

**Asunto C-835/19**

**Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia**

**Fecha de presentación:**

18 de noviembre de 2019

**Órgano jurisdiccional remitente:**

Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia)

**Fecha de la resolución de remisión:**

13 de junio de 2019

**Parte demandante y recurrente:**

Autostrada Torino Ivrea Valle D'Aosta — Ativa S.p.A.

**Partes demandadas y recurridas:**

Presidenza del Consiglio dei Ministri (Presidencia del Consejo de Ministros)

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (Ministerio de Infraestructuras y Transportes)

Ministero dell'Economia e delle Finanze (Ministerio de Economía y Hacienda)

**Otras partes intervinientes:**

Autorità di bacino del Po (Autoridad de la Cuenca Hidrográfica del Po)

Regione Piemonte (Región del Piamonte)

---

**Objeto del procedimiento principal**

Recurso interpuesto ante el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) contra las sentencias por las que el Tribunale amministrativo regionale (TAR) per il Piemonte (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Piamonte, Italia; en lo sucesivo, «TAR») desestimó los recursos interpuestos por la sociedad

Autostrada Torino Ivrea Valle D'Aosta — Ativa S.p.A. (en lo sucesivo, «Ativa») contra dos resoluciones del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (Ministerio de Infraestructuras y Transportes; en lo sucesivo, «Ministerio»), por las que no se aceptaron dos propuestas de financiación de proyecto («project financing») presentadas por Ativa que tenían por objeto, en particular, concesiones de autopistas.

### **Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial**

El órgano jurisdiccional remitente pregunta si la normativa italiana en materia de adjudicación de concesiones de autopistas, que actualmente excluye el recurso a la financiación de proyecto —la cual es un procedimiento especial de adjudicación dirigido a la realización de obras públicas, por regla general, sin cargas financieras públicas—, es compatible con la Directiva 2014/23, en particular con el principio, consagrado en el considerando 68 y en el artículo 30 de la misma, según el cual debe concederse al poder adjudicador suficiente flexibilidad para definir y organizar el proceso que conduce a la selección del concesionario.

### **Cuestión prejudicial**

¿Se oponen el Derecho [de la Unión Europea] y, en particular, los principios establecidos por la Directiva [2014/23], en concreto la libertad de elección de los procedimientos de adjudicación, de conformidad con los principios de transparencia y de [igualdad] de trato, formulados en el considerando 68 y en el artículo 30, en materia de adjudicación de concesiones, a la disposición nacional establecida en el artículo 178, apartado 8 *bis*, del Decreto Legislativo n.º 50, de 18 de abril de 2016, que prohíbe de forma incondicional a las administraciones públicas proceder a la adjudicación de las concesiones de autopistas expiradas o a punto de expirar recurriendo a los procedimientos previstos en el artículo 183, que regula la financiación de proyecto?

### **Disposiciones de Derecho de la Unión invocadas**

Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (en lo sucesivo, «Directiva 2014/23»).

### **Disposiciones de Derecho nacional invocadas**

El órgano jurisdiccional remitente invoca diversos actos legislativos en materia de concesiones de autopistas y de financiación de proyecto y, en particular, las disposiciones siguientes:

Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Decreto Legislativo n.º 163, de 12 de abril de 2006; en lo sucesivo, «anterior Código de Contratos Públicos»), en

particular el artículo 153, apartado 19, que contiene la regulación de la financiación de proyecto de iniciativa privada. El procedimiento de adjudicación previsto en esta disposición se divide en dos fases: a) fase preliminar —dirigida a la aprobación de la propuesta de proyecto preliminar presentada por la persona que formula la propuesta y que servirá de fundamento a una eventual licitación posterior—, en la que la administración habrá de valorar de forma discrecional la conformidad de la propuesta con el interés público; b) fase de convocatoria, mediante el correspondiente anuncio, y de desarrollo de la licitación pública, que tiene como fundamento el proyecto aprobado y en la que la persona que formula la propuesta asume la condición de promotor y disfruta de un derecho de prioridad.

Decreto legge 4 aprile 2008, n. 59 (Decreto-ley n.º 59, de 4 de abril de 2008), artículo 8 *duodecies*, apartado 2 *ter*, que reconoció expresamente la posibilidad de adjudicar los contratos de concesión y gestión y de solo gestión en el sector de las carreteras y autopistas de conformidad con los procedimientos de financiación de proyecto establecidos en el artículo 153 del anterior Código de Contratos Públicos.

Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Decreto Legislativo n.º 50, de 18 de abril de 2016; en lo sucesivo, «nuevo Código de Contratos Públicos»), que ha derogado el anterior Código de Contratos Públicos y, en particular:

- Artículo 178, apartado 1, que prohíbe la prórroga de las concesiones de autopistas, y apartado 8 *bis*, introducido por el Decreto Legislativo n.º 56, de 19 de abril de 2017, según el cual «las administraciones públicas no podrán proceder a la adjudicación de las concesiones de autopistas expiradas o a punto de expirar recurriendo a los procedimientos previstos en el artículo 183»;
- Artículo 183, que contiene la regulación de la financiación de proyecto del nuevo Código de Contratos Públicos; esta disposición, en su apartado 19, contiene un elemento novedoso respecto a la normativa anteriormente en vigor, puesto que, durante la fase preliminar, la administración estará obligada a valorar no la conformidad de la propuesta con el interés público, sino la viabilidad de la propuesta misma;
- Artículo 216, apartado 1, el cual establece, en particular, que el citado Decreto Legislativo será aplicable a los procedimientos y a los contratos respecto a los cuales los anuncios de licitación o avisos mediante los que se convoca el procedimiento de selección del contratista se hayan publicado con posterioridad a la fecha de su entrada en vigor, así como, en el caso de contratos sin publicación de anuncios o avisos, a los procedimientos y contratos respecto a los cuales, en la fecha de entrada en vigor del presente Código, no se hayan remitido todavía las invitaciones a presentar ofertas;
- Artículo 216, apartado 23, que prevé que los proyectos preliminares relativos a la realización de obras públicas u obras de utilidad pública referentes a

propuestas de concesión en el sentido del artículo 153 del anterior Código de Contratos Públicos, respecto a los cuales ya se haya realizado la declaración de interés público, no aprobados todavía en la fecha de entrada en vigor del Código, «serán objeto de una evaluación de viabilidad económica y financiera y serán aprobados por la administración de conformidad con las normas del presente Código».

### **Breve exposición de los hechos y del procedimiento**

- 1 Ativa, concesionaria de la gestión de un tramo de autopista en el territorio del Piemonte en virtud de varias concesiones, la última de las cuales expiró en 2016, presentó, el 25 de septiembre de 2015, una propuesta de financiación de proyecto para la concesión de la gestión de un tramo de autopista.
- 2 Mediante comunicación de 29 de julio de 2016, el Ministerio rechazó la propuesta de Ativa, debido a que, entre otras cosas, a las concesiones de gestión de autopistas no se les puede aplicar la financiación de proyecto y a que la propuesta no se ajustaba, en cuanto a su forma y contenido, a lo dispuesto en el artículo 153 del anterior Código de Contratos Públicos, el cual preveía la presentación, por el autor de la propuesta, de un mero proyecto preliminar de las obras a realizar, que había de servir de base para el posterior procedimiento de licitación, y no de un proyecto detallado y definitivo como el presentado por la demandante.
- 3 Ativa interpuso recurso ante el TAR del Piemonte, por el que solicitaba la anulación de la citada comunicación y que se declarase que el Ministerio estaba obligado a pronunciarse sobre el interés público y/o la viabilidad de la propuesta de la demandante y, por tanto, que se condenase a las administraciones demandadas a valorar el interés público y/o la viabilidad de dicha propuesta. Mediante el recurso se censuraba no solo la motivación en que se basaba la comunicación impugnada, relativa al excesivo nivel de detalle de la propuesta, sino también el incumplimiento del plazo de tres meses, contados a partir de la fecha de presentación de la propuesta, dentro del cual la Administración habría debido valorar la misma, así como la errónea aplicación a los hechos del artículo 183 del nuevo Código de Contratos Públicos, posterior a la presentación de la propuesta pero en vigor en el momento de la adopción de la resolución impugnada.
- 4 Mediante sentencia de 31 de agosto de 2018, el TAR desestimó dicho recurso al excluir, por un lado, que el incumplimiento del plazo de tres meses entrañase por sí solo la ilegalidad del acto impugnado y al confirmar, por otro, la inadmisibilidad de la propuesta presentada por Ativa, la cual presentaba un nivel de detalle mayor que el nivel preliminar exigido.
- 5 El 20 de septiembre de 2016, Ativa presentó una posterior propuesta de financiación de proyecto cuyo objeto era la misma concesión; dicha propuesta fue rechazada mediante comunicación de 22 de mayo de 2017, la cual, además de confirmar la motivación formulada en relación con la primera propuesta, añadió

