OBSERVATORIO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

2025

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU
(DIRECTOR)

Mª DEL CARMEN DE GUERRERO MANSO
(COORDINADORA)

MINISTERIO DE CIENCIA, INNOVACIÓN Y UNIVERSIDADES

UNIÓN EUROPEA
FONDO EUROPEO DE DESARROLLO REGIONAL
"Una manera de hacer Europa"

AGENCIA ESTATAL DE INVESTIGACIÓN

Atelier
EDITORIAL | DERECHO

Observatorio de los Contratos Públicos 2025

CONSEJO EDITORIAL

Miguel Ángel Collado Yurrita

Joan Egea Fernández

Isabel Fernández Torres

José Ignacio García Ninet

Javier Lopéz García de la Serrana

Belén Noguera de la Muela

Luis Prieto Sanchís

Francisco Ramos Méndez

Ricardo Robles Planas

Sixto Sánchez Lorenzo

Jesús-María Silva Sánchez

Joan Manuel Trayter Jiménez

Juan José Trigás Rodríguez
Director de publicaciones

Observatorio de los Contratos Públicos 2025

José María Gimeno Feliu
Director

Mª del Carmen de Guerrero Manso
Coordinadora

Autores:

Miguel Ángel Bernal Blay
Lucía Cofrades Aquilué
Michele Cozzio
Enrique Díaz Bravo
Rafael Fernández Acevedo
Leticia Fuertes Giné
Gerardo García-Álvarez García
Andrea García Ruiz
José María Gimeno Feliu
Sara González Iglesias
María del Carmen de Guerrero Manso
Francisco L. Hernández González
Mª Eugenia López Mora
Teresa Medina Arnaiz
Javier Miranzo Díaz
José Antonio Moreno Molina
Belén Noguera de la Muela
Anna Oliva Cuscó
María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo
Jesús Alí Tahirí Moreno

MINISTERIO DE CIENCIA, INNOVACIÓN Y UNIVERSIDADES
UNIÓN EUROPEA
FONDO EUROPEO DE DESARROLLO REGIONAL
"Una manera de hacer Europa"
AGENCIA ESTATAL DE INVESTIGACIÓN

Atelier
EDITORIAL | DERECHO

Colección OBSERVATORIO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS
Director
José María Gimeno Feliu
Catedrático Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza.
Director del Observatorio de Contratos Públicos
Coordinadora
Mª del Carmen de Guerrero Manso
Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza.



Actividad del proyecto
HACIA LA BUENA ADMINISTRACIÓN DESDE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL CONTEXTO DE LA UNIÓN EUROPEA DE LA SALUD. PID2023-150327NB-I00

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

Este libro ha sido sometido a un riguroso proceso de revisión por pares.

© 2026 Los autores

© 2026 Atelier
Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona
e-mail: editorial@atelierediteorial.com
https://atelieropenaccess.com/
Tel.: 93 295 45 61

I.S.B.N.: 979-13-88510-38-0
Depósito legal: B 22102-2026

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

Impresión: Winihard

ÍNDICE

PRIMERA PARTE:
CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA Y CREACIÓN DE VALOR

ESTUDIO DE MODELOS INNOVADORES DE FINANCIACIÓN Y CONTRATACIÓN PÚBLICA PARA ADQUISICIÓN DE TERAPIAS DISRUPTIVAS EN EL SISTEMA SANITARIO PÚBLICO ESPAÑOL 13
José María Gimeno Feliu

ACCESIBILIDAD Y CONTRATACIÓN PÚBLICA 55
José Antonio Moreno Molina

LA CONFIGURACIÓN PRETORIANA DE LA CONTRATACIÓN SOCIAL EN EL DERECHO EUROPEO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA 67
Gerardo García-Álvarez García

LAS «RS» DE LA ECONOMÍA CIRCULAR EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA . . 89
Teresa Medina Arnaiz

LA COMPRA PÚBLICA DE INNOVACIÓN COMO INSTRUMENTO PARA MEJORAR LA EFICACIA Y LA EFICIENCIA DE LAS INFRAESTRUCTURAS VIARIAS 113
María del Carmen de Guerrero Manso

CONTRATACIÓN PÚBLICA Y CLÁUSULAS SOCIALES EN EL MARCO DEL DESPLAZAMIENTO INTRACOMUNITARIO DE PERSONAS TRABAJADORAS . . 141
Javier Miranzo Díaz

A PROPÓSITO DE LA ETIQUETA ECOLÓGICA: REFLEXIONES EN TORNO A LA SOSTENIBILIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA 171
Leticia Fuertes Giné

SEGUNDA PARTE:
EUROPA, AUTONOMÍA ESTRATÉGICA Y NUEVOS EQUILIBRIOS DEL MERCADO

COMPRA EUROPEA PREFERENCIAL Y MEDIDAS RESTRICTIVAS: ¿QUÉ PRINCIPIO DEBE GUIAR LA CONTRATACIÓN PÚBLICA GEOESTRATÉGICA: HECHO «EN» O «CON» EUROPA?. 203
Rafael Fernández Acevedo

LA GOBERNANZA DE LA POLÍTICA COMERCIAL COMÚN EUROPEA EN LA ETAPA POST-KOLIN Y QINGDAO 231
Mª Eugenia López Mora

FINANCIACIÓN DE PROYECTOS Y DERECHO DE PRIORIDAD TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EN EL ASUNTO URBAN VISION SPA. 269
Michele Cozzio

18 PREGUNTAS (Y RESPUESTAS) SOBRE EL MECANISMO *SELF-CLEANING* EN CLAVE EUROPEA: ANTECEDENTES, FINALIDAD Y REQUISITOS EXIGIBLES PARA QUE UN LICITADOR INCURSO EN UNA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR EVITE SU EXCLUSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN 295
Anna Oliva Cuscó

TERCERA PARTE:
ORGANIZACIÓN DEL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

LOS PODERES ADJUDICADORES COMO OPERADORES ECONÓMICOS. 329
Miguel Ángel Bernal Blay

LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA: UN MODELO NECESARIO. RETOS Y DESAFÍOS 345
Belén Noguera de la Muela

LA NECESARIA REFORMA DE LAS CONCESIONES: LA VUELTA A LA SENDA EUROPEA (A PROPÓSITO DEL INFORME «REVITALIZACIÓN DEL MERCADO CONCESIONAL EN ESPAÑA», DE NOVIEMBRE DE 2025) 387
Francisco L. Hernández González

LA COMPRA SANITARIA AGREGADA EN ESPAÑA: DE LA RACIONALIZACIÓN INTERNA A LA RESILIENCIA Y AUTONOMÍA ESTRATÉGICA. 407
Andrea García Ruiz

CONFIGURACIÓN AUTONÓMICA DE LA PLANTA DE RECURSOS CONTRACTUALES Y AUTONOMÍA LOCAL 437
Lucía Cofrades Aquilué

CUARTA PARTE:
TRANSPARENCIA, INTEGRIDAD Y TRANSFORMACIÓN TECNOLÓGICA

LA REGULACIÓN DEL LOBBY Y EL CONTROL DE LA INFLUENCIA PRIVADA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA CHILENA: DESDE LA TRANSPARENCIA FORMAL HACIA LA HUELLA CONTRACTUAL. 447
Enrique Díaz Bravo

EL ESTADO ANTE EL RETO DE LA SOBERANÍA TECNOLÓGICA: BREVIARIO PARA EL CONTROL Y LA IMPLANTACIÓN DE LOS SISTEMAS ALGORÍTMICOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. 477
Jesús Alí Tahirí Moreno

QUINTA PARTE:
CUESTIONES ACTUALES SOBRE LA APLICACIÓN PRÁCTICA DEL DERECHO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

LA FÓRMULA IMPORTA: ANÁLISIS TÉCNICO DE LOS MÉTODOS DE VALORACIÓN DEL CRITERIO PRECIO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE LICITACIÓN. 529
Sara González Iglesias

LOS CONTRATOS DE SERVICIOS DE DETECTIVES EN LA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE CONTRATACIÓN 561
María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo

Financiación de proyectos y derecho de prioridad tras la Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Urban Vision SpA

Michele Cozzio
Abogado, profesor contratado y coordinador del Observatorio de Derecho Comunitario y Nacional sobre Contratación Pública de la Facultad de Derecho de la Universidad de Trento

SUMARIO: I. HACIA UNA REVISIÓN DEL DERECHO DE PRIORIDAD. II. EL CASO *URBAN VISION*: LOS HECHOS, LA CUESTIÓN PREJUDICIAL Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA. 1. Los hechos que dieron lugar a la cuestión prejudicial. 2. La sentencia del Tribunal de Justicia. III. ELEMENTOS QUE GENERAN INCERTIDUMBRE. IV. EL ALCANCE DE LA SENTENCIA Y SUS LÍMITES. V. MÁS ALLÁ DE LA SENTENCIA: PROPUESTA DE UNA NORMA EUROPEA.

I. HACIA UNA REVISIÓN DEL DERECHO DE PRIORIDAD

La sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 2026 en el asunto C-810/24 (*Urban Vision SpA*)[1] ha establecido que el derecho de prioridad reconocido al promotor en la financiación de proyectos de iniciativa privada (según

1. Se hace referencia a la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 5 de febrero de 2026 en el asunto C-810/24, *Urban Vision SpA* contra *Ayuntamiento de Milán y Digital Vox Srl*, según la cual la Directiva 2014/23/UE sobre la adjudicación de contratos de concesión (en particular, los artículos 3, apartado 1, 30 y 41, así como el considerando 68), en relación con el artículo 49 del TFUE sobre la libertad de establecimiento, se oponen a que un Estado miembro reconozca al promotor de un procedimiento de financiación de proyectos un derecho de prioridad que le permita adaptar su oferta a la del adjudicatario inicial y obtener la adjudicación del contrato (con el reembolso simultáneo al adjudicatario inicial de los gastos incurridos para preparar su oferta, hasta un máximo del 2,5% del valor estimado de la inversión).

la normativa italiana del art. 183, apartado 15, del Decreto Legislativo 50/2016) no se ajusta al Derecho europeo.

La sentencia aborda el complejo tema de las relaciones entre el sector público y el privado con una resolución que, aunque resuelve la cuestión planteada por el juez nacional, suscita interrogantes e incertidumbres[2], en lo que respecta a las decisiones que debe tomar sobre los procedimientos en curso, a la legitimidad del marco normativo nacional vigente (distinto del examinado por los jueces europeos), a las perspectivas que se deseen o no reservar a la financiación de proyectos de iniciativa privada (y, en términos más generales, a los instrumentos de colaboración público-privada o PPP)[3], a la luz también de la reforma en curso de la normativa europea sobre contratos públicos[4].

