

**Asunto C-347/24**

**Petición de decisión prejudicial**

**Fecha de presentación:**

13 de mayo de 2024

**Órgano jurisdiccional remitente:**

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio, Italia)

**Fecha de la resolución de remisión:**

7 de mayo de 2024

**Parte demandante:**

Team Service Soc. cons. arl

**Parte demandada:**

Ferservizi SpA

---

[omissis] **REPÚBLICA ITALIANA**

**Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio)**

**(Sala Cuarta Ter)**

dicta la siguiente

**RESOLUCIÓN**

sobre el recurso [omissis] interpuesto por Team Service Società Consortile a r.l., [omissis]

*contra*

**Ferservizi S.p.A., [omissis]**

*con intervención de*

CNS — Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop., [omissis]

CNCP — Consorzio Nazionale Cooperative Pluriservizi Attività 360° Società Cooperativa, Security Service S.r.l., no personadas en el procedimiento,

*dirigido a la anulación, previa adopción de medidas cautelares,*

- a) del acto [omissis] por el que Ferservizi S.p.A. decidió adjudicar, a favor de CNS — Consorzio nazionale servizi soc. coop., el lote 1 (zona territorial noroeste) del procedimiento de licitación 15/2023, relativo a la adjudicación de «Prestaciones de multiservicios y servicios de limpieza con bajo impacto medioambiental, desinfección y servicios complementarios a cargo de Ferservizi S.p.A. para los inmuebles utilizados por las sociedades del Grupo Ferrovie dello Stato Italiane» [omissis];
- b) de los actos de la entidad adjudicadora, en la medida en que CNCP — Attività 360° della Rete Ferroviaria Italiana, segunda en la clasificación, y Security Service, tercera en la clasificación, no fueron excluidas de la licitación relativa al lote 1, zona territorial noroeste;
- c) [en su caso], del contrato (acuerdo marco) celebrado entre la entidad adjudicadora y la adjudicataria CNS — Consorzio nazionale servizi soc. coop. [omissis];
- d) de cualquier otro acto o medida [conexo];

así como a la compensación de los perjuicios sufridos y que puedan sufrirse,

- a) bien mediante reparación en forma específica, a través del acceso a la ejecución del servicio y al contrato (acuerdo marco), a lo que la recurrente se declara ya plenamente dispuesta;
- b) bien mediante una indemnización equivalente en la cuantía que se fije durante el procedimiento, con sujeción a la valoración equitativa del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio).

[omissis] Visto el artículo 267 TFUE;

Considerando que:

- La recurrente, Team Service Società Consortile a r.l., impugnó la adjudicación, a favor de CNS — Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop., del contrato marco relativo a la adjudicación de «Prestaciones de multiservicios y servicios de limpieza con bajo impacto medioambiental, desinfección y servicios complementarios a cargo de Ferservizi S.p.A. para los inmuebles utilizados por las sociedades del Grupo Ferrovie dello Stato Italiane», lote territorial 1, alegando irregularidades en la oferta de la adjudicataria.

– La adjudicación se efectuó al término de un procedimiento abierto convocado por Ferservizi S.p.a. con arreglo al Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50 («Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture»; Decreto Legislativo n. 50, de 18 de abril de 2016, de transposición de las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE, sobre la adjudicación de contratos de concesión, contratación pública y procedimientos de contratación de las entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y para la reordenación del régimen vigente en materia de contratos públicos relativos a obras, servicios y suministros), mediante anuncio publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de 15 de marzo de 2023.

– El valor estimado del lote 1 («zona territorial noroeste») es igual a 15 713 019,48 euros, sin incluir el IVA, y, por tanto, superior a los umbrales pertinentes a efectos del Derecho de la Unión.

– Tras personarse en el procedimiento, Ferservizi S.p.a. negó estar sujeta al cumplimiento de la Directiva 2014/25/UE y de las disposiciones nacionales de transposición de la misma, basándose a tal efecto en que, por una parte, tiene la condición de empresa pública y, por otra parte, el contrato se refiere a servicios no consustanciales a las actividades contempladas en los artículos 8 a 14 de dicha Directiva.

– Por consiguiente, según Ferservizi S.p.a., la convocatoria de un procedimiento abierto y el cumplimiento de las normas correspondientes fue resultado de una libre elección [*omissis*], con las tres consecuencias siguientes: a) el caso de autos no está comprendido en el ámbito de aplicación de las directivas de la Unión en materia de contratación; b) es aplicable el Derecho civil, y c) procede devolver el litigio al juez ordinario [en lugar de al juez de lo contencioso-administrativo] [*omissis*].

