CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
presentadas el 2 de junio de 2009 [1]

I. Introducción

1. La petición de decisión prejudicial remitida por el Tribunale Amministrativo Regionale (Tribunal administrativo regional) de Sicilia brinda al Tribunal de Justicia la oportunidad de analizar el régimen jurídico de los mecanismos de «colaboración público-privada», [2] en el ámbito de la gestión de los servicios públicos, y su compatibilidad con los artículos 43 CE, 49 CE y 86 CE.

2. La atribución directa de tales prestaciones a una sociedad de economía mixta resulta contraria al derecho comunitario si se eluden los resortes de las directivas de contratación. El reproche alcanza a la fórmula de la concesión de servicios, en la medida en que infrinja los artículos 43 CE y 49 CE, así como los principios de igualdad de trato, de no discriminación y de transparencia, [3] salvo cuando se empleen razonablemente los encargos a medios propios o instrumentales. [4]

3. Una particularidad adorna este caso y lo distingue de las adjudicaciones censuradas por el Tribunal de Justicia hasta la fecha, pues el juez italiano relata la asignación inmediata de la gestión integrada de las aguas en favor de una entidad en la que confluyen intereses públicos y privados, pero enfatiza, también, el protagonismo de una previa licitación, cuya clásica funcionalidad, no obstante, parece haber mutado.

4. En efecto, la elección del adjudicatario o del concesionario se ha convertido en un método para concretar el socio privado de la sociedad mercantil que asume el contrato o la concesión, designación que, además del

1 — Lengua original: español.

2 — El acrónimo «CPP», que utilizo en ocasiones, corresponde a la designación en español; en inglés y en francés se recurre al de «PPP» para describir, respectivamente, a los «public private partnership» y a los «partenariat public privat».

3 — Sentencias de 10 de noviembre de 2005, Comisión/Austria (C-29/04, Rec. p. I-9705), apartado 48; de 6 de abril de 2006, ANAV (C-410/04, Rec. p. I-3303), apartado 33; y de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen (C-458/03, Rec. p. I-8585), apartado 52.

4 — Al colmarse los requisitos «in house providing».

desembolso económico que entrañe, comporta ejecutar el servicio.

5. A diferencia del asunto Comisión/Austria, [5] en el que el Tribunal de Justicia apreció una construcción artificial en «varias fases», desvelando la ilegalidad de una adjudicación a una compañía de economía mixta, disfrazada con los ropajes de una relación *in house,* [6] en esta controversia la competencia entra en escena y hace gala de una virtualidad inédita en un procedimiento que no disimula ciertas dosis de austeridad, pues, en un solo acto, se instituye la sociedad, se le asigna un cometido y se adoptan los criterios para incorporar al aliado privado industrial. ¿Se puede pedir más?

6. Surge así el dilema de averiguar si ese atajo metodológico se acomoda a las exigencias del derecho comunitario. [7]

5 — Sentencia ya citada.

6 — Los ingredientes fácticos, suministrados al Tribunal de Justicia por la Comisión, por la vía del artículo 226 CE, presagiaban sin dificultad la estimación del recurso de incumplimiento, pues, si en un primer momento el ayuntamiento de Mödling al poseer el 100 % de la sociedad AbfallGmbH, le encomendó, sin concurrencia alguna, la recogida y el tratamiento de los residuos del municipio, poco tiempo después la corporación local aprobó la cesión del 49 % de sus participaciones a Saubermacher AG, dato determinante, además, para que AbfallGmbH pudiera operar, lo que supuso, en definitiva, la adjudicación directa de un contrato público de servicios a una compañía de economía mixta participada en un 49 % por una empresa privada.

7 — Este planteamiento me trae a la mente la sarcástica reflexión de Dossi, C., en *Note Azurre,* Ed. Adelphi, Milán, 1964, vol I, p. 248, al ironizar sobre la necedad de hacer trampas fuera de la ley cuando es más cómodo hacerlas dentro.

II. La normativa aplicable

A. *El derecho comunitario*

1. El Tratado de Roma

7. Según el artículo 43 CE:

«En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. […]

La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 48, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales.»

8. De acuerdo con el artículo 46 CE:

«1. Las disposiciones del presente capítulo y las medidas adoptadas en virtud de las mismas no prejuzgarán la aplicabilidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas.

2. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251, adoptará directivas para la coordinación de las mencionadas disposiciones.»

9. El apartado 1 del artículo 49 CE prescribe:

«En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación.»

10. El artículo 86 CE, apartado 1, exhorta a los Estados miembros a no adoptar ni mantener, «[…] respecto de las empresas públicas y aquellas […] a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive».

2. Las Directivas relativas a la contratación pública

a) Los sectores tradicionales

11. La densidad normativa en aspectos tales como el de los criterios para valorar la selección con relación al objeto del contrato o el de la progresiva reducción de la discrecionalidad del poder adjudicador preconizaba una reforma que, tras algunos tímidos intentos, [8] se llevó a cabo en la codificación acometida por la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. [9]

8 — Como el de la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997, por la que se modifican las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, de los contratos públicos de suministros y de los contratos públicos de obras, respectivamente (DO L 328, p. 1).

9 — DO L 134, p. 114.

12. Pero las reglas sobre la adjudicación de contratos se supeditan al acatamiento de los principios del Tratado de Roma y, en particular, a los de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento, la libre prestación de servicios y a los más generales de igualdad de trato, de no discriminación, de reconocimiento mutuo, de proporcionalidad y de transparencia.

13. Sin embargo, para garantizar su plena efectividad y la apertura a la competencia, se imponía, en los contratos públicos por importes superiores a una determinada cantidad, «[…] elaborar a escala comunitaria disposiciones de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación […] basadas en dichos principios […]» (considerando segundo de la Directiva 2004/18).

14. Conforme al designio de la seguridad jurídica, el artículo 1 de la Directiva 2004/18 aporta una batería de definiciones, entre las que, por el momento y para deslindar la tenue frontera entre el contrato y la concesión, destaco las del siguiente tenor:

— Los contratos públicos: «[…] los […] onerosos y celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios en el sentido de la presente Directiva.»

— La concesión de obras públicas: «[…] un contrato que presente las mismas características que el contrato público de obras, con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.»

— La concesión de servicios: «[…] un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.»

b) Los sectores excluidos

15. Habida cuenta de la singularidad de los mercados del agua, de la energía, del transporte y de los servicios postales, el régimen general no podía aplicárseles sin acomodarlo a sus peculiaridades.

16. Procuró el remedio la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los

servicios postales, [10] en la que subyacen principios idénticos a los anteriormente aludidos, [11] aunque con un espíritu distinto del que inspira la Directiva 2004/18, pues el elemento decisivo no reside en la entidad del contrato, sino en la naturaleza de la actividad sobre la que recae. [12]

17. La Directiva 2004/17 se ocupa de los contratos de suministro, de obras y de servicios [artículo 1, apartado 2, letras b), c) y d)], los contrapone a las concesiones [artículo 1, apartado 3, letras a) y b)] y proclama su aplicación respecto a «la puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, el transporte o la distribución de agua potable» [artículo 4, apartado 1, letra a)], así como en lo atinente al «suministro de agua potable a dichas redes» [artículo 4, apartado 1, letra b)].

