Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera)

de 29 de noviembre de 2012 *

«Contratos públicos de servicios — Directiva 2004/18/CE — Entidad adjudicadora que ejerce sobre una entidad adjudicataria, con personalidad jurídica distinta de ella, un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios — Inexistencia de obligación de tramitar un procedimiento de licitación de conformidad con las normas del Derecho de la Unión (adjudicación denominada "in house") — Entidad adjudicataria controlada conjuntamente por varios entes territoriales — Requisitos para la aplicación de una adjudicación "in house")»

En los asuntos acumulados C-182/11 y C-183/11,

que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Consiglio di Stato (Italia), mediante resoluciones de 23 de febrero de 2011, recibidas en el Tribunal de Justicia el 18 de abril de 2011, en los procedimientos entre

Econord SpA

y

Comune di Cagno (C-182/11),

Comune di Varese,

Comune di Solbiate (C-183/11),

Comune di Varese,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera),

integrado por la Sra. R. Silva de Lapuerta, en funciones de Presidente de la Sala Tercera, los Sres. K. Lenaerts, E. Juhász (Ponente), T. von Danwitz y D. Šváby, Jueces,

Abogado General: Sr. P. Cruz Villalón;

Secretario: Sr. A. Calot Escobar;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

consideradas las observaciones presentadas:

— en nombre de Comune di Cagno y de Comune di Solbiate, por la Sra. C. Colombo, avvocatessa;

* Lengua de procedimiento: italiano.

— en nombre del Gobierno italiano, por la Sra. G. Palmieri, en calidad de agente, asistida por el Sr. P. Gentili, avvocato dello Stato;

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

— en nombre del Gobierno polaco, por el Sr. M. Szpunar, en calidad de agente;

— en nombre de la Comisión Europea, por el Sr. C. Zadra y el Sr. P. Manzini, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 19 de julio de 2012;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Las peticiones de decisión prejudicial versan sobre la interpretación del Derecho de la Unión relativo a los requisitos para aplicar la excepción de la adjudicación directa de un servicio de interés público, adjudicación denominada «in house».

2 Dichas peticiones se presentaron en el marco de los litigios entre Econord SpA (en lo sucesivo, «Econord»), por una parte, y los Ayuntamientos de Varese, Cagno y Solbiate, por otra, relativos a la conformidad a Derecho de la adjudicación directa a ASPEM SpA (en lo sucesivo, «ASPEM»), por parte de los dos últimos Ayuntamientos mencionados, de un contrato de servicios, sin haber tramitado un procedimiento de adjudicación de dicho contrato de conformidad con las normas del Derecho de la Unión.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

3 El artículo 1 de 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 lleva como epígrafe «Definiciones», establece en su apartado 2:

«a) Son “contratos públicos” los contratos 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.

[…]

d) Son “contratos públicos de servicios” los contratos públicos distintos de los contratos públicos de obras o de suministro cuyo objeto sea la prestación de los servicios a los que se refiere el anexo II.

[…]»

4 El artículo 1, apartado 4, de la citada Directiva dispone lo siguiente:

«La “concesión de servicios” es 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.»

5 A tenor del artículo 20 de la misma Directiva:

«Los contratos que tengan por objeto servicios que figuren en el anexo II A se adjudicarán con arreglo a los artículos 23 a 55.»

6 En el punto 16 del anexo II A de la misma Directiva se mencionan los «Servicios de alcantarillado y eliminación de desperdicios: servicios de saneamiento y servicios similares».

Derecho nacional

7 El artículo 30 del Decreto Legislativo italiano nº 267, de 18 de agosto de 2000 (texto refundido de las leyes sobre el régimen de las entidades locales) (GURI nº 227, de 28 de septiembre de 2000 – Suplemento ordinario nº 162; en lo sucesivo, «Decreto Legislativo nº 267/2000»), dispone lo siguiente:

«1. Con el fin de desarrollar coordinadamente determinadas funciones y servicios, las entidades locales podrán celebrar entre ellas convenios de mancomunidad.

