SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala)
de 21 de julio de 2005 *

En el asunto C-231/03,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italia), mediante resolución de 14 de febrero de 2003, recibida en el Tribunal de Justicia el 28 de mayo de 2003, en el procedimiento entre

Consorzio Aziende Metano (Coname)

y

Comune di Cingia de' Botti,

en el que interviene:

Padania Acque SpA,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala),

integrado por el Sr. V. Skouris, Presidente, los Sres. P. Jann, C.W.A. Timmermans (Ponente), A. Rosas, la Sra. R. Silva de Lapuerta y el Sr. A. Borg Barthet, Presidentes de Sala, y los Sres. R. Schintgen, S. von Bahr, J.N. Cunha Rodrigues, G. Arestis, M. Ilešič, J. Malenovský y J. Klučka, Jueces;

* Lengua de procedimiento: italiano.

Abogado General: Sra. C. Stix-Hackl;
Secretaria: Sra. L. Hewlett, administradora principal;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 1 de marzo de 2005;

consideradas las observaciones presentadas:

— en nombre del Consorzio Aziende Metano (Coname), por el Sr. M. Zoppolato, avvocato;

— en nombre del Gobierno italiano, por el Sr. I.M. Braguglia, en calidad de agente, asistido por el Sr. G. Fiengo, avvocato dello Stato;

— en nombre del Gobierno neerlandés, por el Sr. D.J.M. de Grave, en calidad de agente;

— en nombre del Gobierno austriaco, por el Sr. M. Fruhmann, en calidad de agente;

— en nombre del Gobierno finlandés, por la Sra. A. Guimaraes-Purokoski, en calidad de agente;

— en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por los Sres. X. Lewis, K. Wiedner y C. Loggi, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 12 de abril de 2005;

dicta la siguiente

Sentencia

1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 43 CE, 49 CE y 81 CE.

2 Dicha petición se planteó en el marco de un litigio entre el Consorzio Aziende Metano (en lo sucesivo, «Coname») y el comune di Cingia de' Botti (Ayuntamiento de Cingia de' Botti), relativo a la adjudicación por parte de este último a Padania Acque SpA (en lo sucesivo, «Padania») del servicio de gestión, distribución y mantenimiento de las instalaciones de suministro de gas metano.

Marco jurídico

3 Con arreglo al artículo 22, apartado 3, de la Ley nº 142, sobre organización de las entidades locales (legge nº 142, recante ordinamento delle autonomie locali), de 8 de junio de 1990 (suplemento ordinario de la GURI nº 135, de 12 de junio de 1990; en lo sucesivo, «Ley nº 142/1990»), un servicio como el de la gestión, distribución y mantenimiento de las instalaciones de suministro de gas metano puede ser prestado por la propia entidad local, mediante la concesión a terceros, a través de organismos autónomos o también, según el artículo 22, apartado 3, letra e), «por medio de

sociedades anónimas o de responsabilidad limitada con mayoría de capital público local constituidas o participadas por la entidad titular del servicio público y, si resultase oportuno por las características o por el ámbito territorial del servicio, por otros operadores públicos o privados».

Litigio principal y cuestión prejudicial

4 Coname celebró con el comune di Cingia de' Botti un contrato para la adjudicación del servicio de mantenimiento, gestión y vigilancia de la red de gas metano durante el período comprendido entre el 1 de enero de 1999 y el 31 de diciembre de 2000.

5 Mediante escrito de 30 de diciembre de 1999, dicho Ayuntamiento comunicó a Coname que, en virtud de un acuerdo de 21 de diciembre de 1999, el Consejo Municipal había atribuido a Padania el servicio de gestión, distribución y mantenimiento de las instalaciones de suministro de gas metano desde el 1 de enero de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2005. Esta es una sociedad de capital mayoritariamente público, en la que participan la provincia de Cremona y casi todos los Ayuntamientos de la misma. El comune di Cingia de' Botti posee el 0,97 % del capital de dicha sociedad.

6 El servicio objeto del asunto principal fue atribuido a Padania mediante el sistema de adjudicación directa, con arreglo al artículo 22, apartado 3, letra e), de la Ley nº 142/1990.

7 Coname, que solicita al órgano jurisdiccional remitente, en particular, la anulación del acuerdo de 21 de diciembre de 1999, alega que dicho servicio debería haberse adjudicado mediante licitación pública.

