públicas fue la Directiva 89/440/CEE del Consejo, de 18 de julio de 1989, que modifica la Directiva 71/305/CEE sobre la coordinación de los procedimientos de celebración de los contratos públicos de obras.<sup>19</sup> Esa Directiva se debía transponer a más tardar el 19 de julio de 1990.<sup>20</sup> Es evidente, por tanto, que no podía aplicarse al contrato de 1969.

43. Sin embargo, el Tribunal de Justicia también ha declarado que, cuando un contrato se ha celebrado con anterioridad a la adopción de la legislación de la Unión sobre contratación pública y, en consecuencia, dicho contrato queda fuera del ámbito de aplicación de dicha normativa, tanto *ratione materiae* como *temporis*, cualquier modificación sustancial del contrato debe examinarse a la luz de la legislación de la Unión en vigor en el momento de dicha modificación. En particular, cuando la intención de las partes es renegociar las condiciones esenciales del contrato, la aplicación de las normas de la Unión en materia de contratación pública puede estar justificada. En los procedimientos por incumplimiento (como el presente caso) la carga de la prueba recae en la Comisión.<sup>21</sup>

44. No se discute que el contrato controvertido entra en la definición de un contrato de concesión de obras públicas en el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 2004/18. También excede claramente del valor límite establecido en el artículo 56 de la Directiva, en su versión modificada. En consecuencia, el contrato de 2009 también entra *ratione materiae* en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18, además de quedar comprendido *ratione temporis*.

45. De ello se desprende que cualquier modificación derivada del contrato de 2009 debe apreciarse con arreglo a la Directiva 2004/18. Tal como explicó el Tribunal de Justicia en la sentencia *pressetext Nachrichtenagentur*,<sup>22</sup> el factor decisivo es si la modificación puede considerarse «sustancial».

17 Sentencia de 14 de noviembre de 2013 (C-221/12, EU:C:2013:736), apartado 40 y jurisprudencia citada.

18 Véase, en relación con el principio de no discriminación por razones de nacionalidad, la sentencia de 7 de diciembre de 2000, *Telaustria y Telefonadress* (C-324/98, EU:C:2000:669), apartado 60.

19 DO 1989, L 210, p. 1. La Directiva 71/305 fue posteriormente sustituida por la Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993, del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO 1993, L 199, p. 54), que a su vez fue sustituida por la Directiva 2004/18.

20 Véase el artículo 3 de la Directiva 89/440.

21 Sentencia de 5 de octubre de 2000, *Comisión/Francia* (C-337/98, EU:C:2000:543), apartados 41 a 45.

22 Sentencia de 19 de junio de 2008 (C-454/06, EU:C:2008:351); véanse también los puntos 66 y ss. de las presentes conclusiones.



46. Cabe señalar asimismo que, si bien se podrían albergar dudas sobre si los contratos de 1987 y 1999 fueron conformes con el Derecho de la Unión en materia de contratación pública, no existe ningún motivo para que el Tribunal de Justicia aborde estas cuestiones en el presente caso. La Comisión solo ha impugnado la conformidad del contrato de 2009 con el Derecho de la Unión. En consecuencia, en las presentes conclusiones me referiré a los contratos anteriores y los interpretaré, cuando sea necesario, únicamente en la medida en que puedan contribuir a la comprensión de si el contrato de 2009 introdujo modificaciones sustanciales en la relación contractual entre la ANAS y la SAT.

## **Apreciación jurídica**

### ***Argumentación de la Comisión***

47. En el presente procedimiento, corresponde a la Comisión probar cada una de las alegaciones que formula.<sup>23</sup> Es importante, por lo tanto, precisar la argumentación que plantea la Comisión contra Italia.

48. La Comisión sostiene que Italia infringió los artículos 2 y 58 de la Directiva 2004/18 al no haber llevado a cabo un procedimiento de contratación pública para proceder a una modificación sustancial de un contrato.<sup>24</sup> El contexto fáctico de la alegación es relativamente sucinto, a saber, que el contrato de 2009 amplió el plazo de la concesión de obras públicas desde 2028, la fecha de expiración fijada en el contrato de 1999, hasta 2046. El Gobierno italiano critica la simpleza de esta alegación. A su entender, la fecha de 2028 fijada en el contrato de 1999 se refería exclusivamente a un único tramo de la autopista, mientras que los tramos restantes estaban sometidos a un plazo que debía especificarse en un momento posterior. El Gobierno italiano acepta, no obstante, que el contrato de 2009 actualmente fija el plazo de la totalidad de la concesión de la autopista en 2046.

