CONCLUZIILE AVOCATULUI GENERAL
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
prezentate la 22 noiembrie 2007 [1]

I — Introducere

1. Vergabekontrollsenat des Landes Wien (Camera administrativă independentă de control al contractelor atribuite de landul Viena, Austria) formulează trei întrebări privind interpretarea Directivelor 2004/17/CE și 2004/18/CE ale Parlamentului European și ale Consiliului din 31 martie 2004 de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale și, respectiv, privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii [2].

2. Această consultare oferă Curții oportunitatea de a delimita domeniile de aplicare ale acestor directive și de a preciza, încă o dată, noțiunea „organism de drept public” în calitate de „autoritate contractantă”.

3. Se ridică problema dacă o întreprindere publică, astfel cum este definită la articolul 2 alineatul (1) litera (b) din Directiva 2004/17, rămâne sub incidența dispozițiilor acestei directive atunci când aceasta își desfășoară activitățile nemenționate la articolele 3-7 din directivă (prima întrebare). În cazul unui răspuns negativ, decizia de trimitere ridică problema dacă, totuși, această întreprindere trebuie sa fie calificată drept „organism de drept public”, ținând cont că aceasta se dedică, în lipsa unei concurențe reale, satisfacerii nevoilor de interes general de altă natură decât industrial sau comercial (asigurarea încălzirii centrale în orașul Viena), intrând astfel sub incidența Directivei 2004/18, chiar și atunci când operează pe o altă piață, deschisă concurenței (a doua întrebare). În sfârșit, se ridică problema dacă societatea ar putea ignora această legătură cu Directiva 2004/18 în cazul în care demonstrează că diferitele sale activități sunt administrate, din punct de vedere economic, precum niște compartimente etanșe (a treia întrebare).

1 — Limba originală: spaniola.

2 — JO L 134, p. 1 și 114, Ediție specială, 06/vol. 8, p. 3 și 116.

4. Esența acestor întrebări o constituie „teoria contagiunii” (elaborată în Hotărârea din 15 ianuarie 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria și alții) [3], potrivit căreia toate activitățile unei „autorități contractante” intră sub incidența directivelor privind contractele de achiziții publice, cu excepția (introdusă de avocatul general Jacobs în Concluziile din 21 aprilie 2005 prezentate în cauza Impresa Portuale di Cagliari [4], clasată fără a fi judecată) cazului în care se demonstrează lipsa subvenționărilor încrucișate între contractele încheiate pe o piață deschisă și cele încheiate în afara concurenței.

5. Vergabekontrollsenat des Landes Wien nu are însă, în dreptul austriac, statutul de instanță. În plus, deciziile sale pot face obiectul unei căi de atac la Verwaltungsgerichtshof (Curtea Federală Administrativă), cu sediul în Viena. Ținând cont de poziția noastră cu privire la noțiunea de instanță în sensul articolului 234 CE, pe care o expunem în Concluziile din 28 iunie 2001 prezentate în cauza De Coster [5], suntem obligați, din motive de coerență, să propunem Curții să respingă încă de la început prezenta cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare.

II — Cadrul juridic

A — *Legislația austriacă*

6. Legea landului Viena privind acțiunile în materie de contracte de achiziții publice (Wiener Vergaberechtschutzgesetz [6]) atribuie Vergabekontrollsenat des Landes Wien competența de a controla selecția contractanților realizată de această entitate teritorială sau de alte entități contractante în domeniile apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale (articolul 1).

7. În temeiul articolului 2 din lege, această cameră administrativă independentă își exercită competențele în primă și în ultimă instanță, fără ca deciziile sale să poată fi revizuite pe cale guvernamentală (alineatul 2), iar calea de atac jurisdicțională la Verwaltungsgerichtshof fiind posibilă (alineatul 4).

8. Vergabekontrollsenat este constituit din șapte membri numiți de guvernul landului pentru un mandat de șase ani care poate fi reînnoit (articolul 3 alineatul 1). Aceștia

3 — C-44/96, Rec., p. I-73.

4 — C-174/03 (punctul 68).

5 — În care s-a pronunțat Hotărârea din 29 noiembrie 2001 (C-17/00, Rec., p. I-9445).

6 — LGBl. nr. 25/2003.

trebuie să posede cunoștințe economice sau tehnice aprofundate în domeniul contractelor de achiziții publice (articolul 3 alineatul 2) și își exercită funcțiile în deplină independență, fără a primi instrucțiuni (articolul 3 alineatul 3) sau vreo remunerație (articolul 3 alineatul 4).