8 El Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, considerando que el litigio de que conoce exige que se interpreten determinadas disposiciones del Tratado CE, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Se oponen los artículos 43 [CE], 49 [CE] y 81 CE, al prohibir respectivamente las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro y a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros, así como las prácticas comerciales y societarias que puedan impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro de la Unión Europea, a la adjudicación directa, es decir, sin licitación, de la gestión del servicio público de distribución de gas a una sociedad con participación pública municipal, cuando dicha participación en el capital social no permita por sí misma controlar directamente la gestión de la sociedad y debe afirmarse en consecuencia que, como sucede en el caso de autos, al ser la participación del 0,97 %, no concurren las características de la gestión directa?»

Sobre la cuestión prejudicial

9 Con carácter preliminar, es preciso señalar que, como se desprende de la respuesta facilitada por el órgano jurisdiccional remitente a las aclaraciones solicitadas por el Tribunal de Justicia en virtud del artículo 104, apartado 5, de su Reglamento de

Procedimiento, el litigio principal se refiere a la concesión de un servicio, que como tal no está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1), ni en el de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 199, p. 84) (véanse, en este sentido, la sentencia de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartado 56, y el auto de 30 de mayo de 2002, Buchhändler-Vereinigung, C-358/00, Rec. p. I-4685, apartado 28).

10 La presente sentencia se basa, por tanto, en la premisa de que el objeto del litigio principal es la adjudicación de una concesión, lo que debe ser comprobado por el órgano jurisdiccional remitente.

11 Dicho esto, el órgano jurisdiccional remitente solicita, mediante su cuestión, una interpretación de los artículos 43 CE, 49 CE y 81 CE.

Sobre el artículo 81 CE

12 Debe recordarse que el artículo 81 CE, que se refiere, según sus propios términos, a los acuerdos «entre empresas», no se aplica a los contratos de concesión celebrados entre un Ayuntamiento, cuando actúa en calidad de administración pública, y una empresa encargada de la gestión de un servicio público (véase, en este sentido, la sentencia de 4 de mayo de 1988, Bodson, 30/87, Rec. p. 2479, apartado 18).

13 Por consiguiente, como señalan acertadamente el Gobierno finlandés y la Comisión, dicha disposición no es aplicable al asunto principal, según ha sido descrito en la resolución de remisión.

14 Por ello, no procede contestar a la cuestión en lo que atañe a este precepto.

Sobre los artículos 43 CE y 49 CE

15 Mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente solicita que se dilucide, en esencia, si los artículos 43 CE y 49 CE se oponen a que un Ayuntamiento proceda a la adjudicación directa, es decir, sin licitación pública, de una concesión para la gestión del servicio público de distribución de gas a una sociedad de capital mayoritariamente público y en la que dicho Ayuntamiento posee una participación del 0,97 %.

16 Hay que recordar que la adjudicación de una concesión de esta índole no se rige por ninguna de las Directivas mediante las que el legislador comunitario ha regulado el ámbito de los contratos públicos. A falta de una regulación específica, deben analizarse las consecuencias que tiene el Derecho comunitario a efectos de la adjudicación de tales concesiones a la luz del Derecho primario y, más en concreto, de las libertades fundamentales previstas en el Tratado.

17 A este respecto, procede señalar que, dado que la citada concesión puede también interesar a una empresa establecida en un Estado miembro distinto del del comune di Cingia de' Botti, la adjudicación de la concesión, sin respetar el principio de transparencia, a una empresa establecida en este último Estado miembro constituye una diferencia de trato en perjuicio de la empresa establecida en el otro Estado miembro (véase, en este sentido, la sentencia Telaustria y Telefonadress, antes citada, apartado 61).

18 En efecto, si no existe transparencia, esta última empresa no tendrá ninguna posibilidad real de manifestar su interés en obtener dicha concesión.

19 Pues bien, si no está justificada por circunstancias objetivas, dicha diferencia de trato que, al excluir a todas las empresas establecidas en otros Estados miembros, opera principalmente en perjuicio de éstas, constituye una discriminación indirecta por la nacionalidad prohibida con arreglo a los artículos 43 CE y 49 CE (véanse en este sentido, entre otras, las sentencias de 10 de marzo de 1993, Comisión/Luxemburgo, C-111/91, Rec. p. I-817, apartado 17; de 8 de junio de 1999, Meeusen, C-337/97, Rec. p. I-3289, apartado 27, y de 26 de octubre de 1999, Eurowings Luftverkehr, C-294/97, Rec. p. I-7447, apartado 33 y la jurisprudencia que allí se cita).