49. No considero que la alegación del Gobierno italiano afecte a la admisibilidad de la argumentación de la Comisión. La postura de la Comisión se comunicó de forma clara, lo que permitió al Gobierno italiano establecer su defensa en relación con la «legislación comunitaria vigente al término del plazo que la Comisión haya concedido al Estado miembro de que se trate para atenerse a su dictamen motivado».<sup>25</sup>

50. El Tribunal de Justicia solo podrá proceder a realizar su análisis jurídico de las alegaciones de incumplimiento una vez que disponga de una comprensión clara de las disposiciones contractuales establecidas. Por consiguiente, es preciso analizar el alcance del contrato original de 1969 y, en particular, la fecha de finalización que este fijaba, y a continuación estudiar las modificaciones introducidas por los contratos posteriores.

### ***Interpretación de los contratos***

51. El artículo 7 del contrato de 1969 establecía lo que podría denominarse como un plazo variable de hasta treinta años para la concesión, que debía comenzar cuando se completara la totalidad de la autopista desde Livorno a Civitavecchia. Dicho plazo fue modificado por el contrato de 1987, en virtud del cual se convirtió en un plazo de exactamente treinta años, en lugar de ser de hasta treinta años.

<sup>23</sup> Véanse, *inter alia*, las sentencias de 25 de mayo de 1982, Comisión/Países Bajos (96/81, EU:C:1982:192), apartado 6, y de 11 de julio de 2018, Comisión/Bélgica (C-356/15, EU:C:2018:555), apartado 25.

<sup>24</sup> Véase el punto 27 de las presentes conclusiones.

<sup>25</sup> Sentencia de 9 de noviembre de 1999, Comisión/Italia (C-365/97, EU:C:1999:544), apartado 32.

52. ¿Era aplicable la fijación de una fecha de finalización definitiva (2028) en el contrato de 1999 al contrato en su conjunto (interpretación «amplia»), o solo al primer tramo de autopista desde Livorno a Cecina (Rosignano), que se abrió al tráfico en 1993, pero que medía únicamente 36,6 kilómetros de los 240 kilómetros proyectados para toda la autopista (interpretación «restrictiva»)? Si bien normalmente no deberían existir dudas sobre la fecha de resolución de un contrato, en el presente caso existen dudas sobre qué aspectos del contrato de 1969 quedaban comprendidos en esa nueva fecha de resolución.

53. El Gobierno italiano prefiere la interpretación restrictiva, mientras que la Comisión prefiere la interpretación amplia.

54. En favor de la interpretación restrictiva milita el hecho de que el artículo 2, apartado 1, del contrato de 1999 señala expresamente que ese contrato solo es aplicable al primer tramo de la autopista desde Livorno a Cecina, mientras que el artículo 2, apartado 3, establece que se deberán acordar las condiciones necesarias para los dos tramos restantes de autopista una vez que se haya adoptado la normativa que permita continuar las obras en dichos tramos. Esta interpretación, por tanto, permite concluir que el contrato de 1999 es únicamente aplicable a dicho primer tramo de la autopista, no a la totalidad de la carretera.

55. En favor de una interpretación amplia interviene el hecho de que el artículo 23 del contrato de 1999 establece que la concesión se extinguirá en 2028, sin distinguir aparentemente entre los distintos tramos de la autopista. Esto parece verse confirmado por el preámbulo del contrato de 2009, que expone que los contratos de 1969 y 1987, que se aplicaban a la autopista en su totalidad sin distinción, debían ser modificados por el contrato de 1999 de manera que la concesión se extinguiera en 2028.<sup>26</sup>

56. La segunda parte del artículo 4.1, del contrato de 2009 establece expresamente que la fecha de finalización «inicial» en 2028 se aplica a los tramos restantes desde Cecina (Rosignano) a Civitavecchia.<sup>27</sup> La primera parte del artículo 4.1, del contrato de 2009 también fija una nueva fecha de resolución en 2046, de nuevo sin realizar distinción alguna entre los distintos tramos de la autopista.<sup>28</sup>

57. Por último, la respuesta del Gobierno italiano a la pregunta del Tribunal de Justicia y las observaciones de la Comisión al respecto revelan que antes de la celebración del contrato de 2009 se acometieron obras en los tramos de autopista restantes. Este hecho milita en contra de la adopción de la interpretación restrictiva.