B — *Dreptul comunitar*

1. Directiva 2004/18

9. Această directivă reformează dreptul derivat într-un singur text [7], armonizând la nivel comunitar procedurile naționale de atribuire a contractelor, cu scopul de a le aduce în conformitate cu principiile Tratatului CE care reglementează atribuirea contractelor de achiziții publice [considerentele (1) și (2)]. Directiva reglementează contractele definite drept contracte „de achiziții publice” la articolul 1 alineatul (2), în măsura în care aceste contracte nu sunt excluse de articolele 12-18, au o valoare egală sau mai mare decât pragurile stabilite la articolul 7 și sunt încheiate de „autorități contractante”.

10. Conform articolului 1 alineatul (9), „autorități contractante” înseamnă celelalte colectivități teritoriale, organismele de drept public și asociațiile formate din aceste administrații sau organisme. „Organism de drept public” înseamnă orice organism (1) constituit pentru a îndeplini cerințe de interes general, de altă natură decât industrial sau comercial, (2) care are personalitate juridică și (3) (a) a cărui activitate este finanțată în cea mai mare parte de colectivitățile teritoriale sau de alte organisme de drept public sau (3) (b) a cărui gestionare face obiectul controlului acestora din urmă sau (3) (c) al cărui consiliu de administrare, de conducere sau de supraveghere este alcătuit din membri desemnați în proporție de peste 50 % de către stat, de colectivitățile teritoriale sau de alte organisme de drept public.

2. Directiva 2004/17

11. Directiva 2004/17 [8] urmărește, în cadrul unor domenii determinate care se disting

7 — În domeniul atribuirii contractelor de achiziții publice, armonizarea reglementară a început cu Directiva 71/305/CEE a Consiliului din 26 iulie 1971 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări (JO L 185, p. 5), care, după mai multe modificări, a fost abrogată prin Directiva 93/37/CEE a Consiliului din 14 iunie 1993 (JO L 199, p. 54). Coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de bunuri a fost reglementată în primul rând prin Directiva 77/62/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1976 (JO 1977, L 13, p. 1) și ulterior prin Directiva 93/36/CEE a Consiliului din 14 iunie 1993 (JO L 199, p. 1). Contractele de achiziții publice de servicii au făcut obiectul Directivei 92/50/CEE a Consiliului din 18 iunie 1992 (JO L 209, p. 1, Ediție specială, 06/vol. 2, p. 50). Înainte de a fi abrogate prin Directiva 2004/18, textele citate anterior au fost reactualizate prin Directiva 97/52/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 13 octombrie 1997 (JO L 328, p. 1).

8 — Aceasta abrogă Directiva 93/38/CEE a Consiliului din 14 iunie 1993 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor în sectoarele apei, energiei, transporturilor și telecomunicațiilor (JO L 199, p. 84).

prin caracterul închis determinat de acordarea unor drepturi speciale sau exclusive [considerentele (1)-(3)], un obiectiv analog celui al Directivei 2004/18 vizat în cadrul domeniului contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii [obiectiv pe care Directiva 2004/17 îl prezintă în articolul 1 alineatul (2)].

12. Potrivit articolului 2 alineatul (2), directiva se aplică „entităților contractante" care desfășoară una dintre activitățile menționate la articolul 3 (gaze, energie termică și energie electrică), la articolul 4 (apă), la articolul 5 (servicii de transport), la articolul 6 (servicii poștale) și la articolul 7 (explorarea sau extracția de petrol, gaze, cărbune sau alți combustibili solizi, porturile și aeroporturile), cu excepția cazului în care aceste activități sunt realizate în concurență deschisă pe piețele la care accesul nu este restricționat [articolul 30, alineatul (1)].

13. Pe lângă „autoritățile contractante" [definite la articolul 2 alineatul (1) litera (a) în aceiași termeni ca cei utilizați în Directiva 2004/18], directiva califică drept „entități contractante" „întreprinderile publice", cu alte cuvinte, orice întreprindere asupra căreia „autoritățile contractante" pot exercita în mod direct sau indirect o influență dominantă din punctul de vedere al proprietății, al participării financiare sau al normelor care o definesc. Autoritățile contractante exercită o astfel de influență (1) în cazul în care dețin majoritatea capitalului subscris sau (2) controlează majoritatea voturilor asociate acțiunilor emise de întreprindere sau (3) în cazul în care numesc mai mult de jumătate din membrii organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al întreprinderii [articolul 2 alineatul (1) litera (b)].