B. *El derecho italiano*

18. El artículo 113, apartado 5, del Decreto Legislativo nº 267/2000, de 18 de agosto de 2000, que aprueba el texto refundido de las leyes relativas a la organización de los entes locales (en lo sucesivo, «Decreto Legislativo nº 267/2000»), [13] en su versión aplicable *ratione temporis*, [14] ofrece a estas corporaciones [15] tres variantes para gestionar sus servicios públicos, según que la adjudicación recaiga en:

«[…]

a) sociedades de capital seleccionadas mediante procedimientos de licitación pública;

b) sociedades de capital mixto en las que se elija al socio privado con procedimientos de licitación pública que garanticen el cumplimento de las normas nacionales y comunitarias en materia de competencia, con arreglo a las directrices que las autoridades competentes dicten a través de medidas o circulares específicas;

10 — DO L 134, p. 1.

11 — Artículo 10 y considerando noveno de la Directiva 2004/17.

12 — Así lo describo en el punto 41 de mis conclusiones de 22 de noviembre de 2007, leídas en el asunto Ing. Aigner, resuelto por la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de abril de 2008 (C-393/06, Rec. p. I-2339).

13 — Gazzeta Ufficiale della Repubblica Italiana (en adelante, «GURI»), de 28 de septiembre de 2000, suplemento ordinario nº 227.

14 — Precepto sustituido por el artículo 35 de la Ley nº 448/2001 (suplemento ordinario a la GURI nº 285, de 29 de diciembre de 2001) y modificado por el artículo 14 del Decreto-ley nº 269, por el que se establecen medidas urgentes para favorecer el desarrollo y para corregir el funcionamiento de las cuentas públicas, de 30 de septiembre de 2003 (suplemento ordinario a la GURI nº 229, de 2 de octubre de 2003).

15 — Con el oportuno recordatorio de la conformidad con la legislación sectorial y con la de la Unión Europea.

c) sociedades de capital enteramente público, a condición de que el ente o los entes públicos titulares del capital social ejerzan sobre la sociedad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y de que dicha sociedad realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes públicos que la controlan».

19. La letra a) responde al cauce contractual, la letra c) a los encargos domésticos o relaciones «in house providing», [16] mientras que la letra b) entra de lleno en el resbaladizo mundo de la «colaboración público-privada».

III. Los hechos del litigio principal y las cuestiones prejudiciales

20. Mediante un convenio de colaboración, la Provincia Regionale de Ragusa y sus ayuntamientos instauraron, el 10 de julio de 2002, el «Ambiti Territoriali Ottimali» (en adelante, «ATO») de aguas, con la tarea principal de proveer la organización del «Servizio Idrico Integrato».

21. El 26 de marzo de 2004 la Conferenza dei Sindaci e del Presidente della Provincia Regionale di Ragusa (Conferencia de Alcaldes y del Presidente de la Provincia) [17] confió la gestión del servicio integrado de aguas a una «sociedad mixta con capital principalmente público», prevista en el artículo 113, apartado 5, letra b), del Decreto Legislativo nº 267/2000; el 7 de junio de 2005 aprobó el borrador de la escritura de constitución de la sociedad anónima y de sus estatutos, refrendando el mandato en exclusiva de la mercantil.

22. En el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* (DO S 195,de 8 de octubre de 2005) se publicó un anuncio de licitación para seleccionar una empresa como socio privado minoritario, a la que encomendar, además, la explotación del servicio y la ejecución de las obras correspondientes.

23. En el concurso participaron tres uniones temporales de empresas: Saceccav Depurazioni Sacede SpA, Acoset SpA y Aqualia SpA.

24. La comisión de adjudicación excluyó a Aqualia SpA y admitió al resto, si bien, después de que se las invitara a manifestar si continuaban interesadas, sólo Acoset SpA dio una respuesta afirmativa.

16 — En el asunto ANAV, ya reseñado, el Tribunal de Justicia estudió la compatibilidad del artículo 113, apartado 5, del Decreto Legislativo nº 267/2000 con el derecho comunitario, pero no abordó la dificultad de su letra b), pues el Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia le había preguntado sobre la libérrima facultad que dicho precepto parecía otorgar a la administración para confiar la gestión del transporte público a una sociedad controlada por la administración local [letra c)] o mediante un procedimiento de licitación pública [letra a)], como oportunamente desbroza el abogado general Geelhoed en el punto 11 de sus conclusiones de 12 de enero de 2006.

17 — Órgano de gobierno del ATO.

25. No obstante, el 26 de febrero de 2007 se iniciaron los trámites para la anulación del procedimiento, por si pudiera conculcar el derecho comunitario. Tras las oportunas alegaciones, se anuló finalmente por la Conferencia de Alcaldes y del Presidente de la Provincia, en virtud de acta de 2 de octubre de 2007, en la que, además, se adoptó el consorcio [18] como sistema de actuación.

26. Acoset SpA interpuso recurso judicial contra ese acto administrativo y contra los anteriores de los que traía causa, hizo valer su derecho a la adjudicación del concurso o al resarcimiento de los daños y solicitó la suspensión cautelar de las resoluciones impugnadas.

27. Planteado el debate en tales términos, el Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia formula al Tribunal de Justicia la siguiente pregunta:

«¿Es compatible con el derecho comunitario, en particular con las obligaciones de transparencia y de libre competencia recogidas en los artículos 43, 49 y 86 del Tratado, un modelo de sociedad de economía mixta, creada únicamente para la prestación de un servicio público de naturaleza industrial y con objeto social exclusivo, que sea adjudicataria directa del servicio de que se trata y en la que el socio privado, de carácter "industrial" y "operativo", sea seleccionado mediante un procedimiento de licitación pública, previa verificación tanto de los requisitos financieros y técnicos como de los requisitos propiamente operativos y de gestión relativos al servicio que debe proporcionarse y a las prestaciones específicas que han de ejecutarse?»

18 — Regulado en el artículo 31, apartado 8, del Decreto Legislativo nº 267/2000.

IV. El procedimiento ante el Tribunal de Justicia

28. La remisión de este incidente prejudicial se registró en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 14 de mayo de 2008.

29. En sus observaciones escritas, la Conferencia de Alcaldes y del Presidente de la Provincia y el ayuntamiento de Vittoria piden que se declare la incompatibilidad del procedimiento de licitación con el derecho comunitario, ya que, pese a la concurrencia pública para la determinación del socio privado, el servicio se atribuyó directamente a la sociedad de economía mixta. Los ayuntamientos de Comiso y de Modica reclaman un pronunciamiento preliminar sobre las consecuencias de la ausencia de interés de Acoset SpA, al haberse anulado el concurso.

30. Acoset SpA, la Comisión y los Gobiernos italiano, austriaco y polaco defienden, en cambio, que los artículos 43 CE, 49 CE y 86 CE no se oponen a esa adjudicación,

siempre que colme las garantías del derecho comunitario.

31. En la vista, sustanciada el 2 de abril de 2008, han comparecido los representantes de Acoset SpA, del Gobierno italiano y de la Comisión, para exponer oralmente sus alegaciones.

V. Sobre la admisibilidad

A. *Una reflexión preliminar*

32. Aunque nadie lo haya esgrimido, deseo disipar cualquier resquicio de duda en torno a la proyección comunitaria de la cuestión prejudicial del Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, para conjurar cualquier sospecha de que pudiera constituir una situación puramente interna de un solo Estado miembro, ya que todas las empresas implicadas están domiciliadas en Italia.

