

Asunto C-332/20

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:

22 de julio de 2020

Órgano jurisdiccional remitente:

Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia)

Fecha de la resolución de remisión:

13 de febrero de 2020

Partes recurrentes:

Roma Multiservizi s.p.a.

Rekeep s.p.a.

Partes recurridas:

Roma Capitale

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Autoridad Garante de la Competencia y del Mercado)

Objeto del procedimiento principal

El litigio versa sobre la legalidad de la decisión de un poder adjudicador de Derecho público que ha excluido de una licitación para la elección del socio privado en una sociedad de economía mixta que ha de constituirse a una agrupación formada por dos sociedades, al considerar que su participación indirecta en una de estas dos sociedades daba lugar a que se superase el límite de participación del propio poder adjudicador en la sociedad de economía mixta que ha de constituirse, establecido en el 51 %.

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

Interpretación de las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE y del artículo 107 TFUE en relación con la normativa italiana que establece los límites a la participación pública en las sociedades de economía mixta.

Artículo 267 TFUE.

Cuestiones prejudiciales

1) ¿Es conforme con el Derecho [de la Unión Europea] y con una correcta interpretación de los considerandos 14 y 32, así como de los artículos 12 y 18 de la Directiva 24/2014/UE y 30 de la Directiva 23/2014/UE, en relación con el artículo 107 TFUE, el hecho de que, a efectos de la determinación del límite mínimo del 30 % de la participación de un socio privado en una sociedad de economía mixta que ha de constituirse, límite que el legislador nacional ha considerado adecuado en virtud de los principios [de Derecho de la Unión Europea] establecidos en la materia por la jurisprudencia [de la Unión], deba tenerse en cuenta exclusivamente la composición formal/accionarial de dicho socio, o bien la administración que convoque la licitación puede —o más bien debe— tener en cuenta su participación indirecta en el socio privado competidor?

2) En caso de respuesta afirmativa a la cuestión anterior, ¿es coherente y conforme con los principios [de Derecho de la Unión Europea], y en particular con los principios de competencia, proporcionalidad y adecuación, que la administración que convoca la licitación pueda excluir de la misma al socio privado competidor, cuya efectiva participación en la sociedad de economía mixta que ha de constituirse, como consecuencia de la participación pública directa o indirecta constatada, es de hecho inferior al 30 %?

Disposiciones de Derecho de la Unión invocadas

Directiva 2014/24/UE, en particular considerandos 14 y 32 y artículos 12 y 18

Directiva 23/2014/UE, en particular artículos 3 y 30

Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de octubre de 2009, C-196/08, Acoset

Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de diciembre de 2010, C-215/09, Mehiläinen Oy

Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada, de 12 de abril de 2008

Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, de 30 de abril de 2004

Artículo 106 TFUE

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Decreto Legislativo del 19 agosto 2016, n.º 175, «Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica» (Decreto Legislativo n.º 175, de 19 de agosto de 2016, «Texto único en materia de sociedades con participación pública»), en particular los artículos que se citan a continuación.

El artículo 4 establece los objetivos que pueden perseguir las administraciones públicas al recurrir a la constitución de sociedades participadas: por un lado, debe tratarse de sociedades cuyo objeto social lo constituyan actividades estrictamente necesarias para la consecución de los fines institucionales de la entidad pública; por otro lado, las actividades que desarrollen deben quedar comprendidas en las expresamente indicadas en el apartado 2 del citado artículo, a saber, en particular: a) la prestación de un servicio de interés general, incluida la realización y la gestión de las redes y de las instalaciones necesarias para la prestación de tales servicios; b) el proyecto y la realización de una obra pública sobre la base de un acuerdo de programa entre administraciones públicas, y c) la realización y gestión de una obra pública, o bien la organización y gestión de un servicio de interés general por medio de un convenio de colaboración.

El artículo 7, apartado 5, establece que los socios privados serán elegidos previamente mediante procedimientos públicos, de conformidad con el artículo 5, apartado 9, del Decreto Legislativo del 18 aprile 2016, n.º 50 (Codice dei contratti pubblici) [Decreto Legislativo n.º 50, de 18 de abril de 2016 (Código de los Contratos Públicos)], mientras que el artículo 17, apartado 2, establece que «el socio privado deberá estar en posesión de los requisitos de cualificación previstos por las disposiciones legislativas o reglamentarias en relación con la prestación para la que se haya constituido la sociedad»; estos requisitos de cualificación (generales y especiales, de carácter técnico y económico-financiero) deberán especificarse en el anuncio de licitación.