14. Directiva consideră de asemenea drept „entități contractante" organizațiile care, atunci când nu sunt „autorități contractante" sau „întreprinderi publice", exercită una dintre activitățile prevăzute la articolele 3-7 în temeiul drepturilor speciale sau exclusive [articolul 2 alineatul (2) litera (b)].

15. Articolul 20 alineatul (1) exclude din domeniul de aplicare al directivei contractele pe care „entitățile contractante" le atribuie în alte scopuri decât cele menționate la articolele 3-7.

III — Situația de fapt din acțiunea principală și întrebările preliminare

16. Fernwärme Wien GmbH (denumită în continuare „Fernwärme Wien") este o societate care a fost înființată la 22 ianuarie 1969 și a fost înmatriculată în mod corespunzător în registrul societăților din Viena, ceea ce i-a permis să dobândească personalitatea juridică. Obiectivul social al acesteia este de a asigura încălzirea centrală a locuințelor, a

organismelor publice, a birourilor, a întreprinderilor și a altor spații de pe raza orașului Viena, fără a aduce atingere activității de planificare generală a instalațiilor de răcire pentru proiectele imobiliare de o anumită importanță, pe care aceasta o exercită de asemenea în concurență cu alți operatori.

17. În momentul de față, după mai multe modificări ale statutelor societății care nu au afectat obiectivul său social, aceasta are forma unei societăți cu responsabilitate limitată, care aparține în totalitate orașului Viena [9]. Kontrollamt (Camera de conturi) din Viena controlează finanțele acestei societăți și municipalitatea, în exercitarea drepturilor care îi revin în cadrul adunării generale, numește și revocă administratorii și membrii consiliului de supraveghere, cărora le dă descărcare.

18. Prin publicarea în *Amtsblatt der Stadt Wien* (Jurnalul Oficial al orașului Viena) din 1 martie 2006, Fernwärme Wien a lansat o invitație de participare la licitație pentru punerea în funcțiune a unei instalații de răcire într-un complex de birouri și de spații comerciale din Viena (denumit „Town-Town"), cu mențiunea că legislația austriacă în materie de contracte de achiziții publice nu era aplicabilă.

9 — Societatea este controlată în proporție de 0,001 % de Wiener Stadtwerke Holding AG, al cărei unic acționar este orașul Viena, și în proporție de 99,999 % de filiala acesteia, Wien Energie GmbH.

19. Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Unwelt GmbH (denumită în continuare „Ing. Aigner") a participat la procedura de licitație cu o ofertă principală și cu o ofertă subsidiară, acceptând caietul de sarcini. La 18 mai 2006, aceasta a fost informată de Fernwärme Wien cu privire la respingerea ofertei sale subsidiare, decizie pe care a atacat-o la Vergabekontrollsenat des Landes Wien.

20. Fernwärme Wien a pus în discuție competența acestui organism, care este subordonată condiției ca pârâta să fie o „entitate contractantă" sau o „autoritate contractantă" în sensul Directivelor 2004/17 și 2004/18. Având în vedere că dezbaterea a fost prezentată în acești termeni, Vergabekontrollsenat des Landes Wien a suspendat procedura și a adresat Curții următoarele întrebări:

„1) Directiva 2004/17/CE […] trebuie interpretată în sensul că o entitate contractantă care desfășoară o activitate ce se încadrează în unul dintre sectoarele menționate la articolul 3 din această directivă intră de asemenea sub incidența acestei directive în ceea ce privește o altă activitate desfășurată în paralel într-un cadru concurențial?

2) În cazul în care aceasta ar fi situația numai în ceea ce privește autoritățile contractante: o întreprindere precum

Fernwärme Wien GmbH trebuie calificată drept organism de drept public în sensul Directivei 2004/17/CE sau al Directivei 2004/18/CE […], dacă aceasta furnizează încălzirea centrală pe un teritoriu determinat pe care nu există o concurență reală sau trebuie luată drept referință piața încălzirii casnice, care cuprinde de asemenea surse de energie precum gazele, petrolul, cărbunele etc.?