que esta última era contraria al artículo 178, apartado 8 *bis*, del Decreto Legislativo n.º 50/2016, el cual prohíbe recurrir a la financiación de proyecto a efectos de la adjudicación de concesiones de autopistas expiradas o a punto de expirar. El TAR del Piemonte desestimó el recurso interpuesto por Ativa contra dicha comunicación, con una motivación análoga a la recogida en la primera sentencia.

- 6 Ativa ha recurrido las dos sentencias del TAR ante el Consiglio di Stato, órgano jurisdiccional remitente.

### **Alegaciones esenciales de las partes en el procedimiento principal**

- 7 En el marco del recurso interpuesto contra la primera sentencia del TAR, Ativa alega que el Ministerio manifestó su voluntad de no proceder a la evaluación de su propuesta y de dar paso a la sociedad Anas S.p.A. mediante adjudicación denominada «in house», en las concesiones de autopistas. Así pues, según ella, el Ministerio quiso impedir que la normativa en materia de financiación de proyecto y, en particular, el derecho de prioridad reconocido al promotor en cuanto a la propuesta de financiación de proyecto (derecho del que el Ministerio considera infundadamente que restringe la competencia) pudieran ser invocados por las sociedades concesionarias en vísperas de la extinción de la concesión. A juicio de Ativa, además, la decisión de adjudicar «in house» a Anas la gestión de autopistas y la voluntad de impedir a las concesionarias de autopistas recurrir al procedimiento de financiación de proyecto, pese a que se ajuste a las exigencias de la competencia, son contradictorias e ilegales. En definitiva, mediante el recurso de apelación Ativa ha formulado de nuevo los motivos recogidos en la demanda.
- 8 Mediante recurso interpuesto contra la segunda sentencia del TAR, Ativa alega además que el artículo 178, apartado 8 *bis*, del nuevo Código de Contratos Públicos no se aplica (tampoco) a su segunda propuesta de financiación de proyecto, al tratarse de una norma introducida con posterioridad a la presentación de la propuesta. En virtud del artículo 11 de las Preleggi (disposiciones preliminares al Código Civil italiano) y del principio *tempus regit actum*, la propuesta se rige, pues, por la normativa en vigor en la fecha de su presentación. Por otro lado, señala que la citada disposición resulta claramente contraria a la normativa en materia de concesiones y de relaciones de colaboración público-privada establecida en la Directiva 2014/23. En particular, debe tenerse en cuenta el principio de libertad de procedimiento que el legislador nacional ha de aplicar concediendo «a los poderes y entidades adjudicadores suficiente flexibilidad para definir y organizar el procedimiento que conduce a la selección del concesionario» (considerando 68), de modo que se pueda elegir el procedimiento más coherente con las exigencias que deben satisfacerse, de conformidad con las disposiciones de los artículos 30 y 37, apartado 6, de dicha Directiva. Ativa sostiene que la norma censurada, en cambio, endurece innecesariamente el

régimen y limita injustificadamente la libertad de las administraciones públicas, al impedirles recurrir a los procedimientos de financiación de proyecto.