58. Por consiguiente, prefiero la interpretación más amplia del contrato de 1999 propuesta por la Comisión; y opino que el artículo 23 del contrato de 2009 modificó la fecha de finalización para la totalidad de la concesión de la autopista de 2028, según lo fijado en el contrato de 1999, a 2046.

59. No obstante, aun suponiendo que se prefiriera la interpretación más restrictiva, debo señalar que el contrato de 2009 modifica la fecha de resolución también para los tramos segundo y tercero de la autopista. Esto podría entenderse en el sentido de que desarrolla lo dispuesto en el artículo 2, apartado 3, del contrato de 1999, que establecía que las condiciones para los tramos segundo y tercero de la autopista debían establecerse en una fecha posterior.

<sup>26</sup> Véase el punto 16 de las presentes conclusiones.

<sup>27</sup> Véase el punto 20 de las presentes conclusiones.

<sup>28</sup> Véase el punto 19 de las presentes conclusiones.

60. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, las fechas de resolución fijadas en los contratos de 1969 y 1987 dejaron de aplicarse desde ese momento a cualquier parte de la autopista. En consecuencia, la fijación de una fecha de resolución en el contrato de 2009 constituyó una modificación también en relación con los tramos segundo y tercero de la autopista.

61. A este respecto procede recordar que la teoría según la cual un contrato preexistente no puede ser impugnado con arreglo a una normativa posterior, o en virtud de principios de Derecho establecidos con posterioridad, debe considerarse una excepción, que según una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia debe ser interpretada estrictamente.<sup>29</sup> Así pues, desde el momento en que el contrato de 1969 fue modificado mediante el contrato de 1999, no podía ser modificado posteriormente para volver a unas condiciones más ventajosas en línea con el contrato original.

62. Por lo tanto, considero que al haber modificado los contratos de 1969 y 1987 mediante el contrato de 1999, señalando que las condiciones debían establecerse en un momento posterior, el Gobierno italiano no puede alegar que dichas condiciones, definidas en el contrato de 2009, corresponden más o menos con las condiciones originales de los contratos de 1969 y 1987 y que por este motivo deben quedar excluidas de las obligaciones en materia de contratación pública.

63. Sin embargo, incluso si se adopta lo que podría denominarse como un enfoque «muy restrictivo», de manera que las disposiciones del contrato de 2009 en relación con los tramos segundo y tercero de la autopista se comparen únicamente con las condiciones establecidas en los contratos de 1969 y 1987, eso no cambia el hecho de que la fecha de resolución se cambió de un período variable de treinta años a uno definitivo de treinta y siete años. Por lo tanto, incluso si se acepta esta interpretación muy restrictiva, la esencia de la argumentación de la Comisión permanece intacta, ya que se han modificado las condiciones del contrato.

64. Sencillamente quiero añadir que, en la medida en que existan dificultades e incertidumbres en cuanto a la redacción adecuada en varios contratos y a su relevancia, la ANAS y, a través de esta, el Gobierno italiano deben asumir la responsabilidad por los textos contractuales que se acordaron. En caso de duda, una redacción ambigua no debe interpretarse automáticamente en su favor.

65. A continuación abordaré la cuestión de si las modificaciones realizadas mediante el contrato de 2009 pueden calificarse como sustanciales.

### *Modificaciones sustanciales*

66. El Tribunal de Justicia ha establecido una lista no exhaustiva de circunstancias y condiciones en virtud de las cuales una modificación se considera sustancial. Así pues, el Tribunal de Justicia ha declarado en la sentencia *pressetext Nachrichtenagentur* que una modificación puede considerarse sustancial cuando:

- presenta características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, pone de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato; o
- si hubiera figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habría permitido la participación de otros licitadores o que otros licitadores fueran seleccionados; o
- amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos; o

<sup>29</sup> Sentencia de 13 de enero de 2005, Comisión/España (C-84/03, EU:C:2005:14), apartado 58.

– cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial.<sup>30</sup>

67. En mi opinión, en el presente asunto se cumplen dos de los criterios establecidos por el Tribunal de Justicia en la sentencia *pressetext Nachrichtenagentur* para considerar que existe una modificación sustancial. Las partes claramente tenían la intención de renegociar aspectos esenciales del contrato y lo hicieron de una forma que cambió el equilibrio económico en favor del adjudicatario.