3) O activitate desfășurată într-un cadru concurențial de o societate care mai desfășoară și o activitate ce nu este industrială sau comercială trebuie inclusă în domeniul de aplicare al Directivei 2004/17/CE sau al Directivei 2004/18/CE, în cazul în care, datorită unor măsuri eficiente precum separarea bilanțurilor și a contabilităților, poate fi exclusă o finanțare încrucișată a activităților desfășurate în cadrul concurențial?"

IV — Procedura în fața Curții

21. Părțile din acțiunea principală, Comisia Comunităților Europene și guvernele austriac, maghiar și finlandez au depus observații scrise, iar reprezentanții Ing. Aigner, ai guvernului austriac și ai Comisiei s-au prezentat la ședința din 11 octombrie 2007 pentru a-și expune observațiile orale.

V — Competența Curții

22. În Hotărârea din 18 iunie 2002, HI (punctul 28) [10], Curtea a calificat Vergabekontrollsenat des Landes Wien drept „instanță" în sensul articolului 234 CE. În conformitate cu jurisprudența sa constantă privind respectiva noțiune, aceasta a constatat că Vergabekontrollsenat des Landes Wien respectă criteriile cu privire la originea legală, la caracterul obligatoriu al instanței, la natura contradictorie a procedurii și la aplicarea normelor de drept (punctul 26) și că îndeplinește, în același timp, din punctul de vedere al structurii sale și al funcționării, cerințele de permanență și de independență (punctul 27).

23. Cu șase luni în urmă, în Concluziile prezentate în cauza De Coster, am criticat această jurisprudență ca fiind „excesiv de flexibilă și lipsită de […] coerență" [11] și am sugerat o schimbare de direcție către făgașuri mai sigure [12], care, punând accent pe rațiunea de a fi a hotărârii preliminare, să favorizeze o cooperare fructuoasă între instanțe.

10 — C-92/00, Rec., p. I-5553.

11 — Barav, A., „Tâtonnement préjudiciel — La notion de juridiction en droit communautaire", în *Liber amicorum Bo Vesterdorf*, Ed. Émile Bruylant, Bruxelles, 2007, în curs de tipărire, subliniază incoerența ambiguă a jurisprudenței care insistă să privilegieze caracteristici ce nu sunt, majoritatea, nici specifice, nici exclusive noțiunii de instanță, făcând mai dificilă delimitarea exactă a acestei noțiuni.

12 — Moitinho de Almeida, J. C., „La notion de juridiction d'un État membre (article 177 du traité CE)", în *Mélanges F. Schockweiler,* Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, paginile 463, 464 și 478, observă că evoluția jurisprudenței comunitare generează anumite îndoieli pe care Curtea trebuie să le elimine.

24. În acest sens, propunem, ca regulă generală, ca articolul 234 CE să se aplice doar organelor care fac parte din puterea judecătorească a fiecărui stat atunci când își exercită funcțiile pur jurisdicționale și de a încorpora în acesta, ca excepție, acele organe care, deși nu fac parte din această structură, au ultimul cuvânt în ordinea juridică națională, atâta timp cât îndeplinesc criteriile desprinse de jurisprudență, în special cu privire la independență și la procedura contradictorie.

25. În acest sens mai restrictiv, Vergabekontrollsenat des Landes Wien nu poate intra sub incidența acestei noțiuni, întrucât nu face parte din organizarea judiciară austriacă („camera administrativă independentă"), și deciziile sale, care epuizează calea de atac administrativă, pot face obiectul unei acțiuni în justiție la Verwaltungsgerichtshof [13].

26. Nu este oportun să se reproducă aici considerațiile pe care le-am expus în Concluziile prezentate în cauza De Coster (punctele 75-79) cu privire la inconvenientele cauzate de imixtiunea unei autorități administrative, oricât ar fi de independentă, în dialogul dintre instanțe și pe care le-am reluat (la 24 mai 2007) în Concluziile prezentate în cauza C-195/06, Österreichischer Rundfunk (ÖRF) [14] la punctele 35 și 36. Nu trebuie ignorată contribuția fructuoasă a Vergabekontrollsenat des Landes Wien la interpretarea dreptului contractelor de achiziții publice [15], însă, chiar dacă se intră pe tărâmul posibilului juridic, motivele care au justificat extinderea dialogului preliminar la entități care nu sunt propriu-zis instanțe, își pierd o mare parte din semnificație într-o Comunitate constituită din 27 de state, într-un moment în care acest domeniu al ordinii juridice comunitare și interpretarea acesteia sunt pe deplin consolidate [16].