2. Los mencionados convenios deberán establecer los fines, la duración, el procedimiento de consulta entre las entidades contratantes, sus relaciones financieras y sus obligaciones y garantías recíprocas.

3. El Estado o la Región podrán establecer en materias que estén comprendidas en su ámbito de competencia modelos obligatorios de convenios de mancomunidad entre entidades locales para la gestión por un período determinado de un servicio específico o para la realización de una obra, previa elaboración de un pliego de condiciones tipo.

4. Los convenios previstos en el presente artículo podrán disponer además el establecimiento de oficinas comunes, que operarán con personal desplazado de las entidades participantes, a las que se encomendará el ejercicio de las funciones públicas en sustitución de las entidades participantes en el convenio de mancomunidad, o la delegación de facultades, por parte de las entidades participantes en el convenio de mancomunidad, en favor de una de ellas, que operará en sustitución y por cuenta de las entidades delegantes».

8 El artículo 113 del Decreto Legislativo nº 267, titulado «Gestión de las redes y prestación de los servicios públicos locales de interés económico», dispone lo siguiente en su apartado 5:

«La prestación [de un servicio público local por una entidad local] se realizará de conformidad con las normas sectoriales y la normativa de la Unión Europea, mediante la adjudicación de la explotación del servicio a:

[…]

c) sociedades de capital íntegramente público, a condición de que la entidad o entidades públicas 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 la entidad o entidades públicas que la controlan.»

Antecedentes de hecho del litigio y cuestión prejudicial

9 En la documentación remitida al Tribunal de Justicia consta que el Ayuntamiento de Varese constituyó, para la gestión en su término municipal de los servicios públicos —principalmente del servicio público de saneamiento urbano—, una sociedad por acciones «in house», la ASPEM. En el momento de los hechos, dicha sociedad estaba participada por el Ayuntamiento de Varese en su casi totalidad, lo que permitía a éste el control de aquélla.

10 Mediante una serie de resoluciones adoptadas a lo largo del año 2005, los Ayuntamientos de Cagno y de Solbiate acordaron elegir como forma preferente para la gestión del servicio de saneamiento urbano —y, más concretamente, del servicio de eliminación de residuos sólidos urbanos— la gestión mancomunada con otros municipios prevista en los artículos 30 y 113, apartado 5, letra c), del Decreto Legislativo nº 267/2000, aprobaron la celebración de un convenio con el Ayuntamiento de Varese para adjudicar a ASPEM, a título oneroso, la gestión de sus respectivos servicios de saneamiento urbano, y se incorporaron a dicha sociedad en calidad de accionistas públicos, mediante una participación en el capital social consistente en la adquisición por cada uno de esos Ayuntamientos de una acción en ASPEM.

11 En la documentación remitida al Tribunal de Justicia consta que el capital social de ASPEM asciende a 173.785 euros, representado por un número equivalente de acciones de un valor nominal de un euro cada una. El Ayuntamiento de Varese posee la mayoría del capital, al ser titular de 173.467 acciones. Las 318 acciones restantes se reparten entre 36 ayuntamientos de la provincia de Varese, con participaciones individuales que oscilan entre una y diecinueve acciones.

12 Paralelamente a la adquisición de la mencionada participación, los Ayuntamientos de Cagno y de Solbiate, junto con otros ayuntamientos interesados, suscribieron un pacto de accionistas por el que se acordaba su derecho a ser consultados, a nombrar a uno de los auditores de cuentas y a designar un miembro del Consejo de administración de común acuerdo con otros ayuntamientos participantes en dicho pacto.