Tras la sentencia, la doctrina ha expresado de forma unánime su desacuerdo con que el derecho de prioridad sea contrario a los principios de libertad de

---

2. Véase M. Clarich, A. Nardi, *Una decisione che può segnare la fine del modello del project financing. Nota a CdS, Sez. V, ord. 25 novembre 2024, n. 9449*, en *Guida al Diritto —Il Sole 24 Ore*, 15 de febrero de 2026, p. 94; G. F. Cartei, De profundis *per il diritto di prelazione?*, de próxima publicación en *Giur. It.*; R. Caranta, *Tanto tuonò che piovve: in contrasto con il diritto dell'Unione la prelazione nel* project financing, de próxima publicación en *Riv. it. dir. pub. com.,* donde también aparece G. Di Fazio, *Sull'incompatibilità con il diritto europeo della prelazione nella finanza di progetto ad iniziativa privata. Alcuni spunti di riflessione*; F. Brunetti, M. Cerritelli, *La prelazione del promotore nel project financing dopo la sentenza «Urban Vision»*, en *dirittobancario.it*, 20 de abril de 2026; C. Guccione, M. Ferrante, I. Allegro, *Ppp senza prelazione: ecco come salvare le gare in corso in base allo stadio della procedura*, en *Enti Locali & Edilizia, Il Sole 24 Ore*, 19 de febrero de 2026; G. Manfredi, *Ideare nuove forme di partenariato compatibili con l'Ue*, en *Enti Locali & Edilizia, Il Sole 24 Ore*, 6 de marzo de 2026; M. Salerno, *Ppp, verso il rafforzamento del dialogo competitivo dopo lo stop Ue alla prelazione*, en *Enti Locali & Edilizia, Il Sole 24 Ore*, 9 de marzo de 2026; también R. Mangani, *La prelazione a due mesi dalla sentenza UE: gare in bilico e rischio paralisi per il project financing, Il Sole 24 Ore*, 10 de abril de 2026, destaca cómo, a raíz de la sentencia, las administraciones públicas se ven sometidas a presiones contrapuestas: por un lado, se les insta a dar curso de la manera más adecuada posible a las indicaciones del juez europeo, por otro lado, persiste el gran interés por comprobar si se dan las condiciones para evitar la anulación de todos los procedimientos en curso, que se refieren a operaciones ya iniciadas y de gran interés público, sin pasar por alto el riesgo de litigios por parte del promotor en caso de que se anule *sin más* el derecho de preferencia, o por parte de los demás licitadores en el supuesto de que se mantenga dicho derecho.

3. La cuestión es relevante si se tiene en cuenta que en numerosas medidas, como el Plan de Vivienda (véase el Decreto-ley n.º 66, de 7 de mayo de 2026, *por el que se establecen disposiciones urgentes para el Plan de Vivienda*, en *el Boletín Oficial* n.º 104, de 7 de mayo de 2026, en vigor desde el 8 de mayo de 2026 y actualmente en proceso de conversión), pero también en servicios como la gestión de bienes públicos y playas, además de infraestructuras estratégicas, la fórmula de las APP constituye un importante instrumento de ejecución.

4. Sobre este tema, véase W. Janssen, F. Lichère y K-M. Magga (eds.), *Reforming EU Public Procurement. Proposals for the Reform of Directive 2014/24/EU*, Cheltenham, 2026, ofrecen un análisis detallado de las cuestiones jurídicas más relevantes en el ámbito del derecho de los contratos públicos, al tiempo que formulan una serie de propuestas para su actualización en el marco de la reforma de las Directivas de la UE; véanse también los editoriales de D. Klingler, *«Revision of the Public Procurement Directives: «In Search of the North Star»*, en *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2026, pp. 1-5, y de M. Cozzio, *Verso la riforma delle direttive UE sui contratti pubblici: la Risoluzione del Parlamento europeo*, en *Il diritto dell'economia*, 2025, pp. I-XV.

establecimiento, igualdad de trato, transparencia, inalterabilidad de la oferta y competitividad. No faltan posiciones coincidentes por parte de las instituciones nacionales, empezando por el Tribunal de Cuentas y las principales organizaciones del sector.

Como se ha señalado, se tiende a reconocer una «fuerza expansiva natural de la sentencia del juez comunitario, capaz de anular el derecho de prioridad en términos absolutos»[5].

Se estigmatiza el derecho de prioridad, sin ofrecer interpretaciones alternativas que tengan en cuenta los cambios en el contexto normativo y económico.

De repente, desde una perspectiva marcadamente dogmática, se borran décadas de experiencia y buenas prácticas acumuladas con la financiación de proyectos y el derecho de prioridad.[6]

Los datos relativos al mercado nacional demuestran hasta qué punto los instrumentos de colaboración impulsados por el sector privado han representado (y siguen representando, al menos hasta que se pronuncie el Tribunal de Justicia) un canal concreto para movilizar recursos y proyectos en sectores estratégicos, en particular para el desarrollo de infraestructuras (por ejemplo, puertos, aeropuertos y carreteras), así como para la gestión de servicios de interés general (por ejemplo, en los sectores de la energía y la gestión de residuos).

A este respecto, basta con consultar el último informe anual del DIPE sobre la colaboración público-privada y la financiación de proyectos[7]: a finales de 2024 se registraban 267 adjudicaciones de contratos por un valor total de 29,5 mil

---

5. Véase R. Mangani, *La prelazione a due mesi dalla sentenza UE: gare in bilico e rischio paralisi per il project financing*, cit.

6. Véase la *Relazione illustrativa al c.d. Correttivo al Codice* (Decreto legislativo n.º 209, de 31 de diciembre de 2024), en la que el legislador nacional confirma que el objetivo de la financiación de proyectos es impulsar el sector de las obras y los servicios públicos mediante el recurso a capitales privados, sin gravar los recursos públicos; en el informe se reconoce expresamente que la financiación de proyectos «ha adquirido un papel de creciente importancia en el ordenamiento jurídico interno, ofreciendo una tercera vía frente a la dicotomía entre la financiación de las obras a cargo exclusivo de la administración o el recurso exclusivo al mercado, gracias al uso de formas de cofinanciación público-privada, aplicadas en consonancia con la capacidad de programación de cada entidad pública». Véase también G.F. Cartei, De profundis *per il diritto di prelazione?*, cit., que destaca cómo, en más de dos décadas de uso de la financiación de proyectos, se han obtenido ventajas para las administraciones, no solo en términos de ahorro financiero, sino también de aportaciones de innovación y recursos por parte del capital privado.

7. Véase el Dipartimento per la Programmazione e il Coordinamento della Politica Economica (DIPE) de la Presidencia del Consejo de Ministros, *Relazione sull'attività svolta dal DIPE nell'anno 2024 in materia di Partenariato Pubblico Privato e Finanza di Progetto*, junio de 2025, disponible en el portal web https://www.programmazioneeconomica.gov.it, sección «Publicaciones del DIPE»). Véase M. Salerno, *Ppp, verso il rafforzamento del dialogo competitivo dopo lo stop Ue alla prelazione*, op. cit., que recoge los datos presentados por Veronica Vecchi con motivo del evento «*The Energy Transition Expo*», celebrado en Rímini en marzo de 2026: la colaboración público-privada por iniciativa privada representa el 1,85% del total de los contratos cuando el objeto se refiere a inversiones y supera el 90% en el caso de operaciones superiores a 100 millones de euros; estas cifras, señala la autora, confirman el efecto palanca que este instrumento (incluido el derecho de preferencia) es capaz de ejercer para apoyar las inversiones en la economía italiana.

millones de euros, con un valor medio por contrato de 111 millones de euros y una duración media de 19 años[8]. De estos contratos, 170 (más del 65%) se han adjudicado mediante financiación de proyectos, en su mayoría (112) al amparo del Decreto Legislativo 50/2016[9]. No menos relevante es el hecho de que la mayoría son contratos adjudicados tras procedimientos iniciados por iniciativa privada, con previsión del derecho de prioridad.

Los datos disponibles a nivel europeo no ofrecen información específica, pero confirman la importancia del mercado de las concesiones: más de 377 mil millones de euros entre 2016 y 2021, con valores que se han más que duplicado desde 2016, año que marca la entrada en vigor de la Directiva 2014/23/UE[10].

En este sentido, el abandono de los instrumentos de colaboración público-privada impulsados por la iniciativa privada no parece constituir una solución óptima, sobre todo teniendo en cuenta que, en el contexto actual, resulta necesario reforzar —a nivel europeo, no solo nacional— la movilización de recursos privados y la capacidad de intervención en sectores estratégicos[11].

Partiendo de estas premisas, el presente artículo invita a profundizar en las cuestiones planteadas por la sentencia del Tribunal cambiando de perspectiva, superando las interpretaciones dogmáticas y la ratificación *sin más* de la prelación como elemento que vulnera los principios de la normativa sobre contratos públicos.

---

8. Véase la página 27 della *Relazione*, cit. Los datos recogidos se refieren a las adjudicaciones de contratos declaradas como formalizadas antes del 31 de diciembre de 2024. El informe se basa en los datos de las operaciones de APP supervisadas a través de la plataforma de la Contabilidad General del Estado. Cabe señalar que, en materia de supervisión de las operaciones de APP, el Código de Contratos Públicos (en particular, el art. 175, apartado 7, revisado tras la citada *Correttivo*) establece que las entidades adjudicadoras están obligadas a transmitir —a través del portal creado en la Contabilidad General del Estado— la información sobre los contratos celebrados, cuyo objeto sea la realización de obras o trabajos, y que dicho cumplimiento (y aquí radica la novedad relevante) constituye una condición para la eficacia de dichos contratos.

9. Véase la página 40 della *Relazione*, citado.

10. Véase Comisión Europea, *Relazione sul funzionamento della direttiva 2014/23/UE relativa all'aggiudicazione dei contratti di concessione e sull'impatto sul mercato interno delle esclusioni di cui all'articolo 12*, COM(2023) 460 final, de 28 de julio de 2023, apartado 2. Francia e Italia representan más de dos tercios del mercado de las concesiones en la UE. Junto con España y Alemania, explican el 85% del crecimiento total en el mismo periodo. También países como Austria, Chequia, Finlandia, Hungría, Croacia, Malta y Suecia están recurriendo cada vez más a las concesiones. Curiosamente, el sistema británico, del que tiene su origen la práctica de *la «Private Finance Initiative»* (PFI), constituye una excepción a esta tendencia positiva; véase R. Caranta, *Tanto tuonò che piovve: in contrasto con il diritto dell'Unione la prelazione nel* project financing, cit., quien recuerda que, desde 2018, el Gobierno británico ha excluido el recurso a la PFI; sobre este tema, siempre en referencia al mercado británico, véase también P. Telles, A. Christidis, *«The regulation of public-private partnerships and concession contracts in the UK»*, en P. Bogdanowicz, R. Caranta, P. Telles (eds.), *Public-Private Partnerships and Concessions in the EU. An Unfinished Legislative Framework*, Cheltenham, 2020, p. 192.

11. Así lo recuerda, entre otros, M. Draghi, *«The future of European competitiveness. Part A. A competitiveness strategy for Europe»*, 2024, disponible en la página web de la Comisión Europea.

Desde este punto de vista, los aspectos críticos señalados por el Tribunal (y por la Comisión Europea)[12] pueden considerarse referencias útiles para mejorar el marco normativo, salvaguardando al mismo tiempo soluciones que han demostrado ser ventajosas.

Además, la reforma en curso del Derecho europeo de los contratos públicos ofrece la oportunidad de plantear una normativa común, que garantizaría una mayor uniformidad jurídica y seguridad sobre las normas aplicables, en beneficio de los operadores y de la colectividad.

A este respecto, cabe señalar que la interacción entre la jurisprudencia europea y la legislación europea no se limita a una mera incorporación de las orientaciones del Tribunal de Justicia[13]. El análisis jurídico confirma que, en más ocasiones, el legislador de la UE ha intervenido redefiniendo los equilibrios establecidos en la jurisprudencia, introduciendo normas que, aunque respetan los principios generales, modulan su aplicación en función de nuevos objetivos.[14]

Este dinamismo también se aprecia en las evoluciones más recientes del Derecho europeo de los contratos públicos, en las que cobran relevancia cuestiones relacionadas con la seguridad económica, la resiliencia de los sistemas productivos y la protección de la autonomía estratégica. Se trata de líneas maestras de un cambio que remodela el marco normativo tradicional, basado en la apertura y la competencia, con soluciones regulatorias articuladas[15]. En este con-

---

12. Se hace referencia al procedimiento de infracción INFR(2018)2273 iniciado por la Comisión en 2018 en relación con la falta de conformidad del marco jurídico italiano con las Directivas de la UE de 2014 sobre contratos públicos. El procedimiento sigue pendiente en lo que respecta a algunas observaciones críticas (en particular, en relación con el art. 35, «*Acceso a los expedientes y confidencialidad*», y al art. 193, «*Procedimiento de adjudicación* de la financiación del proyecto», del Decreto Legislativo 36/2023), que la Comisión Europea considera que persisten tras las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo 209/2024, denominado «*Correctivo* al nuevo Código de Contratos Públicos».