27. Evoluția recentă a jurisprudenței tinde [17], mai degrabă, să definească particularitățile noțiunii de organ jurisdicțional, în special în ceea ce privește independența, ceea ce se apropie de poziția expusă în Concluziile prezentate în cauza De Coster [18]. Astfel, în Hotărârea Schmid [19], Curtea și-a constatat necompetența cu privire la trimiterile efectuate de Berufungssenat V der Finanzlandesdirektion (Camera a cincea de apel a Direcției regionale a finanțelor) pentru Viena, Austria

13 — Această informație nu apare în Hotărârea HI.

14 — Hotărârea din 18 octombrie 2007, C-195/06, Rep., p. I-8817.

15 — De exemplu, pe lângă Hotărârea HI, trebuie să se facă trimitere la Hotărârea din 12 decembrie 2002, Universale-Bau și alții (C-470/99, Rec., p. I-11617).

16 — În Concluziile din 15 mai 1997 prezentate în cauza Dorsch Consult (Hotărârea din 17 septembrie 1997, C-54/96, Rec., p. I-4961), avocatul general Tesauro observă că, în cazul în care un organism nu prezintă caracteristicile unei instanțe, „nu devine instanță pentru simplul motiv că nu există o soluție mai bună" (punctul 40).

17 — Astfel cum am subliniat în Concluziile prezentate în cauza în care s-a pronunțat Hotărârea din 30 martie 2006, Emanuel (C-259/04, Rec., p. I-3089, punctul 26).

18 — Sarmiento, D., în *Poder Judicial e integración europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 201-203, analizează influența Concluziilor prezentate în cauza De Coster asupra jurisprudenței ulterioare.

19 — Hotărârea din 30 mai 2002 (C-516/99, Rec., p. I-4573).

Inferioară și Burgenland, la fel ca și în Hotărârea Syfait și alții [20] cu privire la o trimitere de la Epitropi Antagonismou (Comisia elenă pentru concurență) [21].

28. Această tendință apare cu claritate în raport cu deciziile anterioare ale Curții cu privire la întrebările preliminare adresate de organisme similare celor citate anterior, precum cele ale tribunalelor economice și administrative spaniole [22] și ale Tribunalului spaniol de protecție a concurenței [23].

29. În pofida trecerii timpului, Concluziile prezentate în cauza De Coster rămân pe deplin de actualitate [24] și tocmai de aceea, nu numai pentru motive de coerență, ci și dintr-o convingere sinceră, reiterăm faptul că Vergabekontrollsenat des Landes Wien nu este o instanță în sensul articolului 234 CE și sugerăm Curții să își declare necompetența cu privire la întrebările preliminare ale acesteia.

30. Sperăm că instanța căreia ne adresăm va recunoaște meritele ideii formulate în cauza De Coster [25], însă, în cazul în care aceasta nu va împărtăși acest punct de vedere, vom analiza în cele ce urmează, în subsidiar, conținutul material al acestei trimiteri preliminare pentru a răspunde datoriei noastre de a prezenta concluziile în mod public, cu deplină imparțialitate și în deplină independență.

VI — Analiza întrebărilor preliminare

A — *Directivele 2004/17 și 2004/18: două instrumente care urmăresc același scop (prima întrebare)*

31. Dreptul comunitar al contractelor de achiziții publice urmărește un scop imediat limitat: coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor. Însă, după cum reiese din considerentul (2) al Directivei 2004/18 și din considerentul (9) al Directivei 2004/17,

20 — Hotărârea din 31 mai 2005 (C-53/03, Rec., p. I-4609).

21 — Cu privire la această entitate administrativă, Lenaerts, K., Arts, D., și Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, Robert Bray editor, Londra, Sweet & Maxwell, 2006, p. 40 și 41, descriu evoluția Curții către o interpretare mai restrictivă a noțiunii de instanță.

22 — Hotărârea din 21 martie 2000, Gabalfrisa și alții (C-110/98-C-147/98, Rec., p. I-1577).

23 — Hotărârea din 16 iulie 1992, Asociación Española de Banca Privada și alții (C-67/91, Rec., p. I-4785).

24 — În opinia autorului Sarmiento, D., op. cit., p. 200, Concluziile prezentate în cauza De Coster „constituie atacul cel mai dur împotriva jurisprudenței Curții în această materie” și suscită o „anumită ordine în haosul jurisprudențial”.