68. Comenzaré analizando si la fecha de finalización de un contrato puede considerarse un «término esencial del contrato» y si además «cambia el equilibrio económico». Los contratos controvertidos son relativos a una concesión de obras públicas. Cuanto más tiempo puede explotar dicha concesión el concesionario, más beneficios puede esperar generar una vez que se hayan finalizado las obras y haya recuperado los costes de construcción a través del peaje que se cobra por el uso de la autopista.

69. A mi juicio, es obvio que la duración del plazo negociado entre las partes es un aspecto esencial de cualquier contrato que regula una concesión similar. El período de explotación de veintinueve años fijado en el contrato de 1999 (hasta 2028) fue prorrogado en dieciocho años adicionales en el contrato de 2009 (hasta 2046). Debe considerarse que esto constituye una modificación de los términos esenciales y, al mismo tiempo, un cambio en el equilibrio económico del contrato en favor del concesionario.

70. Es indudable que si se adopta el enfoque muy restrictivo, y el plazo de explotación fijo de treinta y siete años establecido en el contrato de 2009 se compara, por tanto, con el plazo variable de explotación de treinta años establecido en el contrato de 1969, resulta menos sencillo apreciar cuál de los dos es más beneficioso desde el punto de vista económico para el concesionario.

71. Sin embargo, he expuesto más arriba las razones por las que considero que resulta difícil apoyar la interpretación muy restrictiva basándose en el tenor literal de los contratos.<sup>31</sup> Asimismo, cuando — como sucede en el caso de autos— existe una modificación que, *en cualquier caso*, altera de forma fundamental el contrato, opino que corresponde al Gobierno italiano demostrar que, a pesar de todo, dicha modificación *no* debe considerarse como una «modificación sustancial» en el sentido de la sentencia *pressetext Nachrichtenagentur*.<sup>32</sup> No me parece que el Gobierno italiano lo haya hecho en el presente caso.

72. Además, si el Tribunal de Justicia concluye que solo el primer tramo de la autopista (aproximadamente 36 kilómetros) fue objeto de la modificación sustancial, la alegación de la Comisión seguiría quedando demostrada para dicho tramo.

73. No considero significativo que el primer tramo de la autopista solo representara el 15 % de un compromiso contractual mayor para construir 240 kilómetros de autopista. Este hecho no puede afectar a la conclusión de que no se cumplieron las obligaciones en materia de contratación pública.

74. En consecuencia, concluyo que el contrato de 2009 constituyó una modificación sustancial de las disposiciones contractuales previas y que, por tanto, debió ser objeto de un procedimiento de contratación pública.

30 Sentencia de 19 de junio de 2008 (C-454/06, EU:C:2008:351), apartados 34 a 37. Ese caso tenía por objeto la aplicación de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO 1992, L 209, p. 1), pero no veo ningún motivo legítimo para aplicar un criterio diferente sobre lo que constituye una «modificación sustancial» en el contexto de la Directiva 2004/18. Véanse también las sentencias de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia (C-337/98, EU:C:2000:543), apartado 46, y de 11 de julio de 2013, Comisión/Países Bajos (C-576/10, EU:C:2013:510), apartado 46.

31 Véanse los puntos 63 y 64 de las presentes conclusiones.

32 Sentencia de 19 de junio de 2008 (C-454/06, EU:C:2008:351), apartados 34 a 37.

75. Pasaré a continuación examinar la cuestión de si el Gobierno italiano puede invocar algún motivo de exención de dicha obligación.

### *Motivos de exención*

76. El Gobierno italiano ha mencionado elementos de hecho y de Derecho que se han producido desde 1969, más concretamente factores externos independientes de la voluntad de la SAT, que contribuyeron al retraso en la construcción de la autopista y, por tanto, en poder explotar la concesión. El Gobierno italiano sostiene que era necesario ampliar el plazo de explotación para «garantizar el equilibrio del contrato». Alega que si no se hubiera ampliado el plazo de explotación, se habría puesto en peligro dicho equilibrio.