13. Por lo demás, la historia del Derecho de la Unión Europea es la historia de la circulación de las normas jurídicas en Europa; véase G. Benacchio, *L'Unione europea e il diritto privato. Fenomenologia di un'evoluzione*, Padova, 2024, 68 y ss.; véase también G. Benacchio, M. Cozzio, *La giurisprudenza europea e le incertezze del diritto*, en M. Cozzio, C. Tugnoli (eds.), *Teorie e pratiche della giustizia*, Trento, 2022, 401 y ss.

14. Véase M. Cozzio, *Il formante giurisprudenziale nel processo di europeizzazione della disciplina in tema di modifiche dei contratti pubblici*, en L. Antoniolli, M. Cozzio, M. Graziadei et al. (eds.), *Studi in onore di Gian Antonio Benacchio: le frontiere del diritto comparato ed europeo*, Napoli, 2025, p. 778, donde se recuerda que fueron los jueces europeos quienes precisaron las condiciones de admisibilidad de las modificaciones de los contratos públicos en fase de ejecución, a falta de normas explícitas (al menos hasta la adopción de las Directivas de 2014), estableciendo cuándo y qué garantías procesales y de publicidad eran necesarias. Las estrictas pautas elaboradas por la jurisprudencia europea se adelantaron a la actividad del legislador europeo y la condicionaron; este se encargó de transponerlas a las Directivas de 2014, suavizando en la medida de lo posible la rigidez y el formalismo y, en algunos casos, superando las limitaciones establecidas por el Tribunal.

15. En cuanto a la multiplicación de los objetivos que deben perseguirse a través de la contratación pública, véase el Tribunal de Cuentas Europeo, «*Contratación pública en la UE. Menos competencia en los contratos de obras, bienes y servicios adjudicados en el período 2011-2021*», Informe especial n.º 28/2023 (en particular, el apartado 49), a la que la Comisión Europea ha dado curso reconociendo el creciente consenso político en torno al uso del gasto público como instrumento

texto, la prelación no parece destinada necesariamente a ser eliminada, sino a ser objeto de una necesaria reconfiguración —junto con otras soluciones que puedan favorecer e incentivar la innovación— en el marco de un procedimiento que permita su supervivencia en formas compatibles con el Derecho de la Unión y coherentes con las transformaciones en curso.

II. EL CASO URBAN VISION: LOS HECHOS, LA CUESTIÓN PREJUDICIAL Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

1. Los hechos que dan lugar a la cuestión prejudicial

En marzo de 2021, una unión de operadores en proceso de constitución (*Vox Communication y otros*) presentó al Ayuntamiento de Milán una propuesta de patrocinio técnico para el diseño, el suministro y la gestión de 70 aseos públicos automatizados, a cambio de una contraprestación consistente en el derecho de explotación económica de 97 instalaciones publicitarias, todo ello por un periodo de 18 años y con un valor estimado de las prestaciones a cargo del patrocinador de más de 14 millones de euros.

El Ayuntamiento considera que la propuesta es interesante y la utiliza como base para una licitación pública destinada a recabar soluciones de mejora[16]. De hecho, al término de la licitación, la mejor oferta resulta ser la de *Urban Vision S.p.A.* —un operador distinto del proponente inicial— que se compromete a construir 110 aseos y a gestionarlos durante 24 años (por un valor estimado total de 34 millones de euros), a cambio de la posibilidad de explotar 97 instalaciones publicitarias, instaladas en las mismas estructuras de servicio, y previa su conversión a formato digital. Sin embargo, la adjudicación final recayó en el proponente inicial (*Vox Communication y otros*), que hizo uso de la facultad prevista por *la lex specialis* de ejercer el «derecho de adecuación» (equivalente al derecho de prioridad), en virtud del cual se comprometió a modificar su oferta adaptándola a los contenidos y obligaciones definidos por la que resultó ser la mejor oferta.

---

para contribuir a los objetivos estratégicos generales de la UE, entre los que se incluyen la *sostenibilidad*, la *resiliencia* y la *seguridad del abastecimiento* (véanse *las respuestas de la Comisión Europea al Informe especial del Tribunal de Cuentas Europeo*, 2024). Esta afirmación ayuda a comprender cómo, en el sistema europeo de contratación pública, se está creando una zona de tensión entre, por un lado, la consecución de objetivos estratégicos (por ejemplo, los medioambientales, de innovación o de seguridad) y, por otro, el respeto de los principios «estructurales» del mercado interior, lo que condiciona inevitablemente las modalidades de integración normativa de dichos objetivos; sobre este tema, véase *más adelante* el apartado 2.2.

16. El procedimiento daba cumplimiento a *las Directrices para la realización, con carácter experimental, de proyectos e iniciativas destinados a la regeneración de espacios públicos urbanos mediante la selección de patrocinadores técnicos*, que el Ayuntamiento de Milán había adoptado mediante acuerdo del Pleno Municipal n.º 658, de 29 de mayo de 2020.

Urban Vision S.p.A. impugna la adjudicación ante el Tribunal Administrativo Regional (TAR) de Lombardía[17], que desestima el recurso.

El juez administrativo señala que, para la adjudicación del contrato —calificado como patrocinio técnico—, tanto el Derecho europeo como el nacional establecen un procedimiento escueto, que deja un amplio margen de discrecionalidad a las administraciones[18].

En este sentido, las administraciones pueden poner en marcha procedimientos destinados a recabar ofertas de prestaciones, participaciones en los gastos, colaboraciones en la identificación de las prestaciones que constituirán la base de la licitación, diálogos competitivos, negociaciones diversas; en otras palabras, «un caleidoscopio de posibilidades entre las que no puede excluirse tampoco el derecho de prioridad o de subrogación en la adjudicación, siempre que se persiga el interés público y se respeten los principios comunitarios en materia de licitaciones públicas»[19].

En lo que respecta específicamente al derecho de ajuste (o derecho de prioridad), el juez considera que no conlleva efectos distorsionadores ni ventajas indebidas. De hecho, los licitadores no se encuentran en la misma situación ni desempeñan funciones superponibles. Basta con considerar que los gastos derivados de la participación en el proceso competitivo —tanto de naturaleza directa (documentos, certificaciones, proyectos) como indirecta (tiempo dedicado, gastos organizativos)—, aunque son significativos para todos los participantes, no son tan relevantes como los soportados por el proponente inicial.

Sobre la base de dicha diferencia[20], el juez de primera instancia excluye la

17. Véase TAR de Lombardía, sección de Milán, 29 de enero de 2024, n.º 196.

18. Véase el art. 19 «*Contratos de patrocinio*», del Decreto Legislativo 50/2016. La norma establece la obligación de publicar previamente en la página web de la entidad adjudicadora, durante al menos treinta días, un anuncio específico (en el que se dé a conocer la búsqueda de patrocinadores para intervenciones concretas, o se comunique la recepción de una propuesta de patrocinio, indicando de forma resumida el contenido del contrato propuesto); una vez transcurrido dicho plazo, la entidad adjudicadora queda libre para negociar el contrato «respetando los principios de imparcialidad y de igualdad de trato entre los operadores que hayan manifestado su interés». En particular, la norma del apartado 2 deja sin perjuicio la necesidad de verificar que los ejecutores cumplan los requisitos, respetando los principios y límites europeos en la materia, y excluye la aplicación de las disposiciones nacionales y regionales en materia de contratos públicos de obras, servicios y suministros, con excepción de las relativas a la cualificación de los proyectistas y los ejecutores. Se trata, observa el juez de primera instancia, de una normativa bastante escueta, que contempla un procedimiento ágil y extremadamente simplificado, desvinculado del cumplimiento de la minuciosa normativa establecida por el Código de Contratos Públicos, pero siempre marcado por el respeto de los principios generales de imparcialidad e igualdad de trato entre los operadores que hayan manifestado su interés tras la publicación del anuncio.

19. Véase TAR de Lombardía, Milán, 29 de enero de 2024, n.º 196, punto 3.2.

20. Sobre la cuestión de la diferencia entre la posición del promotor y la de los demás licitadores, véase también R. Mangani, *La prelazione a due mesi dalla sentenza UE: gare in bilico e rischio paralisi per il project financing*, cit., según el cual el promotor no es un competidor como los demás, sino que tiene una posición diferenciada que se deriva de la propuesta, es decir, de su idea de proyecto, por la que ha asumido costes y tiempos de elaboración. En esencia, para el autor, «el derecho de preferencia no es un privilegio, sino una facultad que se reconoce a quien ha actuado

posibilidad de que el denominado «derecho de ajuste» viole, por sí mismo, el principio de igualdad de trato.[21]

En apelación[22], los jueces del Palazzo Spada se muestran más cautelosos.

En primer lugar, reclasifican la iniciativa y el procedimiento correspondiente en el ámbito de la financiación de proyectos, y no del patrocinio técnico[23]. De ahí la diferente definición del marco normativo de referencia, en particular el artículo 183, apartado 15, del Decreto Legislativo 50/2016 (norma aplicable *ratione temporis*) y, a nivel europeo, la Directiva 2014/23/UE sobre contratos de concesión.

En segundo lugar, se plantean dudas sobre la conformidad con la normativa europea de la norma de financiación de proyectos que establece el derecho de prioridad.[24] En particular, advierten de que la aplicación de esta última altera el resultado de la licitación a favor del promotor, quien, al ejercer el derecho de prioridad, se ve en condiciones de ajustar *a posteriori* su oferta a la considerada como la mejor, convirtiéndose así en el adjudicatario.

El derecho de prioridad afecta, por tanto, al principio de igualdad de trato que rige las licitaciones públicas, «poniendo en tela de juicio su esencia», de ahí las dudas que dan lugar a la remisión prejudicial al Tribunal de Justicia.

A este respecto, la resolución reviste especial interés.

Los jueces recuerdan que la directiva europea no regula en modo alguno el derecho de prioridad. Esta circunstancia, señalan, no puede considerarse por sí

---

por iniciativa propia, asumiendo riesgos y cargas, además en comparación con otros posibles competidores».

21. A este respecto, se hace referencia también a la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sala VII, de 4 de abril de 2023, n.º 3486.

22. Véase la resolución de remisión prejudicial del Consejo de Estado, Sección Quinta, de 25 de noviembre de 2024, n.º 9449.

23. Véase Consejo de Estado, de 25 de noviembre de 2024, n.º 9449, punto 12, donde se señala que, en el contrato de patrocinio, el patrocinador se compromete a destinar sus propios recursos para financiar la prestación que interesa a la administración y recibe a cambio un beneficio inmaterial, el retorno de imagen (aleatorio) como consecuencia de la comunicación al público de la ejecución de la prestación. En el caso objeto del recurso de apelación, en cambio, la contraprestación consiste en el beneficio económico derivado del uso o aprovechamiento de las 97 instalaciones publicitarias, y el patrocinador asume el riesgo del aprovechamiento publicitario. El particular asume la carga de construir los aseos públicos automatizados y de transformar las instalaciones publicitarias con sus propios recursos, pero tampoco recibe una contraprestación en dinero, sino que puede explotar las 97 instalaciones publicitarias. Por lo tanto, el particular financia la intervención, asume el riesgo operativo de las obras y de la gestión, así como el riesgo de la demanda en relación con las instalaciones publicitarias. La carga, asumida por el consorcio, de financiar la obra sin garantía de recuperación de la inversión —que depende de los ingresos derivados de la explotación de las instalaciones publicitarias— constituye un ejemplo típico de asunción del riesgo que caracteriza a la concesión y a la asociación público-privada.

