

Asunto C-89/19**Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia****Fecha de presentación:**

5 de febrero de 2019

Órgano jurisdiccional remitente:

Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia)

Fecha de la resolución de remisión:

8 de noviembre de 2018

Parte recurrente:

Rieco SpA

Parte recurrida:

Comune di Lanciano (Municipio de Lanciano)

Ecolan SpA

Objeto del procedimiento principal

Impugnación ante el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) de la sentencia en virtud de la cual el Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Abruzzo; en lo sucesivo, «TAR Abruzzo») desestimó el recurso de anulación de los actos mediante los cuales el Municipio de Lanciano adjudicó la gestión del servicio de saneamiento urbano a una sociedad *in house* en régimen de control análogo conjunto.

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

La petición de decisión prejudicial, planteada con arreglo al artículo 267 TFUE, tiene por objeto la interpretación del principio de libertad de administración de las autoridades públicas, consagrado en el artículo 2 de la Directiva 2014/23/UE, y en el artículo 12, apartado 3, de la Directiva 2014/24/UE, y la eventual incompatibilidad con dichas disposiciones de la normativa italiana en materia de adjudicación directa a sociedades *in house*.

Cuestiones prejudiciales

- 1) ¿Se opone el Derecho de la Unión (en particular, el principio de libertad de administración de las autoridades públicas y el principio de equivalencia sustancial entre las distintas modalidades de adjudicación y de gestión de los servicios de interés para las administraciones públicas) a una normativa nacional (como la recogida en el artículo 192, apartado 2, del Codice dei contratti pubblici —Código de Contratos Públicos— aprobado mediante el decreto legislativo n. 50 de 2016) que configura las adjudicaciones *in house* como subordinadas y excepcionales a las adjudicaciones mediante licitación: i) permitiendo que esas adjudicaciones se lleven a cabo únicamente en caso de fallo acreditado del mercado de referencia e ii) imponiendo en cualquier caso a la administración que pretenda realizar una adjudicación mediante delegación interorgánica la obligación de motivar de forma específica los beneficios que esa forma de adjudicación tiene para la sociedad?

- 2) ¿Se opone el Derecho de la Unión (en particular, el artículo 12, apartado 3, de la Directiva 2014/24/UE sobre adjudicaciones *in house* en régimen de control análogo conjunto por parte de varias administraciones) a una normativa nacional (como la recogida en el artículo 4, apartado 1, del Testo Unico delle società partecipate —Texto único de sociedades participadas— aprobado mediante el decreto legislativo n. 175 de 2016) que impide a una administración pública adquirir en una entidad que ya está participada por otras administraciones públicas una cuota de participación (que, de todos modos, no le permite obtener su control o la posibilidad de ejercer un veto) cuando esa administración tenga en cualquier caso la intención de adquirir en un futuro una participación de control conjunto y, por consiguiente, obtener la posibilidad de efectuar adjudicaciones directas a favor de la citada entidad?

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DO 2014, L 94, p. 65; en lo sucesivo, «Directiva 2014/24/UE»). En particular:

- el considerando 5, según el cual «ninguna disposición de la presente Directiva obliga a los Estados miembros a subcontratar o a externalizar la prestación de servicios que deseen prestar ellos mismos o a organizarlos de otra manera que no sea mediante contratos públicos en el sentido de la presente Directiva».

- el artículo 12, apartado 3, que establece los requisitos para adjudicar contratos públicos en caso de control análogo conjunto por parte de varias administraciones públicas.

Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DO 2014, L 94, p. 1;

en lo sucesivo, «Directiva 2014/23/UE»). En particular, su artículo 2, apartado 1, que consagra el principio de libertad de administración de las autoridades públicas.

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

El decreto legislativo n. 50, de 18 de abril, por el que se aprueba el Código de los Contratos Públicos (en lo sucesivo, «Código de los Contratos Públicos»). En particular:

- su artículo 5, que transpone el artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE y establece los requisitos para que, conforme al ordenamiento jurídico interno, puedan efectuarse adjudicaciones *in house* a entidades sujetas a control análogo conjunto;
- el artículo 192, apartado 2, que establece que: «para adjudicar *in house* un contrato que tenga por objeto servicios que pueden adquirirse en el mercado en condiciones de competencia, la entidad adjudicadora deberá evaluar con carácter previo la adecuación económica de la oferta de las entidades *in house*, teniendo en cuenta el objeto y el valor de la prestación, y exponer en la motivación de la resolución de adjudicación las razones por las que no se ha recurrido al mercado, así como los beneficios que se derivan para la sociedad de la forma de gestión elegida, en relación con los objetivos de universalidad y carácter social, eficiencia, economía y calidad del servicio, y de empleo óptimo de los recursos públicos».