13 En este contexto, los Ayuntamientos de Cagno y de Solbiate consideraron que concurrían los requisitos para la adjudicación «in house» del servicio de interés público de que se trata, habida cuenta de que ASPEM estaba controlada conjuntamente por varias entidades locales. En vista de lo cual, esos dos Ayuntamientos procedieron a adjudicar directamente a ASPEM el contrato controvertido. Econord SpA impugnó la mencionada adjudicación directa, alegando que en este caso los dos Ayuntamientos no controlaban ASPEM y que, por consiguiente, la adjudicación del contrato debería haberse llevado a cabo de conformidad con las normas del Derecho de la Unión.

14 El Consiglio di Stato expone que la sentencia de 18 de noviembre de 1999, Teckal (C-107/98, Rec. p. I-8121), constituyó el punto de partida de la jurisprudencia que especifica los requisitos que justifican la adjudicación directa de un contrato público. De conformidad con el apartado 50 de aquella sentencia, la adjudicación directa de un contrato está justificada, aunque el adjudicatario sea formalmente una persona jurídica distinta de la entidad adjudicadora, en el supuesto de que, a la vez, la entidad territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades que la controlan. En tal supuesto, en efecto, no cabe considerar que la persona en cuestión tenga la condición de tercero con respecto a la entidad adjudicadora. El Consiglio di Stato observa que, de esos dos requisitos acumulativos que menciona el apartado 50 de la sentencia Teckal, antes citada, el único sobre el que existe controversia en los litigios principales es el relativo al ejercicio de un «control análogo».

15 El Consiglio di Stato expone que, en la sentencia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen (C-458/03, Rec. p. I-8585), el Tribunal de Justicia estableció requisitos bastante rigurosos para el reconocimiento de la existencia de un «control análogo», fijando al respecto un gran número de indicios concretos.

16 Posteriormente sin embargo, añade el Consiglio di Stato, en las sentencias de 19 de abril de 2007, Asemfo (C-295/05 Rec. p. I-2999), de 17 de julio de 2008, Comisión/Italia (C-371/05), y de 13 de noviembre de 2008, Coditel Brabant (C-324/07, Rec. p. I-8457), el Tribunal de Justicia adoptó un criterio más abierto y suavizó los requisitos que debían reunirse para reconocer que se ejercía un «control análogo». El Consiglio di Stato deduce más específicamente de esta última sentencia la conclusión de que cabe considerar que nos encontraremos ante una sociedad «in house» cuando sobre la sociedad de que se trate ejerzan un control conjunto varias entidades públicas y que es irrelevante la situación individual de cada una de esas entidades públicas en lo que atañe al control ejercido sobre dicha sociedad.

17 El órgano jurisdiccional remitente observa que, en el caso de autos, el Ayuntamiento de Varese ejerce un pleno control sobre ASPEM, lo que no sucede en el caso de los Ayuntamientos de Cagno y de Solbiate. En efecto, la adquisición de una sola acción y la celebración de un pacto de accionistas de muy limitado alcance no suponen ningún control conjunto efectivo sobre la sociedad de que se trata, en la medida en que esos dos últimos ayuntamientos no pueden influir en las decisiones de ASPEM y no se atienen entonces al criterio del «control análogo». No obstante, concluye el órgano jurisdiccional remitente, a la luz de la sentencia Coditel Brabant, antes citada, es irrelevante la situación de cada una de las entidades públicas participantes, consideradas individualmente, en lo que atañe al ejercicio del control.

18 En tales circunstancias, el Consiglio di Stato decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿El principio de irrelevancia de la posición de la entidad pública concreta que participa en la sociedad instrumental debe aplicarse también en un supuesto en el que, como en el presente asunto, uno de los ayuntamientos mancomunados es titular de una única acción de la sociedad instrumental y los pactos entre accionistas celebrados por las entidades públicas no conceden a dicho ayuntamiento participante un control efectivo sobre la sociedad instrumental, de modo que pueda considerarse que la participación societaria no es sino la apariencia formal de un contrato de prestación de servicios?»