24. Para un análisis detallado de la evolución normativa relativa al derecho de preferencia, véase C. Contessa, *La prelazione in favore del promotore nelle operazioni di PF: panoramica sull'istituto e profili di legittimità*, en *Orizzonte PPP. Notizie e approfondimenti su PPP e Project Finance*, 2025, 3, 25 y ss.; en términos más generales, en lo que respecta a la institución de la financiación de proyectos y a las modificaciones normativas que se han producido a lo largo del tiempo, véase C. Guccione, *La finanza di progetto (artt.193-195)*, en M. Clarich (ed.), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, 2025, Turín, III ed., p. 1677 y ss. y la bibliografía allí citada.

misma un obstáculo para el derecho de prioridad. En el razonamiento que sigue, identifican una lista de elementos extraídos del ordenamiento jurídico europeo que pueden tanto justificar este derecho como excluirlo.

Entre los elementos a favor se señalan:

— la «flexibilidad a la hora de definir y organizar el procedimiento de selección del concesionario»[25];
— el equilibrio entre flexibilidad e igualdad de trato, que se plasma en la transparencia y el respeto de la información facilitada[26];
— la información «mínima», que se refiere a la «naturaleza y el ámbito de aplicación de la concesión», pero también a la «limitación del número de candidatos»[27];
— las «normas de carácter general» necesarias para garantizar la igualdad de trato, que «pueden hacer referencia a factores de carácter no puramente económico, pero que puedan influir en el valor de una oferta desde el punto de vista de la administración», de modo que «permitan identificar una ventaja económica global para la administración»[28];
— la consideración positiva de la inclusión en los criterios de adjudicación de factores medioambientales, sociales o relacionados con la innovación[29];
— la importancia de la comunicación no discriminatoria de la «información que pueda beneficiar a determinados candidatos u oferentes frente a otros» a efectos del respeto de los principios de paridad e igualdad[30].

Todos estos elementos —flexibilidad, importancia de la difusión de la información sobre el procedimiento a efectos del respeto de las garantías mínimas de igualdad de trato, transparencia pública a efectos de la selección de la propuesta más innovadora— «hacen que no sea seguro deducir la incompatibilidad de la cláusula de prioridad con la Directiva»[31].

El juez administrativo también hace referencia al Derecho primario de la Unión, en especial a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios (artículos 49 y 56 del TFUE), así como a la posibilidad de considerar conformes (con el Derecho europeo) las soluciones nacionales que, a pesar de los efectos restrictivos sobre dichas libertades[32], sirvan para garantizar la satisfacción de exigencias imperativas de interés general, de manera adecuada y proporcionada.

---

25. Véase el considerando 68, así como los considerandos 1 y 8, de la Directiva 2014/23/UE.
26. Véase el considerando 68 de la Directiva 2014/23/UE.
27. Véase el considerando 68 de la Directiva 2014/23/UE.
28. Véase el considerando 73 de la Directiva 2014/23/UE.
29. Véase el considerando 73 de la Directiva 2014/23/UE.
30. Véanse los artículos 3 y 30 de la Directiva 2014/23/UE.
31. Véase la resolución del Consejo de Estado, de 25 de noviembre de 2024, n.º 9449, punto 24.
32. Posibilidad introducida por primera vez por el Tribunal de Justicia de la UE mediante la sentencia de 30 de noviembre de 1995 en el asunto C-55/94, *Reinhard Gebhard*; sobre este tema, véase *más adelante*.

En este sentido, señala el juez administrativo, «…la prelación, al promover las propuestas del sector privado frente a la actividad pública, constituye una aplicación del principio de subsidiariedad horizontal (art. 118 de la Constitución), es expresión de una modalidad de cooperación que puede hacer más eficaz, en términos de tiempo y recursos, la realización de los intereses públicos y promover una renovación de la administración mediante la adquisición de nuevos conocimientos, propios del sector privado (en consonancia con los principios de imparcialidad y buena gestión del art. 97 de la Constitución), además de constituir un estímulo para la empresa».

Entre los elementos en contra, el juez nacional destaca la circunstancia de que la prelación:

— garantiza la adjudicación al promotor, aunque la mejor oferta haya sido presentada por otro candidato;
— no premia necesariamente al sujeto que ha presentado la oferta más favorable para la administración, pues, de ser así, no sería necesario ejercer el derecho de prioridad;
— «no delimita el ámbito de aplicación de la institución, al no exigir que el objeto del contrato presente características que permitan circunscribir su utilización, más allá del tipo de financiación y de su adecuación al interés público»;
— no presupone el carácter innovador de la propuesta, ni en cuanto a una característica intrínseca de la misma ni en cuanto a una novedad con respecto a la actividad anterior llevada a cabo por la administración;
— no exige una transparencia inicial en cuanto a la posición privilegiada del promotor (aunque, en el caso que nos ocupa, el Ayuntamiento la haya garantizado), dado que el derecho de prioridad solo se da a conocer con el inicio de la licitación posterior a la presentación de la propuesta inicial, mientras que la posición privilegiada tiene su origen en la conducta previa;
— carece de garantías y modalidades procesales en caso de que haya varios promotores que presenten una propuesta.

En conjunto, los elementos recabados llevan al Consejo de Estado a cuestionar sus orientaciones anteriores a favor del derecho de prioridad[33] y a reconocer la obligación de plantear una cuestión prejudicial, también debido a que no existen resoluciones específicas de los tribunales europeos sobre este tema[34].

33. Véase, en particular, la ya citada sentencia del Consejo de Estado, VII, de 4 de abril de 2023, n.º 3486.

34. La cuestión planteada al Tribunal de Justicia de la UE se formula de la siguiente manera: «si los principios de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios a que se refieren los artículos 49 y 56 del TFUE, así como la Directiva 2014/23/UE, interpretados a la luz de los principios de proporcionalidad, buena administración y eficiencia, y el artículo 12 de la Directiva n.º 2006/123/CE —en caso de que el Tribunal lo considere aplicable—, se oponen a la normativa nacional sobre el derecho de preferencia, recogida en el artículo 183, apartado 15, del Decreto Legislativo n.º 50/2016».

2. La sentencia del Tribunal

A los jueces europeos les bastan unos pocos párrafos para establecer:

— la calificación del contrato (concesión mixta, de obras y servicios);
— el marco normativo europeo al que hay que remitirse (Directiva 2014/23/UE, en particular el artículo 3, apartado 1, el artículo 41, apartado 1, así como el artículo 49 del TFUE en materia de libertad de establecimiento) para evaluar la conformidad de la norma sobre el derecho de prioridad (artículo 183, apartado 15, del Decreto Legislativo 50/2016);
— la imposibilidad de considerar los objetivos perseguidos mediante el derecho de prioridad (entre otros, la promoción de la subsidiariedad horizontal y de la innovación) como motivos de interés general aptos para justificar restricciones a la libertad de establecimiento (y a los principios conexos de no discriminación, igualdad de trato y transparencia).

Un punto central en el razonamiento de los jueces es la violación que la normativa sobre el derecho de prioridad supone respecto a la igualdad de trato de los operadores y, de manera más general, el desvío respecto al objetivo de la apertura del mercado de las concesiones[35].

El Tribunal de Justicia establece que la norma nacional[36], al permitir que el proponente inicial modifique la oferta tras el procedimiento de evaluación, interfiere en lo que está prohibido «[por] la propia esencia de las normas de la UE relativas a los procedimientos de adjudicación de concesiones», es decir, la obligación de garantizar que los licitadores se encuentren en igualdad de condiciones y que sus respectivas ofertas se evalúen en condiciones de competencia efectiva[37].

El derecho de prioridad, en otras palabras, afecta a la competencia, ya que el Derecho europeo exige, en principio, que la oferta no pueda modificarse tras su presentación, ni por iniciativa de la administración ni por iniciativa del licitador[38].

En este sentido, señala el Tribunal, ninguna de las disposiciones de la Directiva sobre concesiones (en particular, los artículos 3, 30 y 41) puede interpretarse en el sentido de permitir a los Estados miembros (en la fase de transposición) y/o a las administraciones (en la fase de definición de *la lex specialis*) apartarse del principio de igualdad de trato y, por lo tanto, justificar el derecho de prioridad[39].

En este punto, la sentencia parece tan tajante como precipitada. La decisión «gordiana» de los jueces europeos evita profundizaciones y sopesamientos que, sin embargo, podrían haber dado lugar a soluciones alternativas, no solo útiles, sino necesarias para los retos a los que se enfrentan los Estados miembros.

35. Véanse los apartados 46 y 47 de la sentencia.
36. La referencia es al citado artículo 183, apartado 15, del Decreto Legislativo n.º 50/2016.
37. Véanse los apartados 41 y 47 de la sentencia.
38. Véase el punto 41 de la sentencia.
39. Véase el punto 48 de la sentencia.

Por lo tanto, una exposición de motivos más detallada podría haber arrojado luz sobre las numerosas dudas que siguen sin resolverse.

Por ejemplo, el Tribunal declara el carácter inderogable de la igualdad de trato[40], considerada el núcleo esencial de la normativa europea en materia de contratos públicos. A este respecto, cabe señalar que dicha afirmación no parece tener en cuenta las soluciones más recientes introducidas por la normativa europea, que inciden y matizan en varios aspectos este y otros principios. Dichas soluciones no constituyen excepciones aisladas, sino que representan —por su relevancia, sistematicidad y frecuencia— nuevos e imprescindibles puntos de referencia del marco normativo europeo[41].

Por otra parte, la normativa europea de reciente creación se inspira en valores (como la defensa comercial, la seguridad económica, la resiliencia estratégica, la autonomía estratégica y la prioridad por los bienes y servicios europeos) cuya consecución implica una restricción de los principios de igualdad de trato, máxima apertura y competencia, en función de la búsqueda de nuevos equilibrios.

Esto se observa en las soluciones relativas a los «ajustes de puntuación»[42], las «sanciones proporcionadas»[43], los «requisitos de admisibilidad» y los «derechos de prioridad o prioridad selectiva»[44], presentes en la normativa que regula la partici-

40. Véase el punto 48 de la sentencia, según el cual «ninguna de las disposiciones de dicha Directiva [nota del editor: 2014/23/UE] puede interpretarse en el sentido de que permita a los Estados miembros y a las entidades adjudicadoras apartarse del principio de igualdad de trato».

41. Así lo afirma también R. Caranta, *«Of many sticks and one mutant carrot: The new external dimension of EU public contracts»*, en W. Janssen, F. Lichère y K-M. Magga (eds.), *Reforming EU Public Procurement. Proposals for the Reform of Directive 2014/24/EU*, cit., p. 149 y ss., quien centra su análisis, en particular, en las normas europeas que intervienen directa y/o indirectamente en el ámbito de la denominada «dimensión exterior» de los contratos públicos. Otros autores llegan a conclusiones similares tras centrar sus análisis en las normas europeas que regulan sectores de gran relevancia medioambiental; véase, por ejemplo, X. Lazo Vitoria, «La legislación sectorial «toma el control» de la contratación pública», en *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º 163, de enero de 2026, que recoge las actas de la V.ª edición del Seminario Internacional *«Contratación Pública Verde y Cambio Climático»,* celebrado los días 24 y 25 de septiembre de 2025 en la Universidad de Alcalá, en España.