25 — Cienfuegos, M., „La noción comunitaria de órgano jurisdiccional de un Estado miembro ex artículo 234 del Tratado CE y su necesaria revisión”, în *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nr. 238, iulie/august 2005, p. 26, atrage atenția asupra insuficienței acțiunilor conjuncturale precum consolidarea criteriului tradițional al independenței autorului trimiterii preliminare prin adaptarea aplicării sale individualizate la cazul concret și preconizează, în concordanță cu Concluziile prezentate în cauza De Coster, o modificare generală a noțiunii de instanță.

precum și din jurisprudența Curții [26], acest obiectiv nu constituie nimic altceva decât un instrument care urmărește realizarea unui scop mai ambițios: dezvoltarea unei concurențe efective în acest sector prin garantarea libertăților esențiale pentru integrarea europeană. Astfel, obiectivul este acela de a înlătura obstacolele în calea liberei circulații prin protejarea intereselor operatorilor economici ai unui stat membru care doresc să vândă bunuri sau servicii unor entități contractante din alte state membre. În consecință, trebuie eliminat riscul de a acorda preferință ofertanților naționali („buy national"), cu excluderea posibilității ca organismul însărcinat cu atribuirea contractului să aibă în vedere alte considerații decât cele economice [27] (din acest motiv, criteriul fundamental de atribuire a contractului este întotdeauna cel al ofertei cu prețul cel mai scăzut sau cea mai avantajoasă din punct de vedere economic).

1. O dimensiune personală

32. Directiva 2004/18, la fel ca directivele anterioare acesteia, își delimitează domeniul de aplicare: din punct de vedere subiectiv, prin definirea, pe de o parte, a noțiunilor „antreprenor", „furnizor" și „prestator de servicii" și, pe de altă parte, a noțiunii „autoritate contractantă" [(articolul 1 alineatele (8) și (9)] și, din punct de vedere obiectiv, prin definirea contractelor de achiziții publice de lucrări, de servicii și de bunuri, precum și a concesionării lucrărilor publice sau a serviciilor [(articolul 1 alineatele (2)-(4)].

33. Astfel, contractele de achiziții publice reglementate de Directiva 2004/18, care sunt aprobate de o „autoritate contractantă", trebuie să fie atribuite, în toate statele membre, în conformitate cu principiile și normele de procedură stabilite de directivă.

34. Astfel, se pune accentul pe dimensiunea personală: elementul decisiv nu constă în natura operațiunii în cauză, ci în personalitatea celui care o propune, întrucât orice contract atribuit de autoritățile publice este supus coordonării procedurale întreprinse de dreptul derivat.

35. Această cerință este într-o asemenea măsură fundamentală, încât Hotărârea Mannesmann Anlagenbau Austria și alții a extins reglementarea comunitară (în cauza respectivă, Directiva 93/37) la toate activitățile organismelor de drept public, invocând securitatea juridică și faptul că legiuitorul nu face distincție între contractele

26 — Printre altele, Hotărârea din 22 iunie 1989, Fratelli Costanzo (103/88, Rec., p. 1839, punctul 18 *in fine*), Hotărârea din 10 noiembrie 1998, BFI Holding (C-360/96, Rec., p. I-6821, punctul 41), Hotărârea din 3 octombrie 2000, University of Cambridge (C-380/98, Rec., p. I-8035, punctul 16), și Hotărârea din 1 februarie 2001, Comisia/Franța (C-237/99, Rec., p. I-939, punctul 41).

27 — Hotărârile citate anterior Mannesmann Anlagenbau Austria și alții, punctul 33, BFI Holding, punctul 42, University of Cambridge, punctul 17, și Comisia/Franța, punctul 42.

de achiziții publice care au un raport cu nevoile de interes general și cele care nu au un astfel de raport (punctele 32 și 34).

2. O armonizare materială

36. Totuși, această armonizare „intersectorială” (calificativ utilizat de Comisie în observațiile sale scrise) nu se regăsește în Directiva 2004/17, care nu se aplică tuturor activităților „autorităților contractante”, ci numai celor prevăzute la articolele 3-7 din această directivă.

37. Această particularitate se explică prin faptul că, inițial, sectoarele apei, energiei, transporturilor și telecomunicațiilor nu au făcut obiectul unei armonizări [28] din cauza diversității statutului juridic (public sau privat) al organizațiilor implicate. Trebuia să se evite supunerea acestor sectoare unor regimuri diferite, după cum acestea aparțin fie statului, colectivităților teritoriale sau altor entități de drept public, fie organizațiilor cu personalitate juridică de drept privat, așteptând ca experiența să furnizeze soluția definitivă [29].

