SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera)
de 6 de abril de 2006 *

En el asunto C-410/04,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Italia), mediante resolución de 22 de julio de 2004, recibida en el Tribunal de Justicia el 27 de septiembre de 2004, en el procedimiento entre

Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV)

y

Comune di Bari,

AMTAB Servizio SpA,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera),

integrado por el Sr. P. Jann, Presidente de Sala, y los Sres. J.N. Cunha Rodrigues (Ponente), K. Lenaerts, M. Ilešič y E. Levits, Jueces;

* Lengua de procedimiento: italiano.

Abogado General: Sr. L.A. Geelhoed;
Secretaria: Sra. M. Ferreira, administradora principal;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 27 de octubre de 2005;

consideradas las observaciones presentadas:

— en nombre de la Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV), por el Sr. C. Colapinto, avvocato;

— en nombre del Comune di Bari, por el Sr. R. Verna y las Sras. B. Capruzzi y R. Cioffi, avvocati;

— en nombre de AMTAB Servizio SpA, por los Sres. G. Notarnicola y V. Caputi Jambrenghi, avvocati;

— 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 alemán, por la Sra. C. Schulze-Bahr, en calidad de agente;

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

— en nombre del Gobierno polaco, por el Sr. T. Nowakowski, en calidad de agente;

— en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por el Sr. X. Lewis y la Sra. D. Recchia, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 12 de enero de 2006;

dicta la siguiente

Sentencia

1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 43 CE, 49 CE y 86 CE.

2 Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre, por una parte, la Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (en lo sucesivo, «ANAV») y, por otra, el Comune di Bari (municipio de Bari) y AMTAB Servizio SpA (en lo sucesivo, «AMTAB Servizio»), relativo a la adjudicación a esta sociedad del servicio de transporte público en el territorio de dicho municipio.

Marco jurídico

Normativa comunitaria

3 El artículo 43 CE dispone:

«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 segundo párrafo 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.»

4 El articulo 46 CE establece:

«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.»

5 El artículo 49 CE, párrafo primero, prevé:

«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.»

6 El artículo 86 CE, apartado 1, tiene el siguiente tenor:

«Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas 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.»

Normativa nacional

7 En cuanto a la legislación italiana, el artículo 14 del Decreto-ley nº 269, por el que se establecen disposiciones 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; en lo sucesivo, «Decreto-ley nº 269/2003»), modificó el artículo 113 del Decreto Legislativo nº 267, texto refundido de las leyes relativas a la organización de los entes locales, de 18 de agosto de 2000 (suplemento ordinario a la GURI nº 227, de 28 de septiembre de 2000; en lo sucesivo, «Decreto Legislativo nº 267/2000»). La nueva versión del artículo 113, apartado 5, de este último Decreto prevé:

«La prestación del servicio se realizará de conformidad con las normas sectoriales y la normativa de la Unión Europea, mediante la adjudicación de la titularidad del servicio a:

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

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

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.»

El litigio principal y la cuestión prejudicial

8 Según la resolución de remisión, AMTAB Servizio es una sociedad anónima cuyo capital social pertenece íntegramente al Comune di Bari y cuya única actividad consiste en prestar un servicio de transporte público en el territorio de este municipio. Esta sociedad está totalmente controlada por el Comune di Bari.

9 Según esta misma resolución, ANAV representa, en virtud de sus estatutos, a las empresas que prestan servicios de transporte nacional e internacional de viajeros, así como servicios asimilables a la actividad de transporte y, en su condición de tal, vela, entre otros, por el buen desarrollo del servicio público de transporte urbano y extraurbano en interés de las sociedades que prestan tal servicio.

10 Mediante decisión de 17 de julio de 2003, el Comune di Bari inició un procedimiento de licitación pública para la adjudicación del servicio de transporte público en el territorio de este municipio.

11 A raíz de la modificación del artículo 113, apartado 5, del Decreto Legislativo nº 267/2000 por el artículo 14 del Decreto-ley nº 269/2003, el Comune di Bari desistió, mediante decisión de 9 de octubre de 2003, de este procedimiento de licitación.

12 Mediante decisión de 18 de diciembre de 2003, este Comune adjudicó el servicio en cuestión directamente a AMTAB Servizio para el período comprendido entre el 1 de enero de 2004 y el 31 de diciembre de 2012.