42. Esta solución implica la reducción relativa, en un porcentaje determinado, de la puntuación de una oferta resultante de su evaluación por parte de una administración sobre la base de los criterios de adjudicación definidos en los pliegos de condiciones. Además, en los casos en que el precio o el coste constituya el único criterio de adjudicación, el ajuste de la puntuación supone el aumento relativo, a efectos de la evaluación de las ofertas, de un determinado porcentaje del precio ofrecido por un licitador.

43. Esta solución implica que las entidades adjudicadoras deben incluir en los pliegos de condiciones una serie de condiciones que obliguen a los futuros contratistas a no suministrar más del 50 % de los productos solicitados, o de sus componentes principales, procedentes de los terceros países identificados por la Comisión. Los contratistas están obligados a aportar pruebas del cumplimiento de dicha condición y, en caso de incumplimiento, sus ofertas estarán sujetas a una «sanción proporcionada».

44. Esta solución implica que las administraciones tienen la facultad de dar preferencia a la oferta que no ocupe el primer puesto en la clasificación cuando las diferencias (especialmente de precio) entre las ofertas no superen determinados valores porcentuales preestablecidos. Esta solución

pación de operadores y bienes de terceros países, el apoyo a la producción europea y el apoyo a la transición ecológica y tecnológica.

En términos más generales, en relación con estas cuestiones surge un punto de tensión entre, por un lado, la consecución de objetivos que podemos definir como estratégicos y, por otro, el respeto de los principios estructurales del mercado interior, lo que condiciona inevitablemente las modalidades de integración normativa de dichos objetivos.

En la sentencia *Urban Vision,* el Tribunal no parece tener en cuenta estos nuevos elementos que caracterizan el Derecho europeo de los contratos públicos.

Surgen nuevas dudas a raíz del contraste entre el enfoque riguroso de la sentencia y la flexibilidad que, a partir de las directivas de la UE de 2014, inspira el Derecho europeo de los contratos públicos. Cabe señalar que, precisamente con motivo de la reforma de 2014, el legislador europeo intervino por primera vez en la cuestión de las modificaciones de los contratos en curso de ejecución, abriendo la puerta a soluciones que rompen con las orientaciones vigentes anteriormente.[45]

Así, frente a la norma que exige que se garantice la correspondencia entre el contrato licitado y el ejecutado —establecida para garantizar la efectiva competencia—, las Directivas de 2014 introdujeron una serie de excepciones que permiten modificar el contrato sin necesidad de iniciar nuevos procedimientos de adjudicación. Dichas excepciones afectan a la igualdad de trato y pueden referirse tanto a modificaciones *subjetivas*, relativas a la identidad y la organización de las empresas contratistas, como a modificaciones *objetivas* del contrato (incluidos elementos como la duración, los importes, etc.)[46], incluida la modificación del alcance del objeto del contrato mediante la adjudicación directa de obras al concesionario (véase el art. 43 de la Directiva 2014/23/UE).

La solución persigue objetivos de *flexibilidad*, equilibrando la norma general —restrictiva— que exige la plena correspondencia entre el contrato adjudicado y el ejecutado, con la posibilidad de redefinir los contenidos contractuales. La solución va en la dirección, señalada por una doctrina atenta[47], según la cual

---

ya está presente en el Derecho europeo de contratos públicos (por ejemplo, art. 85, apartado 3, de la Directiva 2014/25/UE).

45. El tema queda bien reflejado en la obra de G. Benacchio, *L'Unione europea e il diritto privato. Fenomenologia di un'evoluzione*, Milán, 2024, p. 347; véase también G. Comporti, *La rinegoziazione dei contratti pubblici: una via per il ripensamento di antichi paradigmi*, en *Il diritto dell'economia*, 2024, 1, pp. 11-75; véase también la nota 10 *supra*.

46. Sobre este tema, véase P. Bogdanowicz, «*Modification of contracts during their term*», en R. Caranta, A. Sánchez-Graells (eds.), *European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/UE*, Cheltenham, 2021, p. 776 y ss.

47. Nos referimos, en particular, a los estudios de M. Cafagno, «*Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*», Milán, 2001, p. 188 y ss., quien demuestra hasta qué punto la rigidez de los contratos (en particular, la dificultad de aprovechar nuevos elementos e información) supone un coste en términos de eficiencia; véase también M. Cafagno, *Principio di risultato e procedure di affidamento delle concessioni amministrative*, en *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2024, 2, p. 217 y ss.; D. Maresca, *La modificazione sostanziale dei contratti di concessione di lunga durata durante l'esecuzione: commento alla direttiva europea 2014/23/UE*, en *Dir. Comm. Internaz.*, 2014, 3, p. 749 y ss.; G.D. Comporti,

disponer de márgenes de flexibilidad mejora la eficiencia contractual y, en definitiva, la calidad de los bienes y servicios ofrecidos a la colectividad.

El Tribunal hace un uso limitado de dicha flexibilidad. Por un lado, reconoce los objetivos de armonización mínima de la Directiva 2014/23/UE y, consecuencia, la amplia flexibilidad de que disponen los Estados miembros y las administraciones a la hora de regular la selección del concesionario[48]. Por otro lado, precisa que dicha flexibilidad queda supeditada al cumplimiento de la Directiva y de los principios de igualdad de trato y transparencia, con la necesidad de salvaguardar unas garantías mínimas (que resultan vulneradas por el derecho de prioridad)[49].

Un enfoque más orientado a la flexibilidad podría haber llevado al Tribunal a señalar los límites a los que debe ajustarse el control de legitimidad europeo de la prelación.[50]

Por último, no suscita menos perplejidad el pronunciamiento del Tribunal según el cual los fines de la prelación (entre todos ellos, la subsidiariedad horizontal y el fomento de la innovación)[51] constituyen restricciones a la libertad de establecimiento que no son justificables a la luz del Derecho de la UE. Para el Tribunal, objetivos de este tipo «no se incluyen entre los motivos de orden público, seguridad pública y salud pública, que son los únicos aptos para justificar una restricción a la libertad de establecimiento».[52]

A este respecto, los jueces europeos desestiman, sin ofrecer ninguna motivación, cualquier referencia a la denominada «prueba de Gebhard»[53], según la cual

---

La rinegoziazione dei contratti pubblici: una via per il ripensamento di antichi paradigmi, op. cit.; M. Ricchi, *Negoauction, discrezionalità, dialogo competitivo e il nuovo promotore*, en G.D. Comporti (ed.), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Nápoles, 2011, p. 154 y ss.

48. Véase el apartado 50 de la sentencia.

49. Véase el apartado 51 de la sentencia.

50. Sin tener en cuenta que el principio de igualdad de trato se aplica plenamente en el marco de una competencia entre iguales, pero, como ya señaló el juez nacional de primera instancia, el proponente o promotor no es un competidor como los demás: su posición, de hecho, es diferente; véase *supra*, en la nota 19, la referencia a R. Mangani, *La prelazione a due mesi dalla sentenza UE: gare in bilico e rischio paralisi per il project financing*, cit.

51. A este respecto, el tribunal nacional remitente había precisado que el derecho de preferencia favorece las iniciativas del sector privado y, por lo tanto, constituye una aplicación del principio de subsidiariedad horizontal (de relevancia constitucional), además de ser una forma de cooperación que hace más eficaz la realización de los intereses públicos en términos de tiempo y recursos. En estos términos, el derecho de preferencia promovería una renovación de la administración mediante la adquisición de nuevos conocimientos, propios del sector privado, y constituiría un estímulo para la empresa; véase Consejo de Estado, sección Quinta, auto n.º 9449, de 25 de noviembre de 2024, punto 25.

52. Véase el apartado 58 de la sentencia europea. Esta afirmación también la recoge el Consejo de Estado (Sección V, 14 de mayo de 2026, n.º 3805) en su reciente sentencia que incorpora —tras la resolución de remisión prejudicial— la decisión del Tribunal de Justicia en el asunto *Urban Vision SpA*.

53. Del nombre del abogado alemán protagonista de la resolución del Tribunal de Justicia de la CE de 30 de noviembre de 1995, C 55/94, *Reinhard Gebhard*, quien definió por primera vez el criterio en función del cual evaluar si las restricciones a las libertades fundamentales del Tratado (entre ellas, la libertad de establecimiento) introducidas por la normativa nacional son o no confor-

debe evaluarse la conformidad con el Derecho de la Unión de las medidas nacionales que plantean obstáculos a la libertad de establecimiento. La referencia a la prueba de Gebhard es relevante, ya que, según ella, la conformidad con el Derecho de la Unión de las medidas nacionales no solo se evalúa en el ámbito restringido de los motivos explicitados en los artículos 51 a 54 del TFUE (entre los que se incluyen los motivos de «orden público», «seguridad pública» y «salud pública» enunciados en el artículo 52), sino también sobre la base de otros motivos de interés público general (cuya determinación se deja en manos de la jurisprudencia europea).[54]

III. ELEMENTOS QUE GENERAN INCERTIDUMBRE

La sentencia del Tribunal de Justicia está generando no pocas sacudidas, especialmente en Italia[55], donde la prelación a favor del promotor ha sido hasta la fecha el principal incentivo para el uso de este instrumento.[56]

---

mes al Derecho europeo. La validez de dichas restricciones depende del cumplimiento de las cuatro condiciones acumulativas del criterio: (i) no discriminación (la norma debe aplicarse de forma indistinta); (ii) interés público (la norma debe estar justificada por razones imperiosas de interés general, como la protección de los consumidores o la tutela de los trabajadores); (iii) idoneidad (la norma debe ser capaz de alcanzar el objetivo fijado); (iv) proporcionalidad (la norma no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo). Sobre este tema, objeto de una amplia bibliografía, véase L. NOGLER (ed.), *«Le attività autonome»*, en G. AJANI, G. BENACCHIO (dir.), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, Turín, 2006, vol. VI, p. 40 y ss.; véase también B. NASCIMBENE, *Le eccezioni ai principi. Interessi generali e ordine pubblico*, en F. BESTAGNO, L.G. RADICATI DI BROZOLO (eds.), *Il mercato unico dei servizi*, Milán, 2007, p. 42 y ss.

54. Véase, a título de ejemplo *entre otros muchos*, Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 18 de diciembre de 2007, C-341/05, *Laval und Partner*, apartado 101; Tribunal de Justicia de la UE, de 4 de diciembre de 2008, C-330/07, *Jobra*, apartado 27; Tribunal de Justicia de la UE, de 26 de mayo de 2016, *NN(L) International*, apartado 58; Tribunal de Justicia de la UE, de 25 de julio de 2018, C-553/16, *TTL EOOD*, apartado 52.

55. Véase, en general, M. CLARICH, A. NARDI, *Una decisione che può segnare la fine del modello del project financing. Nota a CdS, Sez. V, ord. 25 novembre 2024, n. 9449*, cit., p. 94 y ss.