33. No hay que descartar que, dada su envergadura, los servicios controvertidos llamaran la atención de alguna compañía establecida en otro Estado miembro, circunstancia que perfila un vínculo comunitario (sentencias del Tribunal de Justicia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, [19] y Parking Brixen, ya citada), reforzado por la interpretación de los principios y de las normas del Tratado.

34. Además, si bien las CPP, tal y como detallo más adelante, no se han armonizado, conviene indagar la normativa homogénea que aglutina a los contratos públicos y confrontarla con la concesión, siquiera como medio para descubrir la naturaleza de los servicios y de la gestión que albergan en cada caso.

B. *El carácter incompleto de la pregunta prejudicial*

35. El Gobierno austriaco sostiene que la exégesis solicitada, comprensible y acreedora de una respuesta, adolece sin embargo de falta de claridad para ser de utilidad en el pleito que se sigue en Italia, pues no suministra los datos sobre la especificidad de la prestación, el contenido de la licitación ni el ámbito de la «previa verificación de los requisitos».

36. La necesidad de una interpretación del derecho comunitario práctica para el juez y que, a la vez, permita a quienes se personen en

19 — Asunto C-87/94, Rec. p. I-2043, apartados 33 y 54.

el proceso prejudicial presentar observaciones [20] exige la definición del contexto fáctico y del régimen normativo en el que se inscriben las cuestiones planteadas o, al menos, el conocimiento de los supuestos de hecho en que se asientan. [21]

37. El Tribunal de Justicia ha declarado que la negativa a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial sólo se justifica por la evidencia de que la hermenéutica solicitada no encaja en la realidad o en el objeto del litigio principal, así como por la naturaleza hipotética del problema. [22]

38. El auto de reenvío provee un mínimo de explicaciones en cuanto a la relación del artículo 113, apartado 5, del Decreto Legislativo nº 267/2000 con el procedimiento de licitación que surgió a su amparo y con las normas y con los principios comunitarios de contraste, por lo que el Tribunal de Justicia ha de resolver la consulta, [23] al no subsumirse en ninguno de los motivos de rechazo *ad limine*.

20 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de abril de 1982, Holdijk y otros (141/81 a 143/81, Rec. p. 1299), apartado 6.

21 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de enero de 1993, Telemarsicabruzzo y otros (C-320/90 a C-322/90, Rec. p. I-393), apartado 6; y autos de 19 de marzo de 1993, Banchero (C-157/92, Rec. p. I-1085), apartado 4; de 7 de abril de 1995, Grau Gomis y otros (C-167/94, Rec. p. I-1023), apartado 8; y de 20 de marzo de 1996, Sunino y Data (C-2/96, Rec. p. I-1543), apartado 4.

22 — Sentencia de 22 de enero de 2002, Canal Satélite Digital (C-390/99, Rec. p. I-607), apartado 19.

23 — Sentencias de 13 de marzo de 2001, PreussenElektra (C-379/98, Rec. p. I-2099), apartado 38.

C. La legitimación de Acoset SpA

39. La Conferencia y los municipios de Comiso y de Modica denuncian al Tribunal de Justicia la falta de interés de Acoset en este trámite prejudicial, pues sólo pretende impugnar la anulación del procedimiento de selección del socio privado.

40. Ese alegato carece de toda solvencia y ha de despacharse sin circunloquios.

41. Del artículo 234 del Tratado se deriva que el planteamiento de una cuestión prejudicial [24] compete exclusivamente al juez nacional y no a las partes del proceso, sin perjuicio de que se les oiga al respecto. [25] Al Tribunal de Justicia le basta la acreditación de la condición de litigante en el recurso nacional para admitir esa participación, lo que colma con creces Acoset SpA. [26]

24 — Sobre la concienciación de su esencialidad como instrumento de cooperación en el damero comunitario, las sentencias del Tribunal de Justicia de 1 de diciembre de 1965, Schwarze (16/65, Rec. p. 1081); y de 16 de enero de 1974, Rheinmühlen (166/73, Rec. p. 33).

25 — Artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia.

26 — En cualquier caso, llama la atención el argumento basado en la anulación de la licitación para negar legitimación a Acoset, cuando esa invalidación acarrea, precisamente, la ignición del proceso.

VI. Análisis de fondo de la cuestión prejudicial

A. *Hacia un concepto autónomo de la «colaboración público-privada»*

1. Las perspectivas nacionales

42. Las actividades económicas y de gestión del poder público han experimentado una profunda transformación a lo largo del último siglo. Desde un liberalismo abstencionista inicial, con el único designio de mantener el orden público con medidas tradicionales de policía, como los mandatos y las prohibiciones, evolucionó hacia el ofrecimiento de prestaciones a los súbditos, [27] hasta llegar, finalmente, a una idea asistencial del Estado nacida de la solidaridad. [28]

43. En la meta de esa carrera el epítome clásico del servicio público se ha postergado, puesto que, en la actualidad, el grado de permeabilidad entre la administración y los ciudadanos impide enclaustrar sus recíprocas funciones en compartimentos estancos.

44. Aunque el celo de la administración se encamina hacia el interés general, proliferan las maneras de satisfacerlo, destacando las que, al facultar a los particulares para desplegar actividades de índole pública, anidan evidentes dosis de cooperación. [29]

45. Como exponentes de esa convergencia, ocupan una posición señera la denominada gestión indirecta de los servicios públicos o los contratos, fórmulas que hunden sus raíces en la historia del derecho.

46. Así, cuando una empresa privada asume la responsabilidad de un suministro y, motivada por una ganancia, arriesga su patrimonio a cambio de asegurar su regularidad y su buena marcha, se genera una estrecha relación con el peculio público. Igualmente ocurre cuando la administración, consciente de sus limitaciones técnicas o económicas, encuentra en el contratista el referente para ejecutar una obra o un servicio.

27 — Forsthoff, E., *Die verwaltung als Leistungsträger,* Kohlhammer, Stuttgart, 1938, las englobó bajo lo que denominó la «procura existencial» y, acuñando la noción de *Daseinsvorsorge* sobre las necesidades vitales de la sociedad, recreó un ejecutivo fuerte y dinámico, capaz de solucionar esas demandas; para asimilar correctamente esta tesis, Martín Retortillo, L., «La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de Daseinsvorsorge», en *Revista de Administración Pública,* nº 38, mayo-agosto, 1962, pp. 35 a 65.

28 — Uno de sus máximos precursores, Duguit, L., *Leçons de Droit public général,* Ed. Boccard, París, 1926, p. 36, desdeña la fuerza como un elemento inmanente al Estado, al otorgarle la misión de canalizar la solidaridad social.

29 — Por otra vertiente discurre el sometimiento del Estado al régimen jurídico privado, cuando contiende en el plano industrial y en pie de igualdad con otros operadores.

47. El capital privado se comporta como un intermediario entre el órgano titular de la actividad o del servicio y sus beneficiarios, por lo que, en estas figuras, sin perjuicio de los matices según su tipología, el arquetipo de una labor compartida planea por doquier y rige la totalidad de sus aspectos.