Considerando que:

– Según la normativa nacional de transposición de la Directiva 2014/25/UE aplicable *ratione temporis* al caso de autos (el artículo 114 del Decreto Legislativo n. 50, de 18 de abril de 2016), las disposiciones del codice dei contratti pubblici (Código de Contratos Públicos) y, en particular, la obligación de convocar un procedimiento de licitación pública, son aplicables, en el caso de los contratos relativos a sectores especiales (entre los cuales se encuentra el servicio de transporte ferroviario), cuando una entidad tenga la consideración de empresa pública, únicamente si esta ejerce una de las actividades contempladas en los artículos 115 a 121 (que se corresponden con las actividades enumeradas en los artículos 8 a 14 de la referida Directiva).

- Además, conforme a la jurisprudencia nacional, «la sujeción de la adjudicación de un servicio al régimen establecido para los sectores especiales no puede deducirse basándose en un criterio únicamente subjetivo, que se refiera a que la entidad adjudicadora del contrato opera en sectores especiales, sino aplicando también un parámetro de carácter objetivo, que tenga en cuenta la vinculación del servicio a la actividad especial» [omissis].
- En particular, «una entidad privada que actúa en virtud de derechos exclusivos, al igual que una empresa pública, solo está obligada a convocar licitaciones públicas si concurren dos requisitos, a saber, que opere en sectores especiales y que la adjudicación tenga por objeto actividades instrumentales a la desarrollada en los sectores especiales»; [omissis] posteriormente se precisó que «el concepto de instrumentalidad del contrato debe interpretarse de forma razonablemente restrictiva, de modo que se entienda por tal una adjudicación destinada a los fines propios (“negocio principal”) de la actividad especial» [omissis].
- En cambio, para los contratos «no relacionados» [con la actividad especial], adjudicados para fines distintos de las actividades ejercidas por las empresas públicas en sectores especiales, no se establece una nueva ampliación de la aplicación de la normativa relativa a los sectores ordinarios, sino la exclusión de ambas Directivas, con la consiguiente aplicación de las normas de Derecho común.;
- El nuevo Código de Contratos Públicos, aprobado mediante Decreto Legislativo n.º36 de 31 de marzo de 2023 (no aplicable en el caso de autos porque el asunto del que conoce el órgano jurisdiccional remitente se refiere a una licitación anterior a su entrada en vigor), partiendo de la base de que, conforme al sistema establecido por la Directiva 2014/25/UE, para las empresas públicas y las entidades privadas titulares de facultades especiales o exclusivas, al no ser administraciones públicas, la imposición del cumplimiento de las normas de la licitación pública, que se traduce en una reducción significativa de la autonomía contractual [omissis], no puede producirse automáticamente y para cualquier adjudicación, sino que se exige para ello un requisito adicional, de carácter objetivo y finalista, [omissis] contiene, en el artículo 141, apartado 2, una disposición (artículo 141, párrafo segundo) que, con respecto al anterior artículo 114 del Decreto Legislativo n. 50 de 18 de abril de 2016, explicita mejor tales requisitos, disponiendo que «las empresas públicas y los titulares de derechos especiales o exclusivos aplicarán las disposiciones del presente libro únicamente a los contratos que, desde un punto de vista funcional, sean instrumentales para una de las actividades contempladas en los artículos 146 a 152».

Considerando que:

- Según la jurisprudencia nacional [omissis], Ferservizi S.p.a. es «una empresa pública, sujeta a la dirección y coordinación de Ferrovie dello Stato Italiane S.p.a., sociedad dominante del Grupo FS, que se encarga de la gestión de los suministros

y servicios no incluidos en el ámbito del negocio principal y no relacionados directamente con la explotación ferroviaria, para apoyar las actividades de otras sociedades del Grupo FS, y que, por consiguiente, está obligada a aplicar el Código de Contratos Públicos exclusivamente en los procedimientos de licitación que persigan fines estrictamente instrumentales respecto a la actividad especial».

– Su carácter de empresa pública obedece a que está íntegramente participada por la sociedad dominante Ferrovie dello Stato Italiane S.p.a. (artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2014/25/UE), la cual constituye, por su parte, según la jurisprudencia nacional, un organismo de Derecho público [*omissis*] y, por tanto, un poder adjudicador tanto en los sectores ordinarios conforme al artículo 2, apartado 1, punto 4, de la Directiva 2014/24/UE, como en los sectores especiales con arreglo al artículo 3, apartado 4, de la Directiva 2014/24/UE.

– El órgano jurisdiccional remitente está de acuerdo en que Ferservizi S.p.a. es una empresa pública en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2014/25/UE, dado que cumple el requisito de que está sujeta a la influencia dominante de un poder adjudicador, que se presume siempre que el poder adjudicador posea la mayoría del capital suscrito, y que opera, junto con las demás sociedades del grupo encabezado por Ferrovie dello Stato S.p.a., en el sector del transporte ferroviario, comprendido entre los enumerados en los artículos 8 a 14 de dicha Directiva.