56. De hecho, precisamente «la necesidad de hacer que el procedimiento de financiación de proyectos resulte atractivo en todo caso» ha llevado al legislador nacional a mantener el derecho de preferencia a favor del promotor también con motivo de la reciente modificación de la normativa sobre financiación de proyectos, véase el *Relazione illustrativa al c.d. Correttivo al Codice* (Decreto Legislativo n.º 209, de 31 de diciembre de 2024), punto 96. Esta decisión, por otra parte, fue objeto de un acuerdo expreso con la Comisión Europea (DG REFORM), que ha (*o, mejor dicho*, había) expresado una valoración positiva sobre la normativa nacional en materia de financiación de proyectos según la redacción posterior a las modificaciones del 31 de diciembre de 2024. En concreto, las modificaciones introducidas se consideraron: (i) adecuadas para aumentar el nivel de competencia en la fase de selección de los proyectos, (ii) para reforzar la transparencia de los procedimientos, (iii) y para incrementar la posibilidad de impugnar las concesiones adjudicadas mediante financiación de proyectos, tal y como exigía la *Decisión de Ejecución del Consejo*. En concreto, la apertura de la selección a una pluralidad de operadores, la obligación de publicidad y la previsión de una evaluación comparativa motivada se consideraron, en opinión de la Comisión, instrumentos adecuados para garantizar una mayor eficiencia en la asignación de los recursos públicos gracias a un mayor incentivo a la participación de los operadores económicos —debido a la

Conviene recordar que la financiación de proyectos pone en marcha un procedimiento complejo y un conjunto de relaciones intrincadas, en cuyo marco deben equilibrarse la protección de la iniciativa empresarial y el interés general.

En la búsqueda de este equilibrio no pueden faltar incentivos adecuados para los operadores.[57]

La demostración de lo anterior hay que buscarla, ante todo, en la literatura económica, que, en este punto, llega a conclusiones claras: «conceder un trato preferencial incentiva la iniciativa privada, estimulando a las empresas a invertir recursos y conocimientos en el desarrollo de propuestas de interés público», «y cuanto mayor es el trato preferencial, más fuerte es el efecto incentivador»[58], de ahí la necesidad de encontrar un equilibrio adecuado.

En este sentido, el derecho de prioridad es solo uno de los diversos incentivos posibles que se pueden plantear.

---

reducción de las posibles asimetrías de información que se creaban— y una protección más efectiva de la competencia. No obstante, la decisión del legislador ha suscitado perplejidad; sobre este tema, véase, entre otros, C. Guccione, *La finanza di progetto (artt. 193-195)*», cit., p. 1713, y L. Carbone, *Il Codice dei contratti pubblici: un anno di applicazione*, en *Urbanistica e appalti*, 2025, p. 446. Entre los más críticos, la Autoridad Nacional Anticorrupción se ha declarado en varias ocasiones contraria al derecho de pioridad, basándose en la constatada escasa competitividad de los procedimientos de *financiación de proyectos*; véase la resolución de 16 de marzo de 2021, n.º 129, el comunicado del presidente de 12 de enero de 2022 y las observaciones presentadas (2025) sobre el proyecto de ley A.S. n.º 1578, *Legge annuale per il mercato e la concorrenza per il 2025* (p. 17).

57. El tema queda bien planteado en el estudio de G. L. Albano, «*Compensating the Originator: Selection Procedures and Unsolicited Proposals in Infrastructure PPPs*», publicado el 16 de marzo de 2026 y disponible en línea: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.6426524. El autor recuerda que el dilema del operador proponente es estructuralmente similar al dilema del innovador en la teoría de las patentes: sin protección, el incentivo para invertir en el desarrollo del proyecto se atenúa. Si la protección es insuficiente, los mercados vinculados a las iniciativas propuestas por el sector privado se desploman; por el contrario, si la protección es excesiva, se impide la competencia, se sacrifica la relación calidad-precio y el proceso de adjudicación pierde su legitimidad y su papel fundamental como mecanismo para una asignación eficiente y transparente.

58. Entre las contribuciones más destacadas, véase Y. Koo Che, E. Iossa y P. Rey, «*Prizes vs Contracts as Incentives for Innovation*», en *The Review of Economic Studies*, 2021, pp. 2149-2178; véase también R. Camboni, L. Corazzini, S. Galavotti y P. Valbonesi, «*Procuring Innovation Through Bid Preference: An Experiment*», M.F. Working Papers – 331, enero de 2026. Los autores destacan cómo la existencia de ciertos tipos de incentivos para la presentación de propuestas permite introducir un nivel adecuado de competencia que hace que el gasto de la Administración Pública sea eficiente, sin costes adicionales; véase también A. Nduhura, T. Molokwane, M. Tshombe Lukamba, I. Nuwagaba, F. Kadondi, F. Can, «*Procuring unsolicited bids without losing the innovation ingredient: implementation lessons for public-private partnerships for developing countries*», en *International Public Management Review*, 2022, pp. 91-113; G. Castelblanco, J. Guevara, «*The Theory and Practice of Unsolicited Proposals for PPPs: Hidden Fallacies, Undervalued Gains, and Unintended Consequences*», en J. *Manage. Eng.*, 2025, p. 41 y ss.; G. Fernando, U. Kulatunga, M. Thayaparan, C. Hadiwattege, *Managing unsolicited public—private partnership proposals by adopting a competitive, fair, and transparent tendering method*, ponencia de la conferencia *Resilience in Research and Practice – IPGRC 2022* (disponible en línea). Más cauteloso se muestra R. Caranta, *Tanto tuonò che piovve: in contrasto con il diritto dell'Unione la prelazione nel project financing*, cit., según el cual los estudios científicos que demuestran los beneficios de la preferencia en términos de atractivo económico serían limitados.

En la práctica internacional, la financiación de proyectos por iniciativa privada puede clasificarse dentro de la *categoría* de las denominadas *«propuestas no solicitadas»* (Unsolicited Proposal, USP)[59], y se utiliza con frecuencia para buscar soluciones innovadoras y alcanzar objetivos de interés general[60]. La literatura económica demuestra que las USP, mediante los incentivos adecuados, generan eficiencia y fomentan soluciones innovadoras sin aumentar los costes para la Administración. Los incentivos más habituales se refieren a:

(a) la compensación de los costes incurridos en la elaboración de la propuesta, en caso de que el promotor no resulte adjudicatario del contrato;
(b) la concesión de una bonificación de puntos a la propuesta del promotor en la fase de selección de la oferta más ventajosa[61];

59. Entre los primeros autores en abordar el tema se encuentra M. Ricchi, *Negoauction, discrezionalità, dialogo competitivo e il nuovo promotore*, op. cit.; más recientemente, el mismo autor, *Proposta per l'integrazione delle nuove regole europee: il procedimento «unsolicited proposal» (USP) per l'affidamento delle concessioni*, en *Nuova Rivista Trimestrale degli Appalti*, 2026, 1, p. 285 y ss.

60. En la mayoría de los países de la OCDE, la presentación, la evaluación y la ejecución de proyectos de iniciativa privada se rigen por normas específicas; además, no faltan directrices y manuales operativos elaborados por instituciones públicas y privadas; véase, por ejemplo: Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo, *«Unsolicited proposals and direct negotiations. PPP regulatory guidelines collection»*, 2024; Banco Mundial, *Policy guidelines for managing unsolicited proposals in infrastructure projects*, 2017, vol. I-II-III; Public Private Infrastructure Advisory Facility (PPIAF), *«Propuestas no solicitadas. Una excepción a la iniciativa pública en las APP de infraestructuras*, 2014; Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), *Guía legislativa sobre las asociaciones público-privadas*, 2020; Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE), *Norma sobre asociaciones público-privadas / Marco jurídico de las concesiones en apoyo de los Objetivos de Desarrollo Sostenible y su guía complementaria*, 2023.

61. A este respecto, cabe recordar que el legislador italiano, con motivo de la reforma del Código de Contratos Públicos de 2023, había introducido la figura de los «puntos de bonificación» que se asociarían a la propuesta del promotor como alternativa al derecho de preferencia. Esta solución se valoraba en el Informe explicativo del proyecto de Código elaborado por el Consejo de Estado: el sistema de «bonificación de puntos» se señalaba como un instrumento para incentivar la presentación de propuestas sin coartar la competencia en la fase posterior de la licitación. Sin embargo —como señala C. Guccione, *La finanza di progetto (arts. 193-195)*, cit., p. 1713—, la atribución de puntuaciones de bonificación presenta una serie de aspectos críticos: en primer lugar, en lo que respecta al riesgo de vulneración de la transparencia y la imparcialidad de la evaluación (dado que parte de la puntuación atribuida a la oferta del proponente ya se conocería en el momento de la apertura de los sobres). En segundo lugar, por el hecho de que la puntuación de bonificación se asigna sin estar vinculada a ningún elemento cualitativo de la oferta, sino a características subjetivas del licitador. Además, y considero que esta es la razón más fundada, se permitiría la adjudicación de la licitación a la oferta que no es la mejor…, eventualidad que no se da cuando se recurre a la prelación. Es cierto que —concluye Guccione— a la luz de las críticas mencionadas y teniendo en cuenta el riesgo de un aumento del coste de aplicación de los procedimientos (temido por los mismos economistas que habían sugerido su adopción), se ha suprimido la referencia a las puntuaciones de bonificación y solo se ha mantenido el derecho de preferencia.

(c) el derecho de prioridad, tanto en forma del denominado «*right to* match» (o derecho de igualación)[62] como del denominado «*swiss* challenge»[63].

En la USP, por lo tanto, la búsqueda de la eficiencia (en sus diversas formas) y del resultado, presentes también en el Derecho europeo, se suman al principio de competitividad, en un proceso que debe supervisarse en todas sus fases para evitar que los aspectos críticos (comportamientos depredadores, *riesgo moral*, barreras de entrada, etc.) tomen la delantera. Al mismo tiempo, la práctica de la USP (con sus respectivos incentivos) demuestra que la competitividad no puede ser *omnívora,* sino que debe encontrar un equilibrio con otros principios y necesidades a los que —hoy más que nunca— se les reconoce la misma dignidad.

IV. EL ALCANCE DE LA SENTENCIA Y SUS LÍMITES

La sentencia del Tribunal lleva a preguntarse si es correcto excluir para siempre el derecho de prioridad de la colaboración público-privada de iniciativa privada o si es preferible evaluar adecuadamente su alcance para definir los límites y restricciones dentro de un contexto normativo específico.

De hecho, los jueces europeos basan sus valoraciones en la norma del Código de Contratos Públicos de 2016 (art. 183, Decreto Legislativo 50/2016), por lo que podemos extender dichas valoraciones al nuevo Código de Contratos Públicos de 2023 (art. 193, Decreto Legislativo 36/2023), dada la uniformidad de los contenidos, pero limitándonos a la redacción *anterior a* la Ley Correctiva de 2024.

En ese marco normativo, el derecho de prioridad constituye un incentivo que se concede a quien presenta la propuesta, al margen de cualquier comparación competitiva.

62. A continuación se recoge la definición de G.L. Albano, «*Compensating the Originator: Selection Procedures and Unsolicited Proposals in Infrastructure PPPs*», cit., según la cual esta solución garantiza al promotor, en la fase de adjudicación, el derecho a igualar la mejor oferta de la competencia y, por lo tanto, a adjudicarse el contrato, independientemente de que su propuesta fuera superior en términos de mérito. En este sentido, la administración convoca la licitación, evalúa todas las ofertas —incluida la del promotor, que participa como licitador—, identifica la mejor oferta y, a continuación, activa el derecho de equiparación a favor del promotor en un plazo preestablecido. Si el proponente rechaza la equiparación, no se le adjudica el contrato.

63. Se recoge la definición de G. L. Albano, «*Compensating the Originator: Selection Procedures and Unsolicited Proposals in Infrastructure PPPs*», cit., según la cual esta solución no prevé que el proponente participe como un competidor normal en la licitación. Su propuesta constituye el proyecto de referencia para la licitación y se invita a los competidores a presentar propuestas de mejora. El proponente decide si se alinea con la mejor propuesta recibida por la Administración. El proceso competitivo, por lo tanto, se estructura desde el principio en torno al proyecto del proponente original y todos los participantes saben desde el principio que a este le corresponde un derecho de alineación y que no está presentando una oferta competidora.