13 Mediante recurso notificado el 1 de marzo de 2004 y presentado el 9 de marzo de 2004 en el Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, ANAV solicitó la anulación de esta última decisión y de todos los actos conexos o resultantes de la misma, alegando que constituyen una infracción del Derecho comunitario y, en especial, de los artículos 3 CE, 16 CE, 43 CE, 49 CE, 50 CE, 51 CE, 70 CE a 72 CE, 81 CE, 82 CE, 86 CE y 87 CE.

14 A la luz de tales alegaciones, el Tribunale amministrativo regionale per la Puglia decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«El artículo 113, apartado 5, del Decreto Legislativo nº 267/00, en su versión modificada por el artículo 14 del Decreto-ley nº 269/03, ¿es compatible con el Derecho comunitario y, en particular, con las obligaciones de transparencia y de libre competencia establecidas en los artículos [43 CE], 49 CE y 86 CE, en la medida en que no fija ningún límite a la libertad de elección de la administración pública entre las diversas formas de adjudicar el servicio público y, en particular, entre la adjudicación mediante un procedimiento de licitación pública y la adjudicación directa a una sociedad totalmente controlada por dicha administración?»

Sobre la cuestión prejudicial

15 Mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente desea averiguar, en esencia, si el Derecho comunitario, en especial, las obligaciones de transparencia y de libre

competencia establecidas en los artículos 43 CE, 49 CE y 86 CE, se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que no fija ningún límite a la libertad de elección de un ente público entre las diversas formas de adjudicar un servicio público, en particular, entre la adjudicación mediante un procedimiento de licitación pública y la adjudicación directa a una sociedad cuyo capital social pertenece íntegramente a dicho ente.

16 De los autos del procedimiento principal se desprende que el servicio de transporte público en el territorio del Comune di Bari es remunerado, al menos en parte, a través de la compra por los usuarios de títulos de transporte. Esta modalidad de retribución es una característica de la concesión de servicios públicos (sentencia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartado 40).

17 Consta que las concesiones de servicios públicos están excluidas del 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) (sentencia Parking Brixen, antes citada, apartado 42). Esta Directiva fue sustituida 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 (DO L 134, p. 114), que prevé explícitamente en su artículo 17 que no es aplicable a las concesiones de servicios.

18 Pese a que los contratos de concesión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, sustituida por la Directiva 2004/18, las autoridades públicas que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (véanse, en este sentido, las sentencias de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartado 60; de 21 de julio de 2005, Coname, C-231/03, Rec. p. I-7287, apartado 16, y Parking Brixen, antes citada, apartado 46).

19 Entre las disposiciones del Tratado aplicables específicamente a las concesiones de servicios públicos cabe destacar, en particular, los artículos 43 CE y 49 CE (sentencia Parking Brixen, antes citada, apartado 47).

20 Además del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, el principio de igualdad de trato de los licitadores es también aplicable a las concesiones de servicios públicos aun cuando no exista una discriminación por razón de la nacionalidad (sentencia Parking Brixen, antes citada, apartado 48).

21 Los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican, en particular, una obligación de transparencia que permita que la autoridad pública concedente se asegure de que los mencionados principios son respetados. Esta obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas Teleaustria y Telefonadress, apartados 61 y 62, y Parking Brixen, apartado 49).

22 En principio, la falta total de licitación en la adjudicación de una concesión de servicios públicos como la que es objeto del caso de autos no responde a los requisitos de los artículos 43 CE y 49 CE ni a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia (sentencia Parking Brixen, antes citada, apartado 50).

23 Además, del artículo 86 CE, apartado 1, se desprende que los Estados miembros no deben mantener en vigor una normativa nacional que permita la adjudicación de concesiones de servicios públicos sin licitación, puesto que tal adjudicación infringe los artículos 43 CE o 49 CE, o vulnera los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia (sentencia Parking Brixen, antes citada, apartado 52).