El artículo 17, apartado 1, prevé que «en las sociedades de economía mixta, el porcentaje de participación de la entidad privada no podrá ser inferior al 30 %, y la selección de la misma se realizará mediante procedimiento de contratación pública [...] y tendrá por objeto, simultáneamente, la suscripción o la adquisición de la participación societaria por el socio privado y la adjudicación del contrato público o de la concesión que constituyan el objeto exclusivo de la actividad de la sociedad de economía mixta.»

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 El Comune di Roma (Ayuntamiento de Roma), denominado Roma Capitale, convocó una licitación para la elección del socio privado y para la adjudicación del servicio escolar integrado cuya competencia corresponde a Roma Capitale a

una sociedad anónima de economía mixta, fijando en el 51 % la participación de Roma Capitale y en el 49 % la del socio privado y estableciendo que el riesgo operativo recaerá en su totalidad en este último.

- 2 En la licitación participaron, entre otros, la agrupación de empresas que constituirían Roma Multiservizi s.p.a. y Rekeep s.p.a., la cual quedó, sin embargo, excluida, debido a que Roma Multiservizi s.p.a. está participada en un 51 % por la sociedad AMA s.p.a., cuyo capital social se halla íntegramente en poder del propio poder adjudicador, Roma Capitale. Por tanto, sumando la participación directa y la participación indirecta, Roma Capitale habría acabado por mantener en la sociedad de economía mixta que iba a constituirse una participación efectiva del 73,5 %, es decir, superior al límite del 51 % establecido para la licitación.
- 3 Mediante sendos recursos, Roma Multiservizi s.p.a. y Rekeep s.p.a. solicitaron al Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lazio, Italia) que anulase la decisión de exclusión. Ambas sociedades solicitaron, asimismo, con carácter subsidiario, que se remitiera el asunto con carácter prejudicial al Tribunal de Justicia, para que este interpretase correctamente la normativa nacional en materia de elección del socio privado de una sociedad de economía mixta que ha de constituirse.
- 4 El Tribunale amministrativo regionale del Lazio desestimó los dos recursos por infundados. Ambas sociedades presentaron recurso de apelación ante el órgano jurisdiccional remitente, en el que reiteraron la solicitud de dirigirse al Tribunal de Justicia con carácter prejudicial.

Alegaciones esenciales de las partes en el procedimiento principal

Las recurrentes formularon motivos similares. En particular, Roma Multiservizi s.p.a. alegó que:

- a) en cuanto atañe al socio privado, el anuncio de licitación no estableció expresamente que el porcentaje del 49 % del socio privado no pudiera alcanzarse ni siquiera con una participación pública indirecta;
- b) la decisión de exclusión estaba viciada por vulnerar, en cualquier caso, el principio de exhaustividad de las cláusulas de exclusión.

Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial

- 5 El órgano jurisdiccional remitente expone, en primer lugar, la citada normativa italiana que transpone las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE, que regula, entre otras cosas, las sociedades de economía mixta. Dicha normativa ha previsto que la administración pública pueda elegir, para la gestión de determinadas actividades, entre la gestión «in house» (interna) mediante una sociedad íntegramente participada y la constitución de una sociedad de economía

mixta, estableciendo un régimen específico para que este último modelo sea compatible con el Derecho de la Unión Europea. De este modo, se tuvieron en cuenta las reservas formuladas por la jurisprudencia de la Unión respecto a la anterior normativa nacional que reservaba a las sociedades en las que el Estado o el sector público tengan, de forma directa o indirecta, una participación mayoritaria o total, la posibilidad de celebrar con la administración pública —sin licitación— convenios relativos a actividades o servicios. En efecto, para fundamentar esta reservas, se señaló que la adjudicación directa del servicio a la sociedad de economía mixta podía dar lugar a que se eludiera el principio de libre competencia: este último puede quedar sujeto a excepciones únicamente si están adecuadamente justificadas por la necesidad de cumplir una misión de interés económico general, es decir, desde el punto de vista de una colaboración público-privada beneficiosa, como se señala en el «Libro Verde» de la Comisión Europea de 30 de abril de 2004 [sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones].