Sobre la cuestión prejudicial

Observaciones liminares

19 Los Ayuntamientos de Cagno y de Solbiate alegan que, con posterioridad a los hechos que originaron las presentes peticiones de decisión prejudicial, incoaron procedimientos de licitación abiertos, a resultas de los cuales el contrato fue adjudicado a ASPEM con carácter definitivo. Según aquellos Ayuntamientos, esta evolución posterior resulta relevante para la utilidad de una respuesta del Tribunal de Justicia a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente.

20 El Gobierno italiano sostiene que la cuestión prejudicial es inadmisible por no contener una descripción suficiente del marco jurídico y fáctico de los litigios principales.

21 A este respecto, debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia, en el marco de un procedimiento con arreglo al artículo 267 TFUE, basado en una clara separación de las funciones entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia, sólo el juez nacional es competente para constatar y apreciar los hechos del litigio principal y para interpretar y aplicar el Derecho nacional. Asimismo, corresponde exclusivamente al juez nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que ha de adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por

consiguiente, dado que las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse (sentencia de 25 de octubre de 2012, Rintisch, C-553/11, apartado 15 y jurisprudencia citada).

22 Así pues, la negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una petición de decisión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación solicitada del Derecho de la Unión no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (sentencia Rintisch, antes citada, apartado 16 y jurisprudencia citada).

23 Pues bien, no sucede así en el caso de autos. En efecto, el órgano jurisdiccional remitente pide al Tribunal de Justicia que haga más explícita tanto su jurisprudencia relativa al control que varias entidades adjudicadoras ejercen sobre una entidad adjudicataria que aquéllas poseen en común como la relativa a los requisitos para que pueda considerarse que en tal supuesto se ejerce un «control análogo», cuestión que está indudablemente relacionada con el objeto de los litigios principales. Por otra parte, el Tribunal de Justicia considera que los datos de hecho y los elementos de Derecho contenidos en la presente petición de decisión prejudicial son suficientes para permitirle responder útilmente a la cuestión planteada.

24 De lo anterior se deduce que las peticiones de decisión prejudicial son admisibles.

Sobre el fondo

25 Según reiterada jurisprudencia, una entidad adjudicadora, como puede serlo un ente territorial, no está obligada a incoar un procedimiento de licitación para adjudicar un contrato público cuando ejerza sobre la entidad adjudicataria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y la entidad adjudicataria realice la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades adjudicadoras que la controlan (sentencia Teckal, antes citada, apartado 50). Consta que dicha jurisprudencia, adoptada inicialmente con vistas a la interpretación y aplicación de la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO L 199, p. 1), resulta asimismo aplicable a los procedimientos de licitación relativos a contratos públicos de obras y de servicios.

26 Procede observar asimismo que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dilucidar si se trata de una concesión de servicios o de un contrato público de servicios —y, en este último supuesto, si la cuantía del contrato alcanza el umbral previsto por las normas de la Unión— resulta irrelevante para la respuesta que el Tribunal de Justicia ha de dar a la cuestión prejudicial, habida cuenta de que la excepción a la aplicación de las normas del Derecho de la Unión cuando concurren los requisitos para que pueda considerarse que se ejerce un «control análogo» es aplicable en todas estas situaciones (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de septiembre de 2009, Sea, C-573/07, Rec. p. I-8127, apartados 31 a 40).

27 Según reiterada jurisprudencia, existe un «control análogo» cuando la entidad de que se trate esté sometida a un control que permita a la entidad adjudicadora influir en las decisiones de aquélla. Debe tratarse de una posibilidad de influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de la entidad sometida a control (sentencias, antes citadas, Parking Brixen, apartado 65, Coditel Brabant, apartado 28, y Sea, apartado 65). En otros términos, la entidad adjudicadora debe estar en condiciones de ejercer sobre la entidad de que se trate un control estructural y funcional (sentencia Comisión/Italia, antes citada, apartado 26). El Tribunal de Justicia exige también que dicho control sea efectivo (sentencia Coditel Brabant, antes citada, apartado 46).