20 Por lo que respecta al litigio principal, de los autos no se desprende que concurran circunstancias específicas, como la escasa trascendencia económica, que permitan razonablemente sostener que la concesión en cuestión carecía de interés para una empresa establecida en un Estado miembro distinto de aquel al que pertenece el comune di Cingia de' Botti y que debía por tanto considerarse que los efectos sobre las libertades fundamentales de que se trata eran demasiado aleatorios y demasiado indirectos para poder apreciar una eventual vulneración de las mismas (véanse, en este sentido, las sentencias de 7 de marzo de 1990, Krantz, C-69/88, Rec. p. I-583, apartado 11, y de 21 de septiembre de 1999, BASF, C-44/98, Rec. p. I-6269, apartado 16; así como el auto de 12 de septiembre de 2002, Mertens, C-431/01, Rec. p. I-7073, apartado 34).

21 En estas circunstancias, corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si la adjudicación de la concesión a Padania por parte del comune di Cingia de' Botti cumple el requisito de transparencia, el cual, sin imponer necesariamente la convocatoria de una licitación, permite, en particular, que una empresa establecida

en otro Estado miembro que no sea la República Italiana pueda tener acceso a una información adecuada sobre dicha concesión antes de su adjudicación, de forma que, de haberlo deseado, esté en condiciones de manifestar su interés por obtener dicha concesión.

22 De no ser así, hay que afirmar la existencia de una diferencia de trato en perjuicio de dicha empresa.

23 Por lo que respecta a las circunstancias objetivas que pueden justificar tal diferencia de trato, debe señalarse que el hecho de que el comune di Cingia de' Botti tenga una participación del 0,97 % en el capital de Padania no constituye, por sí mismo, una de estas circunstancias objetivas.

24 En efecto, suponiendo que la necesidad por parte de un Ayuntamiento de ejercer un control sobre el concesionario que gestione un servicio público pueda constituir una circunstancia objetiva que justifique una eventual diferencia de trato, hay que advertir, como señala el propio órgano jurisdiccional remitente, que una participación del 0,97 % es demasiado pequeña para permitir tal control.

25 Durante la vista, el Gobierno italiano alegó, en esencia, que, a diferencia de algunas grandes ciudades de Italia, la mayor parte de los municipios no tienen los medios necesarios para gestionar directamente servicios públicos como el de la distribución de gas en su territorio, lo que les obliga a recurrir a empresas como Padania, en cuyo capital participan varios Ayuntamientos.

26 A este respecto, hay que afirmar que una empresa como Padania no puede asimilarse a una entidad mediante la que un pueblo o ciudad gestiona, de forma directa, un servicio público. De los autos se desprende, en efecto, que Padania es una sociedad abierta al capital privado, al menos parcialmente, lo que impide considerarla una entidad de gestión «directa» de un servicio público en el ámbito de los municipios que participan en ella.

27 No se ha puesto en conocimiento del Tribunal de Justicia ninguna otra circunstancia objetiva que pueda justificar una eventual diferencia de trato.

28 En estas circunstancias, procede contestar a la cuestión planteada que los artículos 43 CE y 49 CE se oponen, en un contexto como el del litigio principal, a que un Ayuntamiento proceda a la adjudicación directa de una concesión para la gestión del servicio público de distribución de gas a una sociedad de capital mayoritariamente público, en la que dicho Ayuntamiento posee una participación del 0,97 %, cuando dicha adjudicación no cumpla el requisito de transparencia, el cual, sin imponer necesariamente la convocatoria de una licitación, permite, en particular, que una empresa establecida en otro Estado miembro distinto de aquél al que pertenezca el Ayuntamiento pueda tener acceso a una información adecuada sobre dicha concesión antes de su adjudicación, de forma que, de haberlo deseado, esté en condiciones de manifestar su interés por obtener dicha concesión.

Costas

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

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

Los artículos 43 CE y 49 CE se oponen, en un contexto como el del litigio principal, a que un Ayuntamiento proceda a la adjudicación directa de una concesión para la gestión del servicio público de distribución de gas a una sociedad de capital mayoritariamente público, en la que dicho Ayuntamiento posee una participación del 0,97 %, cuando dicha adjudicación no cumpla el requisito de transparencia, el cual, sin imponer necesariamente la convocatoria de una licitación, permite, en particular, que una empresa establecida en otro Estado miembro distinto de aquél al que pertenezca el Ayuntamiento pueda tener acceso a una información adecuada sobre dicha concesión antes de su adjudicación, de forma que, de haberlo deseado, esté en condiciones de manifestar su interés por obtener dicha concesión.

Firmas