48. Además, fuera de la hipótesis contractual y de la concesión, para la administración no resulta extraña ni novedosa la asociación de sujetos privados a la realización de funciones públicas que, sin embargo, no se integran en su estructura. [30]

49. Por consiguiente, la identificación de la «colaboración público-privada» como categoría autónoma reclamaba su sustantivación partiendo del conjunto de influencias recíprocas que impregnan ciertas instituciones jurídicas.

50. Los reflejos de su origen anglosajón se perciben en los debates abiertos en torno al «New Public Management», auténtico caldo de cultivo para el origen de las CPP, al abrir las puertas de la administración a los criterios empresariales de gestión, que precisan de aportaciones económicas privadas («Private Finance Iniciative»).

30 — Santamaría Pastor, J.A., *Principios de derecho administrativo,* vol I, 3ª ed.,Colección Ceura, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, p. 460, describe esta cooperación, aduciendo que, junto a la administración en sentido estricto, ha habido siempre una suerte de «administración impropia».

51. Pero, después, la metodología difiere, pues, si en algunos derechos nacionales se han ensayado modelos de «contrato de colaboración», [31] en otros, dichos resortes permanecen sumidos en la más estricta atipicidad. [32]

2. Una visión comunitaria dispersa

52. El derecho comunitario aspira a la armonización de los ordenamientos nacionales en el ámbito de la contratación pública, aunque su impulso se estanca cuando aparece el «fenómeno» de las CPP. [33]

53. Pero los Estados miembros incentivan una regulación en la Comunidad, ante la presencia creciente de las CPP en el sector

31 — En Francia ilustra este proceder la ordonnance nº 2004/559, de 17 de junio de 2004, y la Ley nº 2008-735, de 28 julio de 2008, relativas a los «contrats de partenariat». En España, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (BOE nº 261, de 31 de octubre de 2007, p. 44336), otorga la carta de naturaleza de contrato a la «colaboración público-privada».

32 — Una muestra de la tensión en torno a su tipicidad, González García, J., *Colaboración público-privada. Entre la atipicidad contractual y el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado,* de inminente publicación, tras barruntar el nacimiento de una nueva modalidad contractual, salda sus reflexiones con el convencimiento de que se trata de un medio «para incorporar a la práctica administrativa todos los mecanismos de relaciones atípicas que se desarrollan en el mundo de las relaciones económicas entre particulares», ensalzando la atipicidad, por cohonestar mejor con la flexibilidad y con el aporte de imaginación a la prestación.

33 — El «Libro verde sobre la colaboración pública privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones», de 30 de abril de 2004, COM(2004) 327 final (en adelante, «el Libro verde»), delata que, al menos en esa época, las «CPP» ostentan para la Comisión ese calificativo.

público, pues no pasan desapercibidas las atractivas credenciales que exhiben.

54. Además de actuar como una válvula de escape a las restricciones presupuestarias, estos instrumentos favorecen la financiación privada y el aprovechamiento de los conocimientos de las empresas ajenas a la vida pública, como respuesta a la derrota que imprimen al Estado los vientos de la liberalización, pues su condición de operador directo ha evolucionado hacia la de regulador de conductas, de las que es su último garante cuando afectan al interés general.

55. En un contexto sin ningún régimen específico vinculante que las englobe, la incertidumbre jurídica impera sobre todo en torno a la participación y a los medios de integración de los socios privados en esos contrapesos económicos.

56. Nació así la impronta de marcar las pautas exegéticas para acomodar estas prácticas a los principios del Tratado, lo que atiende la Comunicación interpretativa [34] de la Comisión, de 5 de febrero de 2008, relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y de concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada. [35]

57. En mi opinión, la ausencia de una armonización [36] comunitaria impide emancipar a las CPP como un verdadero contrato, lo que no obsta para el reconocimiento de que estos dispositivos neófitos de cooperación reconduzcan ciertos pactos que alcancen ese rango o se acerquen a las cualidades de una concesión.

58. Una reglamentación integral conjuraría ciertos inconvenientes y orientaría a las autoridades públicas y a las entidades privadas, pues el desconcierto reinante las disuade con frecuencia de fundar una CPP (así lo admite la Comunicación), [37] en detrimento del sufragio de las infraestructuras y de los servicios públicos, ante la probabilidad de que no se ajusten al orden que la Unión Europea desea.

34 — Alonso, García, R., en «El soft law comunitario», *Revista de Administración Pública,* nº 154, enero-abril, 2001, p. 79, ubica entre las virtudes de estas herramientas del artículo 249 CE la de proporcionar a las administraciones y a los operadores privados un marco presidido por la claridad y la coherencia, para encarrilar su comportamiento en un sentido compatible con el derecho comunitario.

35 — C(2007) 6661, a la que, en lo sucesivo, me refiero como «la Comunicación».

36 — Sin embargo, en su dictamen en primera lectura de 10 de mayo de 2002, el Parlamento Europeo instó a la Comisión a examinar la posibilidad de adoptar una propuesta de Directiva, COM(2000) 275. A su vez, el Comité Económico y Social Europeo consideró necesaria una iniciativa legislativa [dictamen del CESE (DO C 14, de 16 de enero de 2001), ponente Sr. Levaux, apartado 4.1.3, y dictamen del CESE (DO C 193, de 10 de julio de 2001), ponente Sr. Bo Green, apartado 3.5.]

37 — Esta reacción, natural en los prácticos de la ley, la corrobora Carbonnier, J., en *Sociologie juridique,* Quadrige, PUF, París, 1994, p. 331, al advertir la diferente sensibilidad de los juristas y de los sociólogos sobre la complejidad del derecho, pues, mientras para los primeros es una fatalidad, incluso una enfermedad, anhelando el retorno a lo simple, los segundos, sin emitir valoraciones, se limitan a registrarla como una mera diversidad pendiente de análisis.

59. Este vacío tiñe de relativismo los intentos de clasificar la actividad de la administración en policía, fomento y servicio público, [38] a lo que se añade que, en una Comunidad jurídica globalizada, cada uno de estos componentes refleja percepciones distintas según los países.

60. Específicamente, en el servicio público la heterogeneidad se manifiesta con vigor, [39] pues, si en algunos sistemas esta noción se erige en piedra angular de sus ordenamientos administrativos, [40] en otros no sustenta el andamiaje del «régime administratif» ni la «publicatio» adquiere el protagonismo. [41]

61. Aquí reside, a mi juicio, una de las causas de la dispersión en la constelación de las CPP, que ha de confrontarse con un problema de más hondo calado: el legislador comunitario ha armonizado la contratación pública, pero no la maraña de las concesiones [42] ni la de los servicios públicos, por lo que, al estar latentes estas categorías en no pocas CPP, la orfandad normativa que las rodea no responde al azar.

B. *Una catalogación de las CPP.*

62. A pesar de su indefinición conceptual, el Libro verde propuso una clasificación, al constatar empíricamente que dos grandes modelos recogen la diversidad de las CPP en los Estados miembros, según que la cooperación se base en vínculos exclusivamente convencionales (CPP contractuales) o se materialice a través de una entidad (CPP institucionalizada o «CPPI»).