24 Sin embargo, en el ámbito de las concesiones de servicios públicos estará excluida la aplicación de lo dispuesto en los artículos 12 CE, 43 CE y 49 CE, así como de los principios generales cuya expresión específica constituyen dichos artículos, en el supuesto de que, cumulativamente, la autoridad pública concedente ejerza sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y la entidad realice la parte esencial de su actividad junto con la autoridad a que pertenece (sentencia Parking Brixen, antes citada, apartado 62).

25 Una normativa nacional que reproduce literalmente el tenor de los requisitos enunciados en el apartado anterior, como hace el artículo 113, apartado 5, del Decreto Legislativo nº 267/2000, en su versión modificada por el artículo 14 del Decreto-ley nº 269/2003, es en principio conforme con el Derecho comunitario, en el bien entendido de que la interpretación de esta legislación también debe ser conforme con las exigencias del Derecho comunitario.

26 Debe precisarse que, dado que se trata de una excepción a las normas generales del Derecho comunitario, ambos requisitos expuestos en el apartado 24 de la presente sentencia han de ser objeto de una interpretación estricta, y que la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción a dichas normas incumbe a quien quiera beneficiarse de ella (véanse las sentencias

de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, apartado 46, y Parking Brixen, antes citada, apartado 63).

27 Según las observaciones escritas presentadas ante el Tribunal de Justicia por AMTAB Servizio, el Comune di Bari decidió, el 27 de diciembre de 2002, ceder el 80 % de las acciones que poseía de esta sociedad y, el 21 de mayo de 2004, resolvió iniciar a tal efecto un procedimiento de licitación para seleccionar al socio privado mayoritario. En la vista ante el Tribunal de Justicia, ANAV confirmó esta información.

28 Sin embargo, en esa misma vista, el Comune di Bari alegó que había cambiado de opinión respecto de su intención de ceder parte de sus acciones de AMTAB Servizio. El 13 de enero de 2005, había decidido no seguir adelante con su decisión anterior y abstenerse de privatizar dicha sociedad. Según el Comune di Bari, no se unió esta decisión a los autos del órgano jurisdiccional remitente porque se adoptó con posterioridad a la resolución de remisión.

29 Corresponde al órgano jurisdiccional remitente, y no al Tribunal de Justicia, resolver la cuestión de si el Comune di Bari contempla abrir el capital social de AMTAB Servizio a accionistas privados. Sin embargo, a fin de proporcionar elementos útiles a dicho órgano jurisdiccional de modo que pueda resolver el litigio del que conoce, debe precisarse lo siguiente.

30 Si, mientras esté en vigor el contrato controvertido en el litigio principal, accionistas privados entraran en el capital social de AMTAB Servizio, tal situación tendría por efecto adjudicar una concesión de servicios públicos a una sociedad de economía mixta sin licitación previa, lo que perjudicaría a los objetivos perseguidos por el Derecho comunitario (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de noviembre de 2005, Comisión/Austria, C-29/04, Rec. p. I-9705, apartado 48).

31 En efecto, la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la autoridad pública concedente excluye en cualquier caso que dicha autoridad pública pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (véase, en este sentido, la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartado 49).

32 En consecuencia, si la sociedad concesionaria es una sociedad abierta al capital privado, aunque sólo sea parcialmente, esta circunstancia impide considerarla una entidad de gestión «interna» de un servicio público en el ámbito de la entidad territorial a la que pertenece (véase, en este sentido, la sentencia Coname, antes citada, apartado 26).

33 A la luz de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión planteada que los artículos 43 CE, 49 CE y 86 CE y los principios de igualdad de trato, de no discriminación por razón de la nacionalidad y de transparencia no se oponen a una normativa nacional que permite que un ente público adjudique un servicio público directamente a una sociedad cuyo capital social le pertenece íntegramente, siempre que el ente público ejerza sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y que dicha sociedad realice la parte esencial de su actividad con el ente al que pertenece.

Costas

34 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 (Sala Primera) declara:

Los artículos 43 CE, 49 CE y 86 CE y los principios de igualdad de trato, de no discriminación por razón de la nacionalidad y de transparencia no se oponen a una normativa nacional que permite que un ente público adjudique un servicio público directamente a una sociedad cuyo capital social le pertenece íntegramente, siempre que el ente público ejerza sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y que dicha sociedad realice la parte esencial de su actividad con el ente al que pertenece.

Firmas