- 6 A este respecto, procede precisar y distinguir el objetivo (lucrativo) de la sociedad de economía mixta del de la administración pública, que es indiscutiblemente público, con la consecuencia de que la actividad de la sociedad de economía mixta y los servicios que esta ofrece quedan sujetos a condiciones de accesibilidad que una persona de naturaleza exclusivamente privada no consideraría ventajosas. El límite máximo del 70 % de participación pública en la sociedad de economía mixta determina, pues, el punto más allá del cual la actividad de esta sociedad distorsionaría la competencia en el mercado, puesto que no solo haría poco atractivo tal determinado sector del mercado, sino que permitiría al socio privado de la sociedad de economía mixta limitar excesivamente (por debajo del 30 %) el riesgo económico de la participación en la empresa misma. Por otro lado, la sociedad de economía mixta con un socio privado elegido mediante doble licitación es fruto de la elaboración jurisprudencial del Consiglio di Stato, órgano jurisdiccional remitente en el presente asunto, que el Tribunal de Justicia ha considerado correcta (sentencia de 15 de octubre de 2009, C-196/08, Acoset).
- 7 Asimismo, y también a la luz del Derecho de la Unión en vigor, puede darse por cierto que:
 - a) la decisión de una administración pública de constituir una sociedad de economía mixta es una típica manifestación de la facultad discrecional que la ley atribuye a dicha administración para la consecución de los intereses públicos sujetos a su tutela;
 - b) el socio privado, que debe ser elegido mediante licitación, debe ser una sociedad de economía mixta de carácter operativo, y no un mero socio capitalista, habida cuenta del carácter específico de la función que debe desempeñar en el cumplimiento del objeto social; por lo demás, la participación del socio privado en la consecución de los fines de interés general se justifica precisamente por el hecho de que la

administración pública carece de las competencias necesarias de que dispone el socio privado;

- c) la participación del socio privado operativo debe ser adecuada, esto es, apta para hacer posible la ejecución del objeto social; esta adecuación ha sido fijada por el legislador nacional, precisamente a efectos del cumplimiento de los principios de Derecho de la Unión Europea, en el umbral mínimo de participación del 30 %, con la consecuencia de que una participación inferior a tal umbral no permitirá de suyo que sea realmente factible la consecución del objeto social;
 - d) por consiguiente, la participación pública en la sociedad de economía mixta no debe superar el 70 %.
- 8 Para la solución del litigio debe determinarse si, a efectos del cumplimiento del umbral exacto de participación en la sociedad de economía mixta que ha de constituirse (no superior al 70 % en cuanto atañe a la participación pública, y no inferior al 30 % respecto a la participación del socio privado), debe tomarse únicamente como referencia la naturaleza jurídica del socio privado (que, desde el punto de vista «formal», es una sociedad anónima de Derecho privado) o bien, cuando este está participado por un organismo público, si debe tenerse también en cuenta el aspecto «material» de esa participación. En el primer caso —como sostienen las recurrentes—, se favorecerían la igualdad de trato de los competidores y el principio de no discriminación, además del principio más general de libertad de iniciativa económica privada; en el segundo caso, al no tenerse en cuenta la participación del capital público, se correría el riesgo de eludir la normativa nacional, podría llegarse a una situación de ineficiencia en el mercado y se violaría el principio de competencia, en la medida en que se permitiría a un socio privado disfrutar injustamente de las ventajas de la participación pública. Según este segundo criterio, la decisión de una administración pública (como Roma Capitale, en el presente asunto) en la que se valore concretamente la composición de los socios que pretenden concurrir al procedimiento de selección del socio de una sociedad de economía mixta que ha de constituirse y mediante la que se resuelva excluir un candidato en cuyo capital tenga una participación significativa la administración debería considerarse coherente con los principios constitucionales nacionales y con los principios del Derecho de la Unión de eficiencia, eficacia, adecuación y proporcionalidad, en relación con los principios de competencia, igualdad de trato y no discriminación. El hecho de decantarse por una o por otra interpretación supone resolver la controversia en un sentido o en el sentido exactamente opuesto, lo cual confiere relevancia a la cuestión de interpretación prejudicial planteada al Tribunal de Justicia.