63. Esta dualidad se atisba en la Comunicación de la Comisión, cuyo objeto se constriñe a las últimas, porque, quizás la pluralidad de apariencias de las convencionales, derivada de una autonomía de la voluntad ciertamente dilatada, resiste peor una sistematización. [43]

64. En las CPPI los quehaceres del socio público y los del privado se organizan en un ente con personalidad jurídica diferenciada, desde el que velan por la entrega de una obra o de un servicio en beneficio de la colectividad.

38 — Como los mostrados por Presutti E., *Principi fondamentali di scienza dell'amministrazione,* Società Editrice, Libraria, Milán, 1903.

39 — La proclama el dictamen del Comité Económico y Social, de 22 de mayo de 2003, sobre el Libro Verde de los servicios de interés general [COM(2003) 270 final (DO C 76)].

40 — Claramente en Francia, Italia y España, frente a las concepciones que han triunfado en Gran Bretaña, Alemania o Dinamarca, por ejemplo.

41 — En ocasiones la terminología difiere, aunque el sustrato y la esencia del servicio público no se desconocen: González-Varas Ibáñez, S., *El derecho administrativo privado,* Ed. Montecorvo, Madrid, 1996, p. 398.

42 — Pese a que la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el derecho comunitario (DO 2000, C 121, p. 2) contiene una noción independiente de las nacionales.

43 — De hecho, según el Libro verde, «[…] engloba combinaciones diversas que atribuyen una o varias tareas, de mayor o menor importancia, al socio privado y que incluyen el proyecto, la financiación, la realización, la renovación o la explotación de una obra o de un servicio».

65. Frente a algunas figuras convencionales, en las que se genera una ligazón directa entre el socio privado que lleva a cabo el servicio en lugar de la administración y el usuario final, en las CPPI, la mercantil, como adjudicataria o concesionaria, se relaciona «oficialmente» con el destinatario, aunque «materialmente» la industria la despliegue el miembro particular. Así, cobra sentido la precisión que el representante de Acoset hizo en el acto de la vista de este proceso prejudicial, confirmando que, en realidad, el socio privado presta sus servicios a la entidad de economía mixta.

66. Junto a las ventajas descritas, las CPPI abogan por concentrar en el componente público un nivel de control relativamente elevado sobre el desarrollo de las operaciones, a través de su presencia en el accionariado y en los órganos decisorios.

67. El casuismo muestra, en esencia, una doble vía para formar una CPPI: la de crear *ex novo* la entidad o la de alterar el capital de una preexistente que, de ser íntegramente público, pasa parcialmente a manos de los particulares. Obviamente, la correcta inteligencia de esta segunda vía exige que el predominio del sector privado se manifieste antes o al mismo tiempo que la adjudicación, pero no después. [44]

68. El artículo 113, apartado 5, letra b), del Decreto Legislativo nº 267/2000 revela una CPPI de la primera vía, pues se constituye una sociedad de capital mixto, cuyo socio privado asume la gestión integral del servicio hídrico municipal, [45] tras una licitación pública para su elección.

69. Por último, las CPPI canalizan el contrato o la concesión, trazando otra distinción sobre el axioma de su objeto, determinante en el esclarecimiento de su disciplina en la órbita comunitaria.

C. La delimitación entre el contrato y la concesión

70. A tenor de la clasificación enunciada en el punto precedente, es menester deslindar el contrato y la concesión antes de precisar el régimen jurídico de la CPPI de Ragusa.

44 — Así se infiere del apartado 42 de la sentencia Comisión/Austria, para evitar subterfugios que escapen al derecho comunitario, pues las entidades adjudicadoras no pueden «recurrir a mecanismos dirigidos a enmascarar la adjudicación de contratos públicos de servicios a empresas de economía mixta».

45 — Muy ilustrativo resulta que el Libro verde reconozca que en los Estados miembros se empleen semejantes estructuras «para la gestión de servicios públicos locales (por ejemplo, en el caso de los servicios de abastecimiento de agua o de recogida de residuos)».

71. Suscribo las apreciaciones de la Comisión relativas a que la atribución de un servicio público local, como el de la gestión integral del agua, puede instrumentalizarse mediante un contrato o mediante una concesión y que la exigüidad de la información suministrada por el auto de reenvío impide detectar si se ha optado por uno o por otra.

72. Sin embargo, hay que tener en cuenta: primero, que el Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia contrasta su interrogante únicamente con las normas y los principios del Tratado sin referencia a las Directivas de contratación; [46] segundo, que emplea la expresión de sociedad de economía mixta «concesionaria»; y tercero, que la duración calculada de treinta años se conforma mejor con una concesión. [47]

73. La diferencia no es baladí, ya que, si a la entidad de capital mixto se le asignara la ejecución de un contrato público, las Directivas 2004/17 o 2004/18 ofrecerían las pautas de publicidad y las fórmulas de selección del socio privado que ha de llevarla a cabo, cuando su importe supere los límites económicos que esas normas prevén. En cambio, si se tratara de una concesión de servicios o de un contrato público no cubierto por dichas Directivas (por ejemplo, por no alcanzar su cuantía los umbrales fijados), los principios y las libertades del Tratado constituirían su única expresión.

74. Se observa así la importancia de precisar los criterios destinados a definir los difusos linderos entre un contrato y una concesión, [48] lo que, ante la falta de las reseñas necesarias, corresponde en última instancia al juez nacional, en función «del riesgo de la explotación» y de «la retribución del servicio», interpretados por el Tribunal de Justicia.

75. El horizonte de esta remisión prejudicial dibuja las primeras dificultades en la tarea de deslindar el «contrato de servicio público» de la «concesión de servicio público».

76. En un contrato de servicios se requiere una contrapartida pagada directamente por la entidad adjudicadora al proveedor; sin embargo, cuando su retribución no procede

46 — Prudencia, digna de encomio, la exhibida por ese tribunal siciliano, pues, ante el conglomerado de normas y de regímenes susceptibles de insuflar la vida jurídica a una CPPI, alude sólo a las libertades y a los principios del Tratado, mínimo común denominador de los contratos y de las concesiones, siguiendo el consejo de Bacon, F., *Essays*, Ed. Cosimo, 2007, capítulo LVI, of Judicatory, p. 137, «Judges must beware of hard constructions, and strained inferences; for there is no worse torture, than the torture of laws».

47 — Apoyadas en ese dato, la República Italiana y Acoset no vacilan en calificar el fenómeno de concesión. Además, como se patentizó en la vista, la duración depende del coste de la inversión, puesto que se ha de amortizar el gasto.