77. No estoy de acuerdo con esta tesis por dos motivos.

78. En primer lugar, el Tribunal de Justicia ya ha aclarado 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».<sup>33</sup>

79. En segundo lugar, se desprende claramente de los hechos que he resumido anteriormente<sup>34</sup> que los retrasos en la construcción de la autopista fueron principalmente atribuibles a determinadas iniciativas legislativas adoptadas por el propio Gobierno italiano. Con independencia de las razones de la aprobación de la normativa en cuestión, ello no obsta al hecho de que el Gobierno italiano tomó una decisión expresa al promulgar unas normas que afectaban directamente a la capacidad de la SAT para construir y explotar la autopista con arreglo al programa inicialmente previsto.

80. De una jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia se desprende que «un Estado miembro no puede alegar dificultades prácticas o administrativas para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos por una directiva. Lo mismo sucede con las dificultades económicas, que corresponde superar a los Estados miembros adoptando las medidas adecuadas».<sup>35</sup> Por consiguiente, aunque el Gobierno italiano debió de tener unas razones perfectamente válidas para adoptar medidas que afectaron a la concesión de obras públicas previamente adjudicada, y aunque puede haber deseado mitigar el impacto de dicha legislación en la SAT mediante la ampliación del plazo de explotación, no podía hacerlo obviando el Derecho de la Unión en materia de contratación pública.

81. El Gobierno italiano también alega que la falta de un procedimiento de contratación pública en 2009 (que estableció, por tanto, una excepción al principio de igualdad de trato) puede estar justificada en función del derecho de la SAT a invocar los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

<sup>33</sup> Sentencia de 7 de septiembre de 2016, Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634), apartado 32.

<sup>34</sup> Véanse los puntos 21 a 23 de las presentes conclusiones.

<sup>35</sup> Sentencia de 18 de octubre de 2012, Comisión/Reino Unido (C-301/10, EU:C:2012:633), apartado 66 y jurisprudencia citada.

82. Para formular esta alegación, el Gobierno italiano parece basarse en un argumento *a contrario* derivado de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Promoimpresa y otros*, cuando el Tribunal de Justicia declaró que «las concesiones controvertidas en los litigios principales fueron atribuidas cuando ya se había establecido que los contratos que presentaban un interés transfronterizo cierto debían estar sometidos a una obligación de transparencia, de modo que no cabe invocar el principio de seguridad jurídica para justificar una diferencia de trato prohibida con arreglo al artículo 49 TFUE».<sup>36</sup>

83. A mi entender, a este respecto el Gobierno italiano se basa en el hecho (que no se discute) de que el contrato de 1969 se celebró antes de que resultaran aplicables las normas y principios de la Unión en materia de contratación pública, con el fin de alegar que dicho contrato debe seguir estando exento del control en virtud del Derecho de la Unión. Sin embargo, la cuestión no radica en si el contrato de 1969 es conforme con las normas pertinentes de la Unión, sino en si lo es el contrato de 2009.<sup>37</sup>

84. Asimismo, como la Comisión ha señalado acertadamente, no puede «invocarse [el principio de seguridad jurídica] para dar a un convenio una extensión contraria a los principios de igualdad de trato y de no discriminación ni a la obligación de transparencia que de ellos se deriva. Es indiferente, al respecto, que tal extensión pueda constituir una solución razonable adecuada para poner fin a un litigio surgido entre las partes interesadas, por razones totalmente independientes de su voluntad, en cuanto al alcance del convenio que las une».<sup>38</sup> A mi modo de ver, no hay motivo para no aplicar este pronunciamiento al contrato de 1969.

85. La propia naturaleza de una concesión consiste en que la mayoría del riesgo se debe transferir al concesionario.<sup>39</sup> Así pues, a diferencia de lo que sucede en otros tipos de contratos, el concesionario (en el presente caso, la SAT) debió aceptar el elemento inherente de riesgo futuro cuando suscribió el contrato inicial. La diligencia ordinaria del buen comerciante garantiza que la necesidad de incorporar dicho riesgo en sus cálculos influirá en la oferta que se presentará o en las negociaciones específicas para el propio contrato.

86. Procede señalar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que las disposiciones contenidas en la documentación inicial del contrato de un procedimiento de adjudicación de contratos podrán reservarse expresamente la posibilidad de introducir modificaciones sustanciales que se deban realizar con posterioridad.<sup>40</sup>

87. En estas circunstancias, el Gobierno italiano puede haber pretendido argumentar que el artículo 2, apartado 3, del contrato de 1999, según el cual las condiciones contractuales relativas a los tramos segundo y tercero de la autopista debían concluirse en un momento posterior, «cuando se cumplan las condiciones de hecho y de Derecho para la continuación del programa de construcción en relación con el cual se ha adjudicado la concesión», debía tratarse como una reserva análoga a una reserva establecida en la documentación del contrato.