Es cierto, en cambio, que en el marco normativo esbozado por el Código *posterior a* la Ley Correctiva, el legislador ha redefinido profundamente[64] —quizás incluso en exceso[65] —, la normativa sobre la financiación de proyectos, hasta el punto de que resulta difícil considerar que persista la misma infracción de las normas europeas.

Es más, resulta más fácil reconocer lo contrario.

La Ley Correctiva, de hecho, al introducir en el procedimiento una fase competitiva previa, califica el derecho de prioridad como resultado final del procedimiento competitivo (*es decir,* de la competencia)[66].

En este sentido, las objeciones de carácter anticompetitivo atribuidas al derecho de prioridad no parecen poder confirmarse *sic et simpliciter* en relación con el marco normativo esbozado por la Ley Correctiva de 2024.[67]

Por lo tanto, se llama la atención sobre la aplicación acrítica e indistinta de la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE a las distintas versiones de la norma que, en los últimos tiempos, han regulado la financiación de proyectos (en particular, el artículo 183 del Decreto Legislativo 50/2016, el artículo 193 del Decreto Legislativo 36/2023 *anterior a* la Ley Correctiva, y el artículo 193 del Decreto Legislativo 36/2023 *posterior a* la Ley Correctiva).[68]

---

64. Sobre este tema, véase L. Grossi, S. Lucattini, *«La nuova finanza di progetto*, en *Orizzonte PPP. Notizie e approfondimenti su PPP e Project Finance*, 2025, 1, p. 11 y ss.

65. También se muestran críticos: S. Colombari, *Il «Correttivo» al Codice dei contratti pubblici, la finanza di progetto e il principio del risultato*, en *Urbanistica e appalti*, 2025, p. 272; C. Guccione, *La finanza di progetto (artt. 193-195)*, cit., p. 1688 y ss.; G.F. Cartei, M. Ricchi, *Il partenariato pubblico privato e la finanza di progetto*, en *Giur. it.*, 2025, p. 1940; L.R. Perfetti, *Sul «Correttivo» al Codice dei contratti pubblici. Ovvero sulle tensioni tra politica e tecnica, tra potere e contratto*, en *Urbanistica e appalti*, 2025, p. 5 y ss.

66. Sobre este tema, véase C. Contessa, *La prelazione in favore del promotore nelle operazioni di PF: panoramica sull'istituto e profili di legittimità*, cit., 27, recuerda que, en la nueva redacción del art. 193 del Código, como consecuencia de la reforma de 2024, el intento de conciliar el mecanismo del derecho de preferencia con los principios europeos pasa por una especie de justificación preventiva mediante el recurso a un mecanismo de licitación. En este sentido, el nuevo artículo 193 establece una primera fase de licitación pública con el fin de identificar al sujeto que podrá ejercer el derecho de preferencia y (segunda fase) el mantenimiento de dicho derecho a favor del operador económico que supere la primera selección competitiva, con el fin de incentivar a las empresas privadas a presentar propuestas (y proyectos) de calidad desde el inicio del procedimiento.

67. Según G. F. Cartei, De profundis *per il diritto di prelazione?*, cit., tanto la normativa anterior (art. 183 del Código 50/2016) como la confirmada en la primera versión del Código de 2023 se habían concebido desde una perspectiva no competitiva. En cambio, la normativa vigente parece muy diferente, ya que el propósito de hacer que el derecho de preferencia sea objeto de competencia se lleva a cabo incluso a riesgo de que resulte poco atractivo el interés por convertirse en promotores… Por lo tanto, concluye el autor: «En la versión actualmente vigente, el derecho de preferencia es objeto de una auténtica competencia. Y, cabe destacar, todo ello con el fin de superar las objeciones sobre la incompatibilidad con el ordenamiento europeo».

68. Conforme a R. Caranta, *«Tanto tuonò che piovve: in contrasto con il diritto dell'Unione la prelazione nel* project financing, cit., quien advierte que, como consecuencia de los profundos cambios sufridos por el artículo 193 del Código de Contratos Públicos, la transposición de las conclusiones del Tribunal de Justicia al Derecho vigente requeriría una motivación amplia y convincente.

Consideremos, por ejemplo, lo establecido por el Tribunal de Cuentas, según el cual la sentencia del Tribunal «aunque se refiere formalmente al Decreto Legislativo 50/2016, subraya con claridad que la incompatibilidad constatada (del derecho de prioridad) se deriva de los principios fundamentales del ordenamiento europeo de las concesiones, aplicables de manera idéntica en el marco del Decreto Legislativo 36/2023, ya que las modificaciones introducidas por la ley correctiva de 2024 no son adecuadas para neutralizar el efecto distorsionador del mecanismo preferencial»[69].

La afirmación del Tribunal de Cuentas, que carece de reflejo directo en el texto de la sentencia del Tribunal de Justicia, condena el derecho de prioridad a una «*aquae et ignis interdictio*», instando de hecho a las Administraciones a dejar de aplicar el artículo 193 del Decreto Legislativo 36/2023 *posterior a* la Ley Correctiva, con un perjuicio evidente para los promotores y, sobre todo, poniendo en riesgo las inversiones con fondos públicos y privados movilizados a través de CPP.

Esta orientación interpretativa resulta convincente debido a la necesidad de que las Administraciones eviten la culpa grave en la configuración del daño al erario público[70], a pesar de que el juez contable recuerde en varias ocasiones que su actividad no debe entenderse como sustitutiva de las valoraciones discrecionales de la Administración.

Por último, conviene recordar que sobre el artículo 193 del Decreto Legislativo 36/2023, *posterior a* la Ley Correctiva, pende un procedimiento de infracción de la Comisión Europea[71], que señala «cinco aspectos críticos» en relación con la falta de conformidad con la normativa europea de la disciplina sobre la financiación de proyectos.

Dos de estos aspectos se refieren a «las cuestiones de transparencia y publicidad» en la fase de identificación del proyecto que servirá de base para la licitación. Se trata de observaciones concretas que podrían resolverse con unos pocos ajustes (por ejemplo, garantizando formas de publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea, donde se publican las convocatorias y los anuncios relativos a las licitaciones por encima del umbral).

---

69. Véase Tribunal de Cuentas, Sección Regional de Control de Emilia-Romaña, resolución n.º 14/2026/PAR, de 26 de febrero de 2026; véase también Tribunal de Cuentas, Sección Regional de Control de Emilia-Romaña, resolución n.º 15/2026/PAR, de 26 de febrero de 2026.

70. A este respecto, se hace referencia al concepto de culpa grave *previsto en* el artículo 1 de la Ley n.º 20/1994, modificada por la Ley n.º 1/2026, según el cual: «Constituye culpa grave la violación manifiesta de las normas jurídicas aplicables, la tergiversación de los hechos, la afirmación de un hecho cuya existencia queda indiscutiblemente excluida de las actas del procedimiento o la negación de un hecho cuya existencia resulta indiscutiblemente de las actas del procedimiento. A efectos de determinar los casos en los que existe una violación manifiesta de las normas jurídicas aplicables, se tendrá en cuenta, en particular, el grado de claridad y precisión de las normas infringidas, así como la inexcusabilidad y la gravedad del incumplimiento. No constituye falta grave la infracción u omisión derivada de la referencia a la jurisprudencia predominante o a los dictámenes de las autoridades competentes». Véase también F. Brunetti, M. Cerritelli, *La prelazione del promotore nel project financing dopo la sentenza «Urban Vision»*, cit., § 4.1.

71. Véase INFR(2018)2273, pendiente en relación con el art. 193, «Procedimiento de adjudicación de la financiación de proyectos», Decreto Legislativo 36/2023 post-correccional.

Un aspecto «se refiere al derecho del promotor a que se le abonen los gastos de elaboración del proyecto en caso de no adjudicación» (a cargo del adjudicatario). La Comisión lamenta la falta de un mecanismo imparcial para la cuantificación efectiva de dichos gastos[72]. Se trata, también en este caso, de una observación concreta, que puede superarse definiendo previamente, a nivel normativo y/o en *la lex specialis,* los elementos relevantes que deben tenerse en cuenta para la cuantificación del importe.

Por último, dos aspectos «se refieren a la previsión del derecho de prioridad a favor del proponente».

A este respecto, la Comisión reitera lo establecido por los tribunales europeos: el derecho de prioridad vulnera los principios de igualdad de trato y de no discriminación establecidos en la Directiva 2014/23/UE. El razonamiento es el mismo, pero mientras que el Tribunal lo desarrolla tomando como referencia la normativa nacional vigente anteriormente, la Comisión lo extiende a la normativa vigente (art. 193, Decreto Legislativo 36/2023 post-Correttivo)[73]. Es cierto, tal y como se recuerda[74], que la incoación de un procedimiento de infracción no puede considerarse una constatación de la violación del Derecho de la Unión, que corresponde exclusivamente al Tribunal de Justicia.

Lo anterior no excluye que, en un futuro próximo, sea necesario defender de nuevo ante el Tribunal de Justicia los motivos económicos y de interés general que subyacen a las decisiones adoptadas por el legislador nacional.[75]

---

72. «El derecho del proponente a beneficiarse de una compensación de hasta el 2,5% del valor total de la inversión supone una barrera para la participación en la licitación de diversos licitadores. Dichos licitadores se verían obligados a hacer frente, en caso de adjudicación, a un desembolso potencialmente significativo, sin que se haya establecido ningún mecanismo imparcial para la cuantificación efectiva de dichos gastos. La cuantía de dicha suma dependería así íntegramente de la cuantificación realizada inicialmente por el promotor/licitador quien, aunque dentro de los límites antes mencionados, tendría libertad para sobreestimarla, imponiendo a los competidores una barrera de acceso más elevada, asegurando así a su propuesta una ventaja competitiva y desincentivando aún más la participación en la licitación de otros operadores», véase Comisión Europea, C/2025/6082 final, de 25 de octubre de 2025.

73. Es cierto que la Comisión Europea (DG REFORM), en el marco de las verificaciones del hito M1C1-73 quinquies del Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia de Italia, ha emitido una valoración positiva sobre la normativa nacional en materia de financiación de proyectos (con derecho de preferencia) del Código de Contratos Públicos, según la redacción actualmente vigente (posterior a las modificaciones del 31 de diciembre de 2024 introducidas mediante la denominada «Ley Correctiva»), véase la nota 56 *supra*.

74. Véase R. Caranta, *Tanto tuonò che piovve: in contrasto con il diritto dell'Unione la prelazione nel* project financing, cit., quien, en cualquier caso, reconoce que la sentencia del Tribunal de Justicia refuerza la crítica de la Comisión.

75. En el mismo sentido, G. F. Cartei, De profundis *per il diritto di prelazione?*, cit.

V. MÁS ALLÁ DE LA SENTENCIA: PROPUESTA DE UNA NORMATIVA EUROPEA

La cuestión de la normativa europea sobre el USP reviste especial interés en la actual fase de reforma de las directivas de la UE sobre contratación pública y concesiones, para las que se espera que la Comisión presente sus propuestas antes del segundo trimestre de 2026.

La Comisión Europea puso en marcha una primera consulta pública entre 2024 y 2025, de la que se desprendió que las directivas europeas solo han alcanzado parcialmente los objetivos de competitividad, sostenibilidad, innovación, gobernanza e integridad. Las normas europeas, especialmente las relativas a los procedimientos de adjudicación, se perciben como complejas y no lo suficientemente flexibles como para permitir a las administraciones públicas favorecer los objetivos de inversión pública.

Además, a finales de marzo de 2026 se adelantaron los resultados de la segunda consulta pública, celebrada entre diciembre de 2025 y enero de 2026, con el fin de recabar propuestas y sugerencias sobre cómo mejorar la normativa europea[76].