48 — Passerieux, R., y Thouvenin, J.M., en «Le partenariat public/privé à la croisée des chemins, entre marché et concession», en *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, nº 487, abril, 2005, p. 237, designan como la principal fuente de inseguridad jurídica el deslizamiento de estas categorías, ante el riesgo de que las concebidas bajo el imperio del régimen flexible de la concesión («PPP concessions») se recalifiquen como «PPP marchés».

de la autoridad pública, sino de las cantidades abonadas por los terceros beneficiarios, hay una concesión de servicios públicos. [49]

77. Además, la transferencia del «riesgo de la explotación» [50] es uno de los síntomas más preciados para otear esta distinción, pues representa un elemento esencial de la concesión [51] mientras que el contrato la desconoce. [52]

78. Pero el tribunal de Catania no ha de bajar la guardia, ya que, quizás, haya más obstáculos que superar en su labor delimitadora en el asunto que enjuicia, en el que, al margen de la gestión del servicio, destacan las obras que han de permitirla, lo que ha de conducirle a estudiar las divergencias entre el «contrato de servicios», la «concesión de obras» y la «concesión de servicios». [53]

79. El artículo 18 de la Directiva 2004/17 extraña a las «concesiones de obras o de servicios que sean adjudicadas por las entidades adjudicadoras que ejerzan una o varias de las actividades contempladas en los artículos 3 a 7, cuando estas concesiones se adjudiquen para desarrollar dichas actividades». Nótese que, frente a la Directiva 2004/18, que excluye únicamente en su artículo 17 las concesiones de servicios, la Directiva 2004/17 destierra también las de obras, circunstancia que, con un entendimiento sistemático del artículo 12 de la Directiva 2004/18, deja vislumbrar que las concesiones de obras, aun cuando afecten a sectores especiales (como el del agua), se subordinan sólo a los tradicionales. [54]

80. Para superar la confusión que puedan provocar los contratos relativos a varias actividades (por ejemplo, un servicio de las aguas que exige la realización de unas obras), la Directiva 2004/17 adopta la pauta objetiva de observar las normas de la principal (artículo 9, apartado 1), en consonancia con la jurisprudencia, que niega la calificación de contrato «de obras» cuando sean accesorias respecto de los servicios o de los suministros. [55]

81. Expedito el camino, se evidencia que la concesión de servicios se somete a las normas y a los principios fundamentales del Tratado y la de obras, además, a las disposiciones de la

49 — Sentencias de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding (C-360/96, Rec. p. I-6821); y Parking Brixen, antes citada.

50 — Ha de señalarse al respecto la rotundidad con la que el representante de Acoset mantuvo en la vista que ese riesgo lo asumía el socio privado.

51 — Sentencia de 18 de julio de 2007, Comision/Italia (C-382/05, Rec. p. I-6657), apartado 34; y de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia (C-437/07), apartado 29.

52 — Sentencia de 27 de octubre de 2005, Contse y otros (C-234/03, Rec. p. I-9315), apartado 22.

53 — Aportan nitidez en esta vidriosa labor, las reflexiones de Gimeno Feliú, J.M., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma,* Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2006, pp. 151 a 175, basadas en una depuración conceptual de la distintas tipologías.

54 — La exclusión de las concesiones del ámbito de las Directivas de contratación se perfiló en el auto del Tribunal de Justicia de 30 de mayo de 2002, Buchhändler-Vereinigung (C-358/00, Rec. p. I-4685), pero la sentencia de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress (C-324/98, Rec. p. I-10745), ubicó las de obras bajo la égida de la regulación de los sectores tradicionales.

55 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de abril de 2004, Gestión Hotelera Internacional (C-331/92, Rec. p. I-1329).

Directiva 2004/18 que admitan su aplicación, por razón de su cuantía.

84. No conviene erigir al pragmatismo, aspiración lógica de todo ordenamiento, en fundamento exclusivo de un razonamiento jurídico. Con esa cautela, comparto la opinión de la Comisión, a la que han de sumarse unas pesquisas sobre las exigencias que la Comunidad impone a los contratos y a las concesiones que, por ósmosis, diseñan el panorama en el que las CPPI se desenvuelven.

D. *Los parámetros de control de las CPPI*

82. Las dudas que suscita el artículo 113, apartado 5, letra b), del Decreto Legislativo italiano nº 267/2000 se reducen a determinar si, además de la puja publicitada para la búsqueda del socio privado, se requiere otra puja para la adjudicación de la prestación. [56] Si se resolviera esta incógnita en favor de la unicidad de la licitación, habría que profundizar en el anclaje jurídico que respalde su licitud, a tenor de las libertades de establecimiento (artículo 43 CE) y de servicios (artículo 49 CE), así como de la competencia (artículo 86 CE).

85. Introducir la doble concurrencia casa mal con el ahorro de trámites que las inspira, ya que su creación reúne en el mismo expediente la elección del ingrediente económico privado y la adjudicación del contrato público o de la concesión a la entidad de capital mixto.

86. La eficiencia no admite, en puridad, una contraposición con el principio de legalidad, pues se desarrolla a su abrigo, de modo que sólo cabe predicar la ilicitud de una gestión ineficaz.

1. Una licitación única con dos finalidades

83. En su Comunicación, la Comisión considera que «[…] una doble licitación (la primera para la selección del socio privado de la CPPI y la segunda para la adjudicación del contrato público o la concesión a la entidad de capital mixto) no resulta muy práctica […]».

87. Cuando se respeten sus límites, [57] las CPPI se han de convertir en indicadores fiables de una ponderación basada en los mandatos de

56 — Tal y como mantienen la Conferencia de Alcaldes y el Presidente de la Provincia y el ayuntamiento de Vittoria.

57 — Así, los que emanan del derecho a una buena administración, que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclama en el artículo 41, dentro del capítulo V, dedicado a la ciudadanía, al que, al socaire de la prohibición de indefensión, me refiero en mis conclusiones de 27 de noviembre de 2007, seguidas en parte por la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 2008, SECAP (C-147/06 y C-148/06, Rec. p. I-3565).

racionalidad, de motivación, de coordinación y de economía, que estimulan a una administración responsable en la procura del bienestar colectivo, al tiempo que la distancian de su función de mera «correa de transmisión» [58] de la ley.

88. Una de las claves reside en que la empresa que se incorpora al nuevo ente actúa, en realidad, como un contratista o como un concesionario al asumir la materialización del servicio, lo que no se oculta, puesto que, entre las variables para su designación, aparte de las relativas a su contribución burocrática a la gestión de la mercantil, se pondera su habilidad para ejecutarlo. [59]

89. De esta manera, la selección del adjudicatario o del concesionario se acomete indirectamente a través de la del socio industrial, por lo que su actividad cobra una gran trascendencia. Definir con precisión sus contornos evitaría que las CPPI se manipularan con el fin de orillar nuevos procedimientos de concurrencia.

90. Esta coyuntura ensambla con la razón de su existencia, que se centra, en este caso, en el servicio integral de las aguas, según se refrenda en la pregunta prejudicial cuando alude a un «objeto social exclusivo».

91. Además, el propósito de la CPPI ha de permanecer inmutable mientras lo esté llevando a cabo, [60] aunque nada impide acomodarlo a los avances del progreso o a la sagacidad del socio particular, siempre que no se alteren los términos esenciales [61] de la licitación. [62]

92. La narración del Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia parece conformarse con ese matiz capital, ya que el pliego de condiciones adelantaba que la adjudicación de las obras [63] que no emprenda directamente el socio privado se ha de regir por «los procedimientos de licitación pública establecidos en la ley».

93. Sin embargo, las observaciones de la República Italiana (punto 8) inciden, al amparo del *ius variandi,* en que la cláusula

58 — «Transmission belt», expresión derivada de la obra, ya clásica, de Stewart, R.B., *The reformation of American Administrative Law,* Harvard Law Review, vol. 88, nº 8, 1975, p. 1675.

59 — Habida cuenta de que por medio de un único cauce cabe atender a todos los criterios en liza, se diluye la afirmación del ayuntamiento de Vittoria relativa a que la licitación para la elección del socio no ha de superponerse a la atribución del servicio, ante las divergencias de su contenido y de su finalidad.