– El órgano jurisdiccional remitente está de acuerdo asimismo en que Ferrovie dello Stato Italiane S.p.a. es un organismo de Derecho público, puesto que reúne los tres requisitos acumulativos siguientes (sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Segunda, de 13 de enero de 2005, C-84/03): I) ha sido creada para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil (gestiona, en calidad de concesionaria, a través de la sociedad controlada Rete Ferroviaria Italiana S.p.a., la infraestructura ferroviaria nacional); II) está dotada de personalidad jurídica [*omissis*]; III) está financiada mayoritariamente por el Estado (ya que está controlada totalmente por el Ministerio de Economía y Hacienda).

– Por último, el órgano jurisdiccional remitente comparte la afirmación de Ferservizi S.p.a. según la cual el contrato controvertido ha de considerarse ajeno a las actividades consustanciales a los sectores especiales, puesto que las prestaciones objeto del contrato se refieren principalmente a inmuebles destinados a oficinas y utilizados por el personal de las sociedades del grupo, no accesibles a los usuarios del servicio y, en definitiva, no relacionados estrechamente con la explotación del servicio de transporte ferroviario.

– Esta interpretación restrictiva ha sido corroborada por la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia, según la cual solo son pertinentes a estos efectos «aquellas actividades que efectivamente sirvan para el desempeño de la actividad propia del sector [...] permitiendo la realización adecuada de esta actividad, habida cuenta de las condiciones normales en que se desempeña, con exclusión de

las actividades que se realicen con fines distintos del desarrollo de la actividad propia del sector de que se trate» (sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Quinta, de 28 de octubre de 2020, C-521/18, en materia de servicios postales), así como por la jurisprudencia nacional, que, precisamente en lo que respecta al servicio de transporte ferroviario, ha reconocido la relación de instrumentalidad entre la actividad de gestión de la red que desarrolla Rete Ferroviaria Italiana S.p.a. y el servicio de limpieza (solo) de estaciones [e instalaciones conexas] [*omissis*].

– No obstante, el órgano jurisdiccional remitente considera que, en casos particulares como el del presente asunto, el hecho de que no concurra el requisito de la instrumentalidad funcional de la prestación con respecto a la actividad propia de los sectores especiales, ejercida por una empresa pública, no puede dar lugar, como regla general, a excluir la aplicación de ambas Directivas en materia de contratos públicos.

– La particularidad del presente asunto estriba en que el contrato tiene por objeto la adquisición de servicios que el operador económico adjudicatario deberá prestar también a favor de entidades terceras, que forman parte del mismo grupo societario, las cuales, si acudieran directamente al mercado, estarían sujetas, por su naturaleza, al cumplimiento de las directivas.

– Se plantea, por tanto, un riesgo concreto de que se desarrollen conductas de elusión del Derecho de la Unión y del principio de competencia en el mercado.

– En particular, una empresa pública, dado que, cuando se dirige al mercado, su obligación de atenerse a las normas de licitación pública es más limitada que la de los poderes adjudicadores, podría ser utilizada por estos, a través de diversos instrumentos jurídicos, para desempeñar funciones de compra que, en esencia, consistan en una actividad de mera intermediación para la adquisición de servicios relativos a «contratos no relacionados» [con la actividad especial] a favor de tales entidades, beneficiándose del hecho de que, al no existir el requisito de instrumentalidad funcional, no es posible calificar a la empresa pública [como] entidad adjudicadora.

– Por otra parte, los conceptos de instrumentalidad y de consustancialidad con el negocio principal de la actividad propia de los sectores especiales (que debe comprobarse siempre que la entidad pueda definirse como «empresa pública») solo adquieren sentido cuando se refieren a una única entidad y se ponen en relación con el objeto del contrato de servicios que han de prestarse a su favor.

– Si se lleva esta argumentación hasta sus últimas consecuencias, sería suficiente que un poder adjudicador (en el presente asunto, un organismo de Derecho público), activo en sectores especiales y obligado en todo caso a aplicar las disposiciones de la Directiva 2014/25/UE, constituyera una empresa pública con el único fin de eludir la aplicación de las normas [del Derecho de la Unión] en materia de contratación, beneficiándose del régimen jurídico de las empresas

públicas, que pueden operar sin limitaciones [omissis] en el mercado siempre que el contrato se configure como «no relacionado» [con la actividad especial].