- 9 Las partes recurridas sostienen que el artículo 178, apartado 8 *bis*, es aplicable *ratione temporis* al caso de autos, teniendo en cuenta asimismo que pretende incidir en las concesiones «expiradas o a punto de expirar» y, por tanto, el legislador ha querido considerarlo aplicable a situaciones como la de autos, con el propósito de una mayor apertura a la competencia y de evitar la ulterior consolidación de los anteriores gestores titulares de concesiones a punto de expirar y adjudicadas sin licitación. Invocan la jurisprudencia según la cual la legalidad de un acto administrativo debe ser examinada a la luz de la situación fáctica y jurídica existente en el momento de su adopción.
- 10 Basándose en estos argumentos, las partes recurridas alegan que la normativa establecida en el nuevo Código de Contratos Públicos es también aplicable a la primera propuesta formulada por Ativa, anterior a su entrada en vigor, dado que el caso examinado versa sobre una fase del procedimiento preparatoria de la licitación pública, la cual tuvo lugar después de la entrada en vigor de dicho Código. Esta solución viene confirmada por el artículo 216, apartado 23, de dicho Código, según el cual los proyectos preliminares relativos a propuestas de concesión en el sentido del artículo 153 del anterior Código de Contratos Públicos, no aprobados todavía en la fecha de entrada en vigor del nuevo Código, serán objeto de evaluación de viabilidad económica y financiera y serán aprobados por la administración de conformidad con las normas del nuevo Código.
- 11 Las partes recurridas rechazan, además, las alegaciones de Ativa según las cuales el artículo 178, apartado 8 *bis*, del nuevo Código de Contratos Públicos es contrario al Derecho de la Unión. A su juicio, la finalidad de la prohibición establecida en dicho artículo consiste en ahondar en la apertura a la competencia con el fin de permitir la más amplia aplicación de los principios del Derecho de la Unión que protegen la competencia y el mercado, entre los cuales se halla la prohibición de prórroga de todas las concesiones, incluidas las de autopistas (artículo 178, apartado 1, última frase, de dicho Código) y, por tanto, la obligación de incoar procedimientos públicos respecto a las concesiones de autopistas expiradas o a punto de hacerlo.

### **Breve exposición de la motivación de la petición de decisión prejudicial**

- 12 El órgano jurisdiccional remitente se adhiere a la tesis de las partes recurridas relativas al régimen de aplicabilidad *ratione temporis* del nuevo Código de Contratos Públicos y, en particular, de su artículo 178, apartado 8 *bis*. A este respecto, recuerda que la Administración únicamente puede atenerse a la ley en vigor en el momento en que realiza su manifestación de voluntad; por consiguiente, el régimen normativo en vigor en la fecha de presentación de la solicitud, salvo que la propia ley disponga otra cosa, no vincula a la

Administración, y la solicitud debe evaluarse aplicando la normativa en vigor en el momento en que concluye el procedimiento.

- 13 El régimen transitorio contenido en el artículo 216 del nuevo Código de Contratos Públicos desarrolla los principios antes expuestos al prever, en su apartado 1, que la actividad en que consiste el procedimiento público para la selección del contratista está regulada en su integridad por las normas vigentes en el momento en que comienza, entendiéndose por tal la fecha de publicación de los anuncios o de los avisos mediante los que se convoca el procedimiento (o, en caso de contratos sin publicación de anuncios o de avisos, la fecha de envío de las invitaciones a presentar las ofertas) y, en el apartado 23, que los proyectos preliminares presentados de conformidad con el anterior Código de Contratos Públicos y no aprobados todavía serán objeto de una evaluación de viabilidad económica y financiera y serán aprobados por la administración de conformidad con las normas del nuevo Código de Contratos Públicos.
- 14 Por tanto, si el proyecto preliminar para una propuesta de concesión presentada de conformidad con la anterior normativa no ha sido aprobado todavía en el momento de la entrada en vigor de la nueva ley, no cabe más que proceder —en su caso— a la aprobación conforme a las normas de la nueva ley; y la posterior licitación que se basará en el proyecto de viabilidad una vez aprobado deberá atenerse a las disposiciones del nuevo Código de Contratos Públicos, incluida la prohibición establecida en el artículo 178, apartado 8 *bis*; así pues, esta disposición se aplica en el caso de autos.
- 15 A la luz de esta conclusión, el órgano jurisdiccional remitente considera necesario abordar la alegación formulada por Ativa relativa a la incompatibilidad entre el artículo 178, apartado 8 *bis*, del nuevo Código de Contratos Públicos y el Derecho de la Unión. A este respecto, señala que dicho artículo 178, en cuyo apartado 1 se establece la prohibición de prórroga de las concesiones de autopistas, es una disposición que no tiene reflejo inmediato en la Directiva 2014/23, sino que constituye la aplicación de una disposición de la ley de delegación según la cual debía preverse la incoación de los procedimientos públicos para la adjudicación de las nuevas concesiones de autopistas no menos de veinticuatro meses antes de la expiración de las concesiones en vigor, revisando el sistema de las concesiones de autopistas, con referencia en particular a la introducción de una prohibición de cláusulas de prórroga.
- 16 La prohibición establecida en dicho apartado 8 *bis*, introducida por el Decreto Legislativo n.º 56/2017 y referida expresamente a las adjudicaciones de las concesiones de autopistas «expiradas o a punto de expirar», no parece que deba interpretarse unívocamente en el sentido de que se trata de una normativa de carácter estrictamente transitorio —a diferencia de cuanto sostienen las partes recurridas, que relacionan la prohibición con las concesiones «expiradas o a punto de expirar» en la fecha de entrada en vigor del nuevo Código de Contratos Públicos—. El tenor del apartado 8 *bis* parece establecer una prohibición generalizada de adjudicación de las concesiones de autopistas mediante el