88. En mi opinión, no es posible aceptar esta argumentación por dos motivos.

89. En primer lugar, no *existió* «documentación del contrato» inicial derivada de un procedimiento de contratación pública, dado que ninguno de los contratos de que se trata fueron objeto de dicho procedimiento.

36 Sentencia de 14 de julio de 2016 (C-458/14 y C-67/15, EU:C:2016:558), apartado 73.

37 Véase el punto 46 de las presentes conclusiones.

38 Sentencia de 14 de noviembre de 2013, *Belgacom* (C-221/12, EU:C:2013:736), apartado 40.

39 Sentencia de 10 de marzo de 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler* (C-274/09, EU:C:2011:130), apartados 24 a 26.

40 Sentencia de 7 de septiembre de 2016, *Finn Frogne* (C-549/14, EU:C:2016:634), apartados 36 y 37.

90. En segundo lugar, el derecho a utilizar dicha reserva como base para una modificación sustancial posterior debe entenderse como una excepción al principio general de que todos los elementos necesarios derivados de un procedimiento de contratación pública deben reflejarse en la documentación del contrato redactada por el poder público adjudicador. Según una reiterada jurisprudencia, las excepciones deben interpretarse de una manera restrictiva. Sería inaceptable que un contrato, que inicialmente estuviera exento de las obligaciones en materia de contratación pública, pudiera ser «complementado» posteriormente introduciendo una reserva que diera lugar a una modificación sustancial en un momento en que, de no ser así, dicho contrato estaría sujeto a las obligaciones en materia de contratación pública con arreglo al Derecho de la Unión.

91. Por lo tanto, incluso si se interpreta el contrato de 1999 en el sentido de que contiene una reserva que permite introducir cambios futuros, dicha reserva no puede justificar la exención del contrato de 2009 de la exigencia de que respete la Directiva 2004/18.

92. Finalmente, no considero que Italia pueda invocar el artículo 61 de la Directiva 2004/18, que permite los cambios respecto de las «obras complementarias». La modificación sustancial entre 1999 y 2009 no afectó al alcance de las obras iniciales que debían ser acometidas por el concesionario, sino al *plazo* concedido a la SAT para que obtuviera beneficios de estas tras su finalización. Dicho cambio no entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 61 *ratione materiae*.

93. En mi opinión, el cambio en la duración de la concesión introducido por el artículo 4.1, del contrato de 2009 constituyó una modificación sustancial, según se define este concepto en la sentencia *pressetext Nachrichtenagentur*,<sup>41</sup> con independencia de si se examina en relación con el contrato de 1999 (como sostiene la Comisión) o en relación con el contrato de 1969 (el enfoque propuesto por el Gobierno italiano). Por tanto, la celebración del contrato de 2009 sin que se abriera un procedimiento de contratación pública constituyó una vulneración de la obligación de igualdad de trato establecida en el artículo 2 de la Directiva 2004/18 y de la obligación de publicar un anuncio de licitación establecida en su artículo 58.

## Costas

94. Con arreglo al artículo 138, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, la parte que haya visto desestimadas sus pretensiones será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Dado que opino que el Tribunal de Justicia debe estimar las pretensiones de la Comisión Europea, procede condenar en costas a la República Italiana.

## Conclusión

95. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que:

- 1) Declare que la prórroga, desde 2028 a 2046, del plazo de la concesión de obras públicas para la construcción y la gestión de la autopista A12 introducida en 2009 constituyó una modificación de un aspecto esencial del contrato de 1999 celebrado entre el poder adjudicador [Azienda Nazionale Autonoma delle Strade (Sociedad Nacional Autónoma de Carreteras, Italia)] y el concesionario (Società Autostrada Tirrenica) y que, al no someter dicha modificación a un procedimiento de contratación pública, la República Italiana incumplió sus obligaciones con arreglo a los artículos 2 y 58 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, en su versión vigente.

<sup>41</sup> Sentencia de 19 de junio de 2008 (C-454/06, EU:C:2008:351), apartados 34 a 37.

2) Condene a la República Italiana al pago de las costas.