60 — Dato decisivo en el caso de autos, ante el plazo de 30 años que se había fijado.

61 — Para la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, Rec. p. I-3801), apartado 116, la esencialidad de un término provoca que, de haber figurado en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente distinta.

62 — Sin perjuicio de las excepciones recogidas en los artículos 31 y 61 de la Directiva 2004/18 y en el artículo 40, apartado 3, letras f) y g), de la Directiva 2004/17, cualquier modificación de los términos esenciales del contrato que no se haya previsto en el pliego de condiciones exige un nuevo procedimiento de licitación, como advierte la sentencia de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia (C-337/98, Rec. I-8377), apartado 50.

63 — Inicialmente, las indicadas en el Plan Operativo Trienal aprobado por la Conferencia de Alcaldes en su reunión de 15 de diciembre de 2003.

inserta en ese pliego deja entrever la eventual salida a bolsa de parte del capital que ostentan los accionistas públicos.

94. En la perspectiva contractual cabe autorizar ciertas modificaciones no básicas durante la fase de ejecución, si bien, en aras de la transparencia y para no desnaturalizar su desarrollo se requiere una habilitación expresa. [64]

95. Con independencia de que dicha venta bursátil modificase la uniformidad de las condiciones, el Gobierno italiano alertó en sus observaciones escritas de que esa transmisión de capital provocaría la extinción de la entidad, puesto que sus estatutos prevén una «participación pública mayoritaria», por lo que, más que sumir a la entidad en una situación irregular, la extinguiría. Sin embargo, el avvocato dello Sttato matizó esa posición en la vista, aludiendo a «otras formas alternativas de control» no basadas en la propiedad del capital, planteamiento con el que me muestro de acuerdo, siempre que la mayor presencia privada no desnaturalice el peso preponderante del elemento público en la sociedad, derivado de la posesión mayoritaria de sus fondos o, al menos, de su indiscutible influencia en las decisiones estratégicas relativas a la actividad hidráulica. [65]

64 — Sentencia del Tribunal de Justicia Comisión/CAS Succhi di Frutta, ya citada.

65 — De cualquier manera, no ha de desconocerse que los estatutos de la sociedad de economía mixta se refieren a una «participación pública mayoritaria», por lo que, por mucho que se intente salvar la continuidad de la sociedad en caso de que el capital público baje del 50 %, habría desaparecido una de las condiciones esenciales para el nacimiento de esa entidad.

2. Sociedad de economía mixta y prestaciones *in house:* dos realidades opuestas

96. En la mayoría de las observaciones depositadas en este proceso prejudicial afloran los supuestos de actuación por medios instrumentales, aunque esa exégesis se bifurca, ya que, si algunos acuden a estas encomiendas para aducir que no avalan al «Servizio Idrico Integrato» propuesto, otros las mencionan para marcar las diferencias con las CPPI.

97. En mi opinión, la licitación se excusa en las hipótesis de servicios *in house,* pero también en unas CPPI que, respetuosas con la transparencia, satisfagan los principios de igualdad de trato y de no discriminación.

98. La jurisprudencia ha abolido la aplicación de los artículos 12 CE, 43 CE y 49 CE, así como la de los principios generales que destilan, cuando la autoridad pública concedente ejerza sobre la entidad concesionaria un control análogo al que desempeña sobre sus propios servicios, siempre que esta última efectúe la parte esencial de su actividad con el ente que la controla. [66]

66 — Sentencias de 18 de noviembre de 1999, Teckal (C-107/98, Rec. p. I-8121), apartado 50; Parking Brixen, ya citada, apartado 62; y de 13 de noviembre de 2008, Coditel Brabant (C-324/07, Rec. p. I-8457), apartado 26.

99. Una gestión acometida por una sociedad cuyo capital esté integrado también por ciertas aportaciones ajenas a la administración se sitúa, por definición, extramuros de las formalidades *in house,* ya que la participación de una empresa privada despoja al poder público de ese «control análogo». [67]

100. Sin embargo, aun consciente del casuismo que late en torno a los porcentajes susceptibles de otorgar ese dominio, sería de suma utilidad que el Tribunal de Justicia afinase su postura al respecto.

101. Por un lado, algunas sentencias consideran que el hecho de que la autoridad pública concedente posea la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria sugiere, aunque no definitivamente, que tal autoridad pública supervisa dicha sociedad de manera similar que a sus propios servicios. [68]

102. *A contrario sensu,* la participación privada excluye la doctrina de los encargos propios, como se colige de las ya citadas sentencias Stadt Halle y Coname, para las que, incluso, una colaboración particular minoritaria impide tal control.

103. Por otro lado, esta jurisprudencia se empaña cuando el Tribunal de Justicia, rememorando la sentencia Asemfo, aduce que, «en determinadas circunstancias, el requisito relativo al control ejercido por la autoridad pública podía cumplirse en el caso en que dicha autoridad no poseyera más que el 0,25 % del capital de una empresa pública». [69]

104. Como en la colaboración auspiciada por la Conferencia de los Alcaldes y del Presidente de la Provincia y los ayuntamientos de Ragusa el socio privado había de suscribir el 49 % del capital social de la nueva compañía, [70] el cariz doméstico de las actuaciones no se legitima con esa elevada participación, ya que debería acreditarse ante el juez nacional una influencia del accionariado público capaz de eliminar el albedrío del privado sobre los objetivos estratégicos de la entidad. [71]

3. Un ejercicio de disgregación jurídica.

105. Descartado el carácter instrumental de esta sociedad híbrida, resta por averiguar si su génesis autoriza la no licitación pública del servicio de aguas.

67 — Como se infiere de las sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau (C-26/03, Rec. p. I-1), apartado 49; y de 21 de julio de 2005, Coname (C-231/03, Rec. p. I-7287), apartado 26.

68 — Sentencias de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorcio Alisei (C-340/04, Rec. p. I-4137), apartado 37; y de 19 de abril de 2007, Asemfo (C-295/05, Rec. p. I-2999), apartado 57.

69 — Sentencia Coditel, ya citada, apartado 53, que remite a los apartados 56 a 61 de la sentencia Asemfo, de la que, no obstante, no se infiere ese porcentaje de participación.

70 — Punto II. 7 de las observaciones de Acoset y punto 5 de las del Gobierno italiano.

71 — Sentencias Parking Brixen y Carbotermo y Consorcio Alisei, antes citadas.

106. Sin ánimo de dislocar la categoría jurídica de la «colaboración público-privada institucionalizada», creo que han de individualizarse sus distintos elementos.

107. No hay inconveniente en que las corporaciones públicas territoriales constituyan una persona jurídica y realicen las tareas anejas de redactar sus estatutos, suscribir el capital y coaligarse con quien estimen oportuno.

108. Tampoco merece reproche alguno el anuncio de una oferta dirigida a integrar en esa sociedad a los particulares prestos a desembolsar la porción económica que coadyuve a su operatividad.

109. La falta total de licitación en la adjudicación de unos servicios casa mal con los artículos 43 CE y 49 CE y con los principios de igualdad de trato y de no discriminación, contaminando el «Servizio Idrico Integrato», mas el antídoto para atajar esa situación radica en los criterios que inspiran la propia elección del socio privado.