El decreto legislativo n. 175, de 19 de agosto de 2016, por el que se aprueba el Texto único de sociedades participadas. En particular:

- el artículo 4, titulado «Objetivos perseguidos mediante la adquisición y gestión de participaciones públicas», que, en su apartado 1, establece lo siguiente: «Las administraciones públicas no podrán constituir, de forma directa o indirecta, sociedades cuyo objeto sea la producción de bienes y servicios que no sean estrictamente necesarios para la consecución de sus propios fines institucionales, ni adquirir o mantener participaciones, incluso minoritarias, en tales sociedades»;
- el artículo 16, que lleva por título «Sociedades *in house*», y que establece los presupuestos y requisitos para efectuar adjudicaciones directas a favor de sociedades *in house*.

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

1. Rieco SpA (en lo sucesivo, «recurrente») es una sociedad que opera en el sector de la eliminación de residuos urbanos, que está interesada en adjudicarse,

en el marco de un procedimiento de licitación, la gestión del servicio de saneamiento urbano del Municipio de Lanciano (Italia).

2. Dicho Municipio ha adjudicado ese servicio a una sociedad *in house* sin recurrir a un procedimiento de licitación. La adjudicataria del servicio es Ecolan SpA, una sociedad de capital enteramente público, participada en un 21,69 % por el Municipio de Lanciano, junto con otros 52 municipios de la Provincia de Chieti (Italia).
3. La recurrente ha interpuesto un recurso ante el TAR Abruzzo en el que solicita que se anulen los actos en virtud de los cuales el Municipio de Lanciano aprobó en 2017, en su condición de socio minoritario, la adaptación de los estatutos sociales de dicha sociedad y los correspondientes contratos entre socios para posibilitar la adjudicación directa del servicio.
4. Mediante sentencia n.º 33 de 2018, el TAR Abruzzo desestimó el recurso por infundado.
5. En consecuencia, la recurrente ha impugnado tal sentencia ante el Consiglio di Stato (en lo sucesivo, «órgano jurisdiccional remitente») alegando que es errónea y solicitando su revocación.

Alegaciones esenciales de las partes en el procedimiento principal

6. Entre los motivos de impugnación invocados por la recurrente, resultan pertinentes a efectos de la presente petición de decisión prejudicial:
 - a) el tercer motivo de recurso, con el que guarda relación la primera cuestión prejudicial, basado en que el órgano jurisdiccional de primera instancia no tuvo en cuenta que la adjudicación directa no estuvo precedida de una evaluación de la adecuación económica, según exige la normativa nacional pertinente y, en particular, el artículo 192, apartado 2, del Código de los Contratos Públicos;
 - b) el sexto motivo de recurso, al que está vinculada la segunda cuestión prejudicial, según el cual el órgano jurisdiccional de primera instancia no tuvo en consideración las restricciones que el ordenamiento jurídico interno impone a la participación en el capital social por parte de organismos públicos que no ejercen un control análogo sobre las sociedades *in house*.

Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial

Sobre la primera cuestión prejudicial

7. El órgano jurisdiccional remitente señala que, a primera vista, los actos impugnados por la recurrente no parecen respetar lo dispuesto en el artículo 192, apartado 2, del Código de los Contratos Públicos, por cuanto que no exponen las

razones por las cuales el ente público decidió recurrir a la adjudicación *in house* y no a una licitación pública.

8. Sin embargo, el órgano jurisdiccional remitente duda de que las restrictivas condiciones establecidas en la legislación nacional para proceder a adjudicaciones *in house* sean compatibles con las disposiciones y los principios del Derecho de la Unión pertinentes. A ese respecto, el citado órgano jurisdiccional observa que el artículo 192, apartado 2, del Código de los contratos públicos somete la adjudicación *in house* de servicios disponibles en el mercado a un doble requisito, que no se aplica en las demás formas de adjudicación:
 - i) el primer requisito guarda relación con la obligación de exponer los motivos que le han llevado a excluir el «recurso al mercado». Dicho de otro modo, únicamente pueden adjudicarse servicios de forma directa a una entidad *in house* cuando quede acreditado un «fallo del mercado» pertinente sustancial;
 - ii) el segundo requisito consiste en la obligación de exponer los «beneficios para la sociedad» que se derivan del recurso a la adjudicación *in house* de servicios disponibles en el mercado.
9. En el ordenamiento jurídico italiano, la existencia de esos dos requisitos coloca a la adjudicación *in house* en una situación de subordinación y excepcionalidad con respecto a otras formas de adjudicación, y, en particular, a la adjudicación en el marco de una licitación pública. Este planteamiento restrictivo queda igualmente confirmado por la jurisprudencia de la Corte costituzionale (Tribunal Constitucional) que ha considerado lícito que la normativa nacional establezca para la adjudicación directa límites más amplios que los que se prevén en el ordenamiento de la Unión (véase la sentencias n.º 325, de noviembre) y que ha declarado en diversas ocasiones que la adjudicación *in house* constituye una «excepción con respecto a la regla general de la adjudicación a terceros en el marco de una licitación [...] pública» (véase, por ejemplo, la sentencia n.º 46, de 20 de marzo de 2013).
10. El órgano jurisdiccional remitente se pregunta si el planteamiento restrictivo adoptado por el ordenamiento jurídico italiano expuesto es conforme con los principios y las disposiciones del Derecho de la Unión. A este respecto, dicho órgano jurisdiccional señala que en el ordenamiento de la Unión coexisten dos principios que, únicamente en apariencia, resultan contradictorios entre sí: por un lado, el principio (consagrado en el artículo 2 de la Directiva 2014/23/UE) de libertad de las autoridades públicas para organizar del modo que estimen conveniente la prestación de servicios de su interés y, por otro el, principio de competencia plena en los mercados de los contratos públicos y de las concesiones. El segundo principio es subsidiario del primero por cuanto que, conforme señala el órgano jurisdiccional remitente, las administraciones públicas deben elegir entre hacer uso de sus propios recursos (autoproducción) o recurrir a operadores económicos externos (externalización). La autoridad pública únicamente estará