28 Con arreglo a la jurisprudencia, en el supuesto de que se recurra a una entidad que posean en común varias administraciones públicas, el «control análogo» puede ser ejercido conjuntamente por tales administraciones, sin que sea indispensable que cada una de ellas lo ejerza individualmente (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Coditel Brabant, apartados 47 y 50, y Sea, apartado 59).

29 De lo anterior se deduce que, si una administración pública se convierte en socio minoritario de una sociedad por acciones de capital totalmente público con objeto de adjudicarle la gestión de un servicio público, el control que las administraciones públicas que son socios de dicha sociedad ejercen sobre ella puede ser considerado análogo al control que ejercen sobre sus propios servicios cuando es ejercido conjuntamente por tales administraciones públicas (sentencia Sea, antes citada, apartado 63).

30 En estas circunstancias, si bien es verdad que en caso de que varias administraciones públicas utilicen una entidad común para llevar a cabo una misión común de servicio público no es desde luego indispensable que cada una de las administraciones públicas tenga por sí sola un poder de control individual sobre la entidad de que se trate, no es menos cierto que el control que se ejerce sobre ésta no puede basarse exclusivamente en el poder de control de la administración pública que tenga una participación mayoritaria en el capital de la entidad en cuestión, pues lo contrario supondría vaciar de contenido el concepto mismo de control conjunto.

31 En efecto, una posición de una entidad adjudicadora en el seno de una entidad adjudicataria poseída en común que no confiera a aquélla la más mínima posibilidad de participar en el control de ésta daría pie a que pudiera eludirse la aplicación de las normas de Derecho de la Unión en materia de contratos públicos o concesiones de servicios, puesto que una asociación meramente formal con tal entidad adjudicataria o con un órgano común de dirección de ésta eximiría a la entidad adjudicadora de la obligación de incoar un procedimiento de licitación de conformidad con las normas de la Unión, aun cuando la entidad adjudicadora no tuviera ninguna participación en el ejercicio del «control análogo» sobre la entidad adjudicataria (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de julio de 2005, Coname, C-231/03, Rec. p. I-7287, apartado 24).

32 De lo anterior se deduce que, en los litigios principales, incumbe al órgano jurisdiccional remitente determinar si la celebración por los Ayuntamientos de Cagno y de Solbiate de un pacto de accionistas por el que se acordaba su derecho a ser consultados, a nombrar a uno de los auditores de cuentas y a designar un miembro del Consejo de administración de común acuerdo con otros ayuntamientos participantes en dicho pacto permite que dichos Ayuntamientos contribuyan efectivamente al control de ASPEM.

33 Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede responder a la cuestión prejudicial que, cuando varias administraciones públicas, en su condición de entidades adjudicadoras, crean en común una entidad encargada de realizar la misión de servicio público que incumbe a aquéllas o cuando una administración pública se adhiere a la mencionada entidad, el requisito sentado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia —según el cual, para que tales administraciones públicas queden dispensadas de la obligación de tramitar un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de conformidad con las normas del Derecho de la Unión, han de ejercer conjuntamente sobre dicha entidad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios— se considerará cumplido cuando cada una de las administraciones públicas participe tanto en el capital como en los órganos de dirección de la entidad en cuestión.

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 Tercera) declara:

Cuando varias administraciones públicas, en su condición de entidades adjudicadoras, crean en común una entidad encargada de realizar la misión de servicio público que incumbe a aquéllas o cuando una administración pública se adhiere a la mencionada entidad, el requisito sentado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea —según el cual, para que tales administraciones públicas queden dispensadas de su obligación de tramitar un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de conformidad con las normas del Derecho de la Unión, han de ejercer conjuntamente sobre dicha entidad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios— se considerará cumplido cuando cada una de las administraciones públicas participe tanto en el capital como en los órganos de dirección de la entidad en cuestión.

Firmas