38. Această ocazie a apărut odată cu Directiva 93/38, care a coordonat procedurile de atribuire a contractelor în aceste sectoare și a definit organismele contractante independent de statutul juridic al acestora (public sau privat). Această directivă a ținut cont de puterea de influență a autorităților naționale asupra comportamentului organismelor contractante, având în vedere caracterul închis al piețelor în discuție și existența drepturilor speciale sau exclusive, cu scopul de a deschide și aceste piețe concurenței [considerentele (9), (11) și (12)]. Astfel, a fost justificat faptul că elementul subiectiv al directivei include, pe lângă entitățile prevăzute de directivele clasice în această materie, întreprinderile publice și întreprinderile afiliate [articolul 1 alineatele (2) și (3)], cu precizarea că acestea intră sub incidența directivei numai în cazul în care acționează în domeniile menționate de respectiva directivă [considerentul (13) [30] și articolul 2].

39. Directiva 2004/17 se supune aceleiași reguli [considerentele (2) și (3)] și definește

28 — Articolul 3 alineatele (4) și (5) din Directiva 71/305 și articolul 2 alineatul (2) din Directiva 77/62.

29 — Considerentele (4)-(6) ale Directivei 71/305 și considerentele (6)-(8) ale Directivei 77/62. Considerentul (8) al Directivei 93/38 confirmă această idee.

30 — Potrivit acestui considerent, directiva nu se aplică „activităților entităților care nu privesc sectoarele apei, energiei, transporturilor și telecomunicațiilor sau care, deși se încadrează în aceste sectoare, sunt expuse în mod direct concurenței de pe piețele la care accesul nu este restricționat”. [traducere neoficială]

„entitățile contractante" independent de regimul juridic al acestora [considerentul (10)]. În consecință, pe lângă „autoritățile contractante" care sunt definite în același mod ca în Directiva 2004/18, această directivă încadrează în categoria „entităților contractante" întreprinderile publice și cele care beneficiază de drepturi speciale sau exclusive, în măsura în care acestea exercită una dintre activitățile prevăzute la articolele 3-7 [articolul 2 alineatele (1) și (2) și articolul 20 alineatul (1)].

40. În consecință, Directiva 2004/17 reglementează atribuirea contractelor în domeniul denumit în mod tradițional al „sectoarelor excluse" cu o percepție diferită față de cea pe care o inspiră Directiva 2004/18: elementul decisiv nu este entitatea care propune contractul, ci natura activității vizate de acest contract, directiva aplicându-se numai în aceste sectoare.

41. Această teză se bazează pe două aspecte. Pe de o parte, articolul 12 alineatul (1) din Directiva 2004/18 exclude din domeniul său de aplicare contractele de achiziții publice ale „autorităților contractante" privind activitățile prevăzute la articolele 3-7 din Directiva 2004/17, ceea ce scoate în evidență importanța elementului material în aplicarea acestei din urmă directive. Pe de altă parte, Directiva 2004/17 urmărește să contribuie la instaurarea liberei concurențe și, în consecință, nu se aplică, astfel cum prevede articolul 30 alineatul (1), în cazul în care aceste activități sunt prestate pe piețe la care accesul nu este restricționat.

42. Astfel, „autoritățile contractante" din Directiva 2004/18 se află sub incidența Directivei 2004/17 în cazul în care acestea intră în domeniul de aplicare material al acestei din urmă directive, acest lucru nefiind valabil pentru întreprinderile publice și pentru întreprinderile care beneficiază de drepturi speciale sau exclusive ca atare.

43. Aceste elemente confirmă inaplicabilitatea în prezenta cauză a „teoriei contagiunii". În Concluziile prezentate la 16 septembrie 1997 în cauza Mannesmann Anlagenbau Austria și alții, avocatul general Léger subliniază că domeniul de aplicare al Directivei 93/37 (precum și al Directivei 2004/18) nu este determinat în funcție de activitatea în temeiul căreia sunt atribuite contractele, ci în funcție de particularitățile organismului care a propus contractul (punctul 81). Mai precis, în timp ce Directiva 2004/18 pune accentul pe noțiunea „autoritate contractantă", în legătură cu care, din motive de securitate juridică, nu se recomandă să se facă efortul de a diferenția partea din economia textului care vizează satisfacerea unor nevoi de interes general de partea care urmărește alte obiective, Directiva 2004/17 permite să se delimiteze perfect domeniile materiale ale activității „entităților contractante", prevăzând, la articolul 9, norme concrete în această privință.