obligada a respetar al principio de plena competencia entre operadores del mercado en caso de que se opte por la externalización.

11. A la luz de esa exposición, el órgano jurisdiccional remitente considera que, a diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento jurídico italiano, en el que la autoproducción de los servicios está en un plano inferior al de su externalización, el ordenamiento de la Unión equipara sustancialmente la adjudicación *in house* (que constituye una de las principales formas de autoproducción) y la adjudicación a terceros mediante licitación.
12. La incompatibilidad de la normativa nacional con las disposiciones del Derecho de la Unión resulta aún más evidente si se tiene en cuenta que en el ordenamiento de la Unión Europea el recurso a la adjudicación *in house* no solo se equipara a la adjudicación a terceros mediante licitación, sino que constituye además un antecedente lógico de la elección de la autoridad pública de externalizar servicios de su interés. En efecto, según las disposiciones del Derecho de la Unión, las autoridades públicas únicamente pueden externalizar la prestación de servicios tras excluir la posibilidad de hacer uso de sus propios recursos. Este modelo responde a la regla económica elemental según la cual no conviene acudir a terceros cuando se pueden cubrir de forma autónoma las propias necesidades.
13. El modelo descrito *supra*, que prevé la plena equiparación (o incluso la prevalencia lógica) del sistema de autoproducción y del de externalización, queda confirmado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que ha aclarado que «una autoridad pública puede realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios, y puede también hacerlo en colaboración con otras autoridades públicas» (véase la sentencia de 9 de junio de 2009, Comisión/Alemania, C-480/06, EU:C:2009:357, apartado 45). La Comisión Europea se ha expresado en términos sustancialmente idénticos en la «Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CCPI)» (DO 2008, C 91, p. 4), en la que ha afirmado que «en el Derecho comunitario, las autoridades públicas son libres de ejercer ellas mismas una actividad económica o confiarla a terceros, por ejemplo a entidades de capital mixto creadas en el marco de una CPP. Sin embargo, cuando los organismos públicos deciden asociar a terceros a actividades económicas en condiciones que puedan calificarse de contratos públicos o de concesiones, deben observar las disposiciones del Derecho comunitario aplicables en la materia». Por último, la equiparación que realiza el ordenamiento jurídico de la Unión entre autoproducción y externalización queda confirmada por el artículo 2 de la Directiva 2014/23/UE y por el considerando 5 de la Directiva 2014/24/UE.

Sobre la segunda cuestión prejudicial

14. El órgano jurisdiccional remitente destaca sobre todo la particular estructura societaria de Rieco SpA, que prevé la participación de dos tipos de

socios (administraciones públicas): los socios «adjudicadores» (que ejercen el control análogo sobre la sociedad y que, por consiguiente, pueden efectuar adjudicaciones directas a su favor) y los socios «no adjudicadores» (que no ejercen el control análogo y no pueden, por consiguiente, realizar adjudicaciones directas a su favor).

15. Esa estructura tan particular aunque, por un lado, parece aceptable a la luz del Derecho de la Unión, en particular del artículo 12, apartado 3, de la Directiva 2014/24/UE, por otro lado plantea serias dudas sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión de la normativa nacional, en particular el artículo 4, apartado 1, del Texto único de sociedades participadas, según el cual: «las administraciones públicas no podrán constituir, de forma directa o indirecta, sociedades cuyo objeto sea la producción de bienes y servicios que no sean estrictamente necesarios para la consecución de sus propios fines institucionales, ni adquirir o mantener participaciones, incluso minoritarias, en tales sociedades».
16. El órgano jurisdiccional remitente observa que, en el presente asunto, esa norma parece impedir a las autoridades «no adjudicadoras» adquirir en el futuro el control análogo de Rieco SpA, dado que, en ese caso, se vulneraría el criterio de «necesidad estricta» plasmado en la citada disposición, necesidad que debe considerarse actual, no hipotética ni futura.
17. Es lícito pues preguntarse si la citada disposición de Derecho interno es contraria a las mencionadas disposiciones del Derecho de la Unión, que sí permiten la adquisición de control análogo por parte de autoridades «no adjudicadoras» en una sociedad *in house* que cuenta con diversos socios que son entidades públicas.