– Por consiguiente, dado que la inexistencia de una relación de instrumentalidad funcional con las actividades propias de los sectores especiales no puede dar lugar, en ningún caso, a una nueva ampliación de la aplicación de las disposiciones relativas a los contratos de los sectores ordinarios (pues se trata de conjuntos normativos autónomos y distintos), ni a calificar a la empresa pública controlada como organismo de Derecho público [omissis], en opinión del órgano jurisdiccional remitente, deben aplicarse en cualquier caso las disposiciones de la Directiva 2014/25/UE siempre que los servicios objeto del contrato de la licitación convocada por la empresa pública deban prestarse, en esencia, a favor de entidades que operan en sectores especiales y que cumplen los requisitos para ser consideradas poderes adjudicadores, que deben cumplir las normas de licitación pública, con independencia de que se haya constatado dicha relación de instrumentalidad.

– El asunto del que conoce el órgano jurisdiccional remitente versa sobre una empresa pública (Ferservizi S.p.a.), que constituye el «Centro de Servicios Integrados» del Grupo Ferrovie dello Stato, pues gestiona, para la sociedad dominante y las empresas del Grupo FS, las actividades de «back office», es decir, aquellas no vinculadas directamente a la explotación ferroviaria, desempeñando una función de apoyo al negocio principal [omissis] y de mejora constante de la eficiencia de los procesos gestionados, y se encarga de las adquisiciones accesorias, empleando criterios de mercado [omissis].

– Por tanto, resulta evidente que una entidad de tales características presenta el riesgo de convertirse en un instrumento para que el poder adjudicador que la controla eluda la aplicación de ambas Directivas, ya que, por definición, nunca podrá ser considerada una entidad adjudicadora a efectos de la aplicación de la Directiva 2014/25/UE (pues se encarga de adquisiciones no consustanciales al negocio principal de las sociedades del grupo) ni tampoco un poder adjudicador a efectos de la aplicación de la Directiva 2014/24/UE (puesto que se trata de una empresa pública que opera en sectores especiales).

– En este sentido, procede recordar que, conforme a su objeto social, la licitación convocada por Ferservizi S.p.a. tiene por objeto la adjudicación de las «Prestaciones de multiservicios y servicios de limpieza con bajo impacto medioambiental, desinfección y servicios complementarios a cargo de Ferservizi S.p.A. para los inmuebles utilizados por las sociedades del Grupo Ferrovie dello Stato Italiane», es decir, un conjunto de sociedades, todas ellas bajo la dirección y el control de la sociedad dominante Ferrovie dello Stato Italiane S.p.a., organismo de Derecho público [omissis].

– [omissis] [otras consideraciones en el mismo sentido];

— Por último, resulta oportuno recordar que el propio Tribunal de Justicia ha declarado que «una sociedad que, por una parte, pertenece en su totalidad a un poder adjudicador cuya actividad consiste en satisfacer necesidades de interés general y que, por otra parte, lleva a cabo tanto operaciones para dicho poder adjudicador como operaciones en el mercado competitivo debe calificarse de “organismo de Derecho público” [...] siempre que las actividades de dicha sociedad sean necesarias para que ese poder adjudicador pueda ejercer su actividad y que, para satisfacer necesidades de interés general, la referida sociedad se guíe por consideraciones que no sean económicas, extremo que ha de verificar el órgano jurisdiccional remitente» (sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Cuarta, de 5 de octubre de 2017, C-567/15, precisamente en relación con una licitación convocada por una sociedad mercantil controlada por la «sociedad estatal de ferrocarriles lituanos»).

— En conclusión, el órgano jurisdiccional remitente plantea al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con arreglo al artículo 267 TFUE, la siguiente cuestión prejudicial de interpretación del Derecho de la Unión:

*Una empresa pública, que opera en sectores especiales (entidad adjudicadora con arreglo al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2014/25/UE, según ha sido transpuesta por los artículos 114 y siguientes del Decreto Legislativo n.º 50, de 18 de abril de 2016), que tiene tal condición por estar sujeta a la influencia dominante de un poder adjudicador, en particular un organismo de Derecho público (artículo 2, apartado 1, punto 4, de la Directiva 2014/25/UE) que posee la mayoría de su capital, ¿está obligada a cumplir las disposiciones de la Directiva 2014/25/UE cuando pretenda celebrar un contrato de prestación servicios, de importe superior a los umbrales pertinentes a efectos del Derecho de la Unión, que tenga por objeto prestaciones no estrictamente consustanciales a las actividades contempladas en los artículos 8 a 14 de la Directiva 2014/25/UE, pero destinadas a satisfacer, de forma exclusiva o preponderante, necesidades del organismo de Derecho público que la controla y de las sociedades controladas a su vez por este?*

— [omissis] [procedimiento]

En virtud de todo lo expuesto,

El Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio), Sala Cuarta *Ter*:

- a) Plantea al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la cuestión prejudicial formulada en la motivación.
- b) [omissis];

c) Decide suspender el presente procedimiento hasta que se pronuncie el Tribunal de Justicia.

[*omissis*] Roma [*omissis*] 23 de abril de 2024 [*omissis*]

DOCUMENTO DE TRABAJO