110. Los candidatos han de acreditar la capacidad personal y pecuniaria para entrar como accionista, pero su destreza técnica y las ventajas económicas y de otro tipo que su oferta reporte han de ocupar una plaza preeminente entre los aspectos que se han de valorar.

111. En efecto, la Comunicación sobre las CPPI advierte que «el hecho de que una entidad privada y una entidad adjudicadora cooperen en el marco de una entidad de capital mixto no puede justificar que la autoridad contratante no cumpla las disposiciones sobre contratos públicos y concesiones en la adjudicación de contratos públicos o concesiones a esa entidad privada o a la entidad de capital mixto».

112. Por tanto, la validez material de las CPPI se acota por la equidad y por la previsión, de forma que todos los licitadores, manifiestos o latentes, tengan acceso a una información adecuada sobre el proyecto del poder adjudicador de crear la entidad de capital mixto para confiarle un contrato público o una concesión.

113. La exigencia de publicidad se deriva, para los contratos, de los artículos 41 y siguientes de la Directiva 2004/17 y de los artículos 35, 36 y 58 de la Directiva 2004/18; para las concesiones de servicios públicos, la jurisprudencia [72] la ha impuesto como medio

72 — Sentencias Telaustria y Telefonadress, antes citada, apartados 60 a 62; y Coname, antes citada, apartados 16 a 19.

para preservar los principios de transparencia, de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad. [73]

114. El Tribunal de Justicia ha estimado que los artículos 43 CE y 49 CE reflejan el principio de igualdad de trato [74] y la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad. [75]

115. En lo atinente a la competencia, en mis conclusiones del asunto Ing. Aigner exhorto a corregir la miopía de quienes relegan el derecho comunitario de los contratos a un papel de mero coordinador de los procedimientos de adjudicación, pues, de hecho, persigue un designio de mayor calado: la instalación de una competencia objetiva en este sector, en aras de la realización de las libertades esenciales en la integración europea. [76]

116. Si bien esa doctrina se refiere a la contratación, en las concesiones de servicios públicos [77] ha de frenarse también el falseamiento de la competencia, porque beben de los mismos principios del Tratado, aunque el ramillete de concepciones nacionales sobre la «concesión», sobre los «servicios públicos de interés general», sobre los «derechos especiales» y sobre los «derechos exclusivos» eclipsa su relación con los artículos 81 CE, 82 CE y 86 CE. [78]

4. Corolario

117. La solución afirmativa a la cuestión prejudicial planteada parece insoslayable,

73 — Los distintos postores han de disfrutar de idénticas oportunidades, con independencia de su nacionalidad, como mostró la sentencia del Tribunal de Justicia Comisión/Bélgica, antes citada, apartados 33 y 54.

74 — Sentencia de 5 de diciembre de 1989, Comisión/Italia (C-3/88, Rec. p. 4035), apartado 8.

75 — Sentencia de 8 de octubre de 1980, Überschär (810/79, Rec. p. 2747), apartado 16.

76 — Como se sigue del segundo considerando de la Directiva 2004/18 y del noveno considerando de la Directiva 2004/17, así como de las sentencias del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 1989, Fratelli Costanzo (103/88, Rec. p. 1839), apartado 18 *in fine;* BFI Holding, antes citada, apartado 41; de 3 de octubre de 2000, University of Cambridge (C-380/98, Rec. p. I-8035), apartado 16; de 1 de febrero de 2001, Comisión/Francia (C-237/99, Rec. p. I-939), apartado 41; Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartado 44; y Carbotermo y Consorcio Alisei, antes citada, apartado 58, entre otras.

77 — Muñoz Machado, S., en *Servicio público y mercado. Los fundamentos,* vol. I, Ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 40, tranquiliza al explicar que Europa no abomina del servicio público, sino que simplemente quiere ajustarlo a un entorno de competencia, lo que supone un nuevo reto, pero no su liquidación.

78 — Sintetiza estos aspectos, Neergaard, U., en «The concept of concession in the EU public procurement law versus EU competition law and nacional law», *The new EU public procurement Directives,* Ruth Nielsen & Steen Treumer (ed.), Djøf Publishing, 2005, pp. 149 a 181.

atendiendo a un elemental criterio de eficacia en la gestión administrativa, siempre que no se burlen las garantías que dimanan del derecho comunitario.

118. Las libertades fundamentales del Tratado reivindican que la transparencia y la interdicción de la discriminación se prevengan al tiempo de la licitación pública del socio privado de la entidad, cuyo destino, sin perjuicio de algunas alteraciones no sustanciales, queda ligado a la gestión del servicio, correspondiendo a la sociedad mixta la titularidad formal de esa atribución y a la empresa privada la operacional.

119. Las pautas de selección de la parte privada han de cimentarse no sólo en el capital que aporte, sino también en su experiencia y en las características de su oferta sobre las prestaciones específicas que haya de suministrar.

120. El tribunal siciliano ha de evaluar la aptitud del anuncio del *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* para salvaguardar la competencia y las libertades de servicios y de establecimiento, así como los intereses de los potenciales afectados.

121. Además, para evitar que el socio privado se beneficie de unas ventajas indebidas respecto de sus competidores,[79] ha de indagar si su elección se conformó al procedimiento diseñado en las Directivas 2004/17 y 2004/18 para la adjudicación, siempre que bajo el aspecto de la CPPI se escondan las condiciones de un contrato de servicios o las de una concesión de obras.

122. Para configurar su decisión ha de despejar si la CPPI de Ragusa encubre un contrato o una concesión y si, a tenor de lo expuesto, se circunscribe a unas obras o a un servicio público, pergeñando así el régimen jurídico preceptivo que demandan una correcta adjudicación y una completa publicación.

79 — Unas pistas fiables se encuentran en la Comunicación, al postular la inclusión del contrato público o de la concesión que se ha de adjudicar a la entidad de capital mixto que se crea y de sus estatutos, en el anuncio de la licitación o en el pliego de las condiciones. Abunda también en traslucir los pactos entre los accionistas, la relación contractual entre la entidad adjudicadora y el socio privado y la de ésta con la sociedad mixta, sin descuidar las posibilidades de renovación o de modificación del contrato público o de la concesión y las de adjudicación opcional de otras tareas.

VII. Conclusión

123. En atención a todo lo expuesto, sugiero al Tribunal de Justicia responder a la cuestión prejudicial del Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, declarando que:

«Los artículos 43, 49 y 86 del Tratado, la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, y la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, no se oponen a la atribución directa de un servicio público que entrañe la realización previa de unas obras a una sociedad de economía mixta constituida específicamente para ese fin, siempre que concurran las siguientes circunstancias:

— que la sociedad mantenga ese objeto social exclusivo durante toda su existencia;

— que el socio privado se seleccione mediante un procedimiento de licitación pública, tras la verificación de los requisitos financieros, técnicos, operativos y de gestión, así como de las características de su oferta, en cuanto al servicio que ha de ejecutarse;

— que el socio privado asuma, como industrial, la ejecución del servicio y de las obras; y

— que esa licitación se adecúe al principio de la libre competencia y respete la transparencia y la igualdad de trato exigidas por el derecho comunitario para las concesiones y, en su caso, las reglas de publicidad y de adjudicación de la contratación pública.»