procedimiento de financiación de proyecto si la infraestructura ya ha sido adjudicada en régimen de concesión, por lo que podría entenderse, en sentido amplio, como una disposición que ha de aplicarse no solo con carácter transitorio, sino también como régimen permanente, como en el caso de una nueva concesión que podrá adjudicarse por sustitución del concesionario expirado. Así pues, se está ante un dilema interpretativo sobre los requisitos de la operatividad de dicha norma y sus límites. Ambas opciones interpretativas parecen ajustarse a la finalidad de la prohibición, que es, en opinión de las partes recurridas, la necesidad de impedir la elusión de la prohibición de prórroga de las concesiones de autopistas si la persona que formula la propuesta es el concesionario saliente, como en el caso de autos.

- 17 En términos generales, la financiación de proyecto debe respetar, a fin de proteger la competencia y la igualdad de trato de los potenciales interesados, el principio de publicidad. La fase inicial de determinación del promotor, en la que la propuesta, en el pasado, se valoraba en función de su conformidad con el interés público, y hoy en función de su viabilidad, se caracteriza por una amplísima discrecionalidad administrativa; en tal fase no se trata de elegir la mejor oferta sobre la base de criterios técnicos y económicos predeterminados, sino de evaluar la viabilidad preliminar de una propuesta de proyecto. La adjudicación de la concesión se producirá, en cambio, tras la finalización de la posterior licitación, sobre la base del criterio de la oferta económica más ventajosa; esta fase es independiente de la anterior y debe desarrollarse precisamente conforme a las normas de publicidad, sin perjuicio de la ventaja que constituye el derecho de prioridad reconocido al promotor en condiciones preestablecidas.
- 18 La concesión de tal ventaja no parece ser contraria a los principios del Derecho de la Unión Europea de transparencia e igualdad de trato, siempre que, como señaló el Abogado General en las conclusiones presentadas en el asunto C-412/04, todos los participantes conozcan los privilegios (que consisten en la invitación a participar en el procedimiento negociado y en el derecho de prioridad del promotor) y los criterios de evaluación, como garantiza actualmente el procedimiento establecido en el artículo 183, apartado 15, del nuevo Código de Contratos Públicos.
- 19 En opinión del órgano jurisdiccional remitente, parece excluirse, pues, que la propuesta de financiación de proyecto para la adjudicación de una concesión pueda configurarse como una «prórroga» de la anterior concesión; por otra parte, de ser así, no se entendería por qué la prohibición debería limitarse únicamente a las concesiones de autopistas. Dicha prohibición es incondicionada y abstracta, lo cual impide siempre y en cualquier caso a las administraciones recurrir a la financiación de proyectos para tal tipo de concesión, y ello no solo respecto a las concesiones de autopistas expiradas o de inminente expiración en la fecha de entrada en vigor del nuevo Código de Contratos Públicos, sino también respecto a las concesiones de autopistas que expirarán conforme al régimen ordinario.



- 20 Por tanto, resulta fundada la cuestión planteada por Ativa, que versa sobre la incompatibilidad de esta disposición con los principios de la Directiva 2014/23 y, en particular, con el principio establecido en el considerando 68, según el cual debe concederse a los poderes y entidades adjudicadores suficiente flexibilidad para definir y organizar el procedimiento que conduce a la selección del concesionario, y el artículo 30 de dicha Directiva, que reconoce la libertad de organizar el procedimiento conducente a la elección del concesionario. Dicho principio puede referirse también a la libertad de elección del tipo de procedimiento de adjudicación de la concesión, siempre que se respeten los principios de transparencia e igualdad de trato. A la luz de estas consideraciones, el órgano jurisdiccional remitente ha decidido suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la cuestión prejudicial anteriormente formulada.

DOCUMENTO DE TRABAJO