Como se ha señalado, poder contar con una normativa común europea para la financiación de proyectos (incluso de iniciativa privada) garantizaría una mayor uniformidad normativa y una mayor certeza sobre las normas aplicables, lo que redundaría en beneficio de los operadores dispuestos a invertir.

Por lo tanto, conviene proponer un procedimiento de USP que tenga en cuenta los efectos sobre la competitividad derivados de la previsión de incentivos para la presentación de propuestas que se tendrán en cuenta en la adjudicación de contratos de concesión.

A este respecto, el modelo procedimental que consideramos óptimo para el USP difiere de la negociación directa (la denominada «Negotiation») y del procedimiento exclusivamente competitivo (la denominada «Auction»); más bien se refiere a la combinación sucesiva de ambas técnicas, según un esquema que, hasta la fecha, no tiene precedentes en el Derecho europeo de los contratos públicos.

Los contratos de colaboración público-privada (CPP) se caracterizan por un fuerte componente de innovación y complejidad; cuando este componente no existe, resultan eficaces los procedimientos tradicionales abiertos o restringidos de adjudicación de concesiones, utilizando siempre el criterio de la oferta económicamente más ventajosa (OEPV) para seleccionar la mejor oferta.

---

76. Véase M. Cozzio, *Riforma UE dei contratti pubblici: dati e priorità emergenti dalla consultazione della Commissione*, de próxima publicación en el número 2 de 2026 de *la Nuova Rivista Trimestrale degli Appalti*. En el marco de dicha consulta, PIARC Italia presentó en enero de 2026 un documento de posición que incluye la propuesta de introducir en la futura normativa europea también el procedimiento de la USP; véase M. Ricchi, *Proposta per l'integrazione delle nuove regole europee: il procedimento «unsolicited proposal» (USP) per l'affidamento delle concessioni*, cit., p. 285 y ss.

La innovación, inherente también a la complejidad de los elementos estructurales de una concesión, es el elemento que la administración pública (AP) debe aprovechar, y es la razón por la que elegir alternativamente entre la subasta y la negociación resulta un fracaso.

El modelo basado únicamente en la subasta fracasa porque no optimiza la aportación creativa e innovadora del sector privado. Saca a concurso un proyecto cuyos contenidos están predefinidos por la administración; por este motivo, la innovación y las soluciones a la complejidad —que, sin embargo, podrían surgir de la competencia— quedan limitadas a los límites de la propuesta que la administración ha concebido.

Al mismo tiempo, el modelo basado únicamente en la negociación no logra el objetivo de captar la mejor innovación, no solo por los ámbitos de aplicación limitados que permite el ordenamiento comunitario, sino también porque se trata de un procedimiento que, en el mejor de los casos, «paga a ciegas» —y, por lo tanto, en exceso— la innovación elegida.

La conclusión a la que se llega, como se ha adelantado, es que, para la adjudicación de contratos de concesión por iniciativa privada (USP), la alternativa tradicional entre subasta (Auction) o negociación (Negotiation) no permite maximizar los beneficios para la Administración en términos de costes y, sobre todo, de búsqueda de innovación y alineación con sus propios intereses.

Consideramos que el modelo mixto —que podemos definir como «Negoauction» (Negociación + Subasta)— representa la formulación ideal del proceso de adjudicación de los contratos de concesión.

La primera fase de negociación debe permitir que el mercado exprese toda la innovación de la que es capaz; para ello, la Administración debe garantizar plazos adecuados (que permitan formular propuestas innovadoras) y debe asegurar la remuneración por los esfuerzos realizados mediante incentivos económicos compensatorios (reembolsos o primas) y/o el reconocimiento de un incentivo en la adjudicación del contrato.

A continuación se lleva a cabo necesariamente una segunda fase de subasta, que permite a los demás operadores participar en una comparativa competitiva sobre la propuesta (que ya ha sido objeto de negociación), sobre todo en lo que respecta a los costes y a posibles variaciones del proyecto, con el fin de eliminar o reducir el riesgo de «bolsas de rentabilidad» incorporadas en la oferta que fue objeto de negociación en la primera fase.

La sucesión de estas dos fases —primero la negociación y luego la subasta— debe ir acompañada de una serie de medidas, entendidas siempre como incentivos o sanciones, destinadas a eliminar tanto la inevitable presencia de barreras de entrada como los comportamientos depredadores dominados por el «riesgo moral».

El USP, tal y como se articula, sigue a una propuesta espontánea presentada por el operador a la Administración para la realización de un proyecto. La Administración debe saber «manejar» las herramientas para la evaluación de la propuesta recibida, negociarla con el fin de alinearla con sus propios intereses y, finalmente, sacarla a concurso para seleccionar al concesionario.

Las ventajas de la USP son notables y no se pueden conseguir con los demás tipos de adjudicación regulados por las directivas vigentes:

1. la reducción drástica de los plazos de adjudicación;
2. la identificación, por parte de los operadores, de infraestructuras públicas que no han sido identificadas por la Administración Pública;
3. la adaptación completa del proyecto propuesto por el operador económico a los intereses de la Administración Pública, mediante una primera fase de negociación cooperativa entre las partes;
4. la reducción de los rendimientos mediante un procedimiento competitivo y transparente en la segunda fase;
5. la identificación de proyectos que sean sin duda viables desde el punto de vista técnico, jurídico y, sobre todo, económico-financiero;
6. el fomento y la captación, si se incentiva adecuadamente, de la mejor innovación presente en el mercado.

A modo de breve referencia a las posibles vías de regulación futura de la USP a nivel europeo, existen dos modelos procedimentales alternativos, en función del momento en que se «introduzca» la competencia en este procedimiento especial de adjudicación en dos fases, compuesto por la fase de negociación y la fase de subasta, partiendo siempre de la presentación de una USP por parte del operador.

Modelo USP I

Fase de negociación: si la competencia se garantiza desde el principio, ya en esta primera fase tiene lugar la comparación competitiva mediante la fórmula del OEV ([77]) —[78]— entre el operador económico que ha «iniciado» el procedimiento

77. En esta fase, la OEV puede configurarse sobre la base del artículo 41, apartado 3, de la Directiva 2014/23/UE: «La administración adjudicadora o la entidad adjudicadora enumerará los criterios por orden decreciente de importancia». Recientemente, en relación con los criterios comparativos de las propuestas de concesión, la ANAC (véase la resolución n.º 49/2026) reitera lo establecido en la Directiva 2014/23/UE, indicando que «es un principio consolidado que la elección de los criterios de evaluación de la oferta realizada por la Administración es expresión de la amplia discrecionalidad que le atribuye la ley para perseguir mejor el interés público, por lo que solo puede ser objeto de revisión cuando resulte manifiestamente ilógica, irrazonable e irracional y los criterios no sean transparentes e inteligibles. Dicha discrecionalidad es amplia en el caso de la adjudicación de contratos de concesión, cuya normativa resulta más elástica y flexible que la de los contratos públicos, *permitiéndose además a las entidades adjudicadoras indicar los criterios de evaluación únicamente por orden de importancia, sin la necesaria ponderación de sus respectivas ponderaciones*».

78. Véase el considerando 85 de la Directiva 2014/23/UE, que justifica la razón por la que solo se indican los criterios por orden de importancia: «Cuando la administración adjudicadora o la entidad adjudicadora reciba una oferta que proponga una solución innovadora [...] o cuando, por razones objetivamente justificables, no sea posible establecer la ponderación de los criterios de adjudicación, la administración adjudicadora o la entidad adjudicadora debería poder indicar únicamente el orden decreciente de importancia de dichos criterios»: esta es la situación en esta fase: i)

de USP y los posibles demás competidores que hayan respondido al anuncio publicado por la administración en el TED, tras la presentación de la USP.

De esta comparativa surge un único promotor con el que la Administración Pública negocia libremente la propuesta.

Fase de subasta: en la posterior licitación abierta y competitiva, basada en la propuesta elaborada con la Administración en la fase de negociación, se mantiene el incentivo del derecho de prioridad, ya que la fase de negociación ha sido objeto de licitación y se ha publicado debidamente en el Diario Oficial de la Unión Europea[79].

Modelo USP II

Fase de negociación: no se introduce la competencia en una fase previa y la Administración negocia la propuesta, sin comparación competitiva, únicamente con el promotor que la ha presentado.

Fase de subasta: en la fase posterior de licitación abierta, al promotor siempre se le asigna un importe en concepto de gastos de elaboración de la propuesta. Este reembolso remunera al promotor, total o parcialmente, en caso de que deba ceder la propuesta al operador ganador y evitar así un enriquecimiento indebido de la Administración Pública.

En este procedimiento, además, debe asignarse un incentivo al promotor —excluyendo el derecho de prioridad puro debido al veto del Tribunal de Justicia— de entre los disponibles, como la puntuación de recompensa u otros. Estos incentivos a la presentación de la USP deben identificarse midiendo y evaluando su capacidad de interferir en la competencia en relación con la consecución de otros intereses generales perseguidos por el Tratado.

Por último, una breve referencia a las soluciones con las que no estamos de acuerdo: el diálogo competitivo.

Consideramos que debe evitarse porque es intrínsecamente inadecuado para garantizar formas eficaces de negociación cooperativa y directa con el operador económico. Este sistema de negociación múltiple procedimentalizada con varios

---

propuestas complejas e innovadoras, ii) varias propuestas válidas, diferentes entre sí, entre las que es necesario identificar la que más se ajusta a sus intereses.

79. En esta fase ya no tiene sentido cuestionarse el carácter anticompetitivo del derecho de preferencia, ya que ha sido objeto de licitación; esta fase cumple otra función importante relacionada con la eliminación de posibles rentas de posición.

En la asociación para la innovación, artículo 31 de la Directiva 2014/24/UE, esta fase de «optimización» se omite por completo; de hecho, el operador seleccionado no solo deberá desarrollar el proyecto (cuyos detalles se desconocen porque es objeto de investigación), sino que también obtendrá la adjudicación de los trabajos posteriores: «Las entidades adjudicadoras podrán decidir establecer la asociación para la innovación únicamente cuando exista una necesidad de productos, servicios u obras innovadores que no pueda satisfacerse mediante la adquisición de productos, servicios u obras ya disponibles en el mercado […] La asociación para la innovación tiene por objeto el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores *y la posterior adquisición de los suministros, servicios u obras resultantes*, siempre que estos se ajusten a los niveles de rendimiento y a los costes máximos acordados entre las entidades adjudicadoras y los participantes».

competidores dificulta la adaptación de la propuesta a los intereses de la Administración.

La fase de negociación con un único operador constituye el núcleo del procedimiento de USP; el diálogo competitivo merma el incentivo para que los operadores económicos presenten ofertas innovadoras, ya que son conscientes de la acción de *divulgación* de la Administración, llevada a cabo mediante el denominado «cherry picking» sobre las innovaciones de cada competidor, con el fin de alinear el objeto de la propuesta antes de *la* «best and final offer» (BAFO) de cada uno: la mejor opción para los operadores económicos es mantenerse al margen y no proponer innovaciones, ya que estas no solo son onerosas, sino que además se pondrían a disposición de los demás competidores de forma gratuita.

Además, el diálogo competitivo resulta costoso debido a la cantidad de *costes irrecuperables* generados en el procedimiento sin ninguna *posibilidad* de comparación decisiva entre los competidores; por último, es un procedimiento de difícil gestión para la Administración, ya que la negociación con los competidores debe ser adaptada a la propuesta de cada uno, que puede presentar distintos grados de *cumplimiento* respecto a las modificaciones solicitadas para ajustarse a los intereses de la Administración.