44. Cu alte cuvinte, în cazul în care o „autoritate contractantă", în sensul cel mai strict, adică acela al articolului 1 alineatul (9) din Directiva 2004/18 și al articolului 2 alineatul (1) litera (a) din Directiva 2004/17, propune un contract cu privire la alte activități decât cele prevăzute la articolele 3-7 din Directiva 2004/17, se va aplica Directiva 2004/18. Dacă însă entitatea care acționează în acest context este o întreprindere publică sau o întreprindere care beneficiază de drepturi speciale sau exclusive [articolul 2 alineatul (1) litera (b) și articolul 2 alineatul (2) litera (b) din Directiva 2004/17], nu se aplică niciuna dintre aceste directive.

45. Pe scurt, propunem Curții să răspundă la primele trei întrebări preliminare adresate de Vergabekontrollsenat des Landes Wien, în sensul că Directiva 2004/17 nu se aplică contractelor pe care „entitățile contractante", în sensul articolului 2 alineatul (2) din această directivă, le atribuie în cadrul altor activități decât cele prevăzute la articolele 3-7.

46. Această soluție se întemeiază pe jurisprudența comunitară. Într-adevăr, Hotărârea din 16 iunie 2005, Strabag și Kostmann [31], arată că Directiva 93/38 (și, prin urmare, și Directiva 2004/17) se aplică „entităților contractante" în măsura în care acestea acționează în domeniile materiale prevăzute de directivă. În caz contrar, contractele acestora se supun, dacă este cazul, reglementării privind atribuirea contractelor de achiziții publice (punctul 37).

B — *Noțiunea de organism de drept public: relevanța gradului de concurență pe piață (a doua întrebare)*

47. Toți participanții la prezenta procedură preliminară sunt de acord cu faptul că respectivul contract din acțiunea principală privește o activitate a Fernwärme Wien care nu intră în domeniul de aplicare al Directivei 2004/17 (punerea în funcțiune a unei instalații de răcire într-un complex de birouri și de spații comerciale) și, în consecință, conform răspunsului pe care îl propunem în ceea ce privește prima întrebare, trebuie precizat, astfel cum o solicită organismul de trimitere, dacă societatea este o „autoritate contractantă", întrucât, în cazul unui răspuns afirmativ, Directiva 2004/18 i-ar fi aplicabilă.

48. În mod concret, trebuie să se determine dacă este vorba despre „un organism de drept public". Personalitatea sa juridică și legătura strânsă cu municipalitatea din Viena care îi controlează, direct sau indirect, capitalul nu sunt contestate. Îndoielile apar cu privire la prima cerință a directivei, și anume

31 — Cauzele C-462/03 și C-463/03, Rec., p. I-5397, care, potrivit deciziei Curții, au fost judecate fără concluziile avocatului general.

aptitudinea de a satisface în mod specific nevoi de interes general de o altă natură decât industrială sau comercială.

49. Există, de asemenea, un consens cu privire la faptul că obiectivul social al întreprinderii este de interes general, deoarece aceasta furnizează un serviciu de încălzire urbană prin intermediul unui sistem care protejează mediul, acela al arderii deșeurilor [32]. Dezbaterea se limitează, prin urmare, la a determina dacă această întreprindere are un „caracter industrial sau comercial".

50. Pentru aceasta trebuie analizate toate elementele de drept și de fapt pertinente, cum ar fi împrejurările care au stat la baza înființării organismului respectiv și condițiile în care acesta își desfășoară activitatea [33], printre care, în special, nedesfășurarea unei activități lucrative drept activitate principală, neasumarea riscurilor, precum și eventuala finanțare publică [34].

51. În acest cadru, trebuie analizat impactul pe care îl are structura sectorului în care operează organismul asupra noțiunii „caracter industrial sau comercial". De la început, modul de redactare a directivei nu face nicio aluzie la eventuala concurență cu întreprinderi private [35], care ar constitui un indiciu în sensul naturii industriale sau comerciale a nevoilor publice pe care organismul respectiv intenționează să le satisfacă [36], dar care nu este suficientă pentru a exclude motivații, altele decât economice [37], deoarece lipsa concurenței nu este o condiție necesară pentru definirea unui organism de drept public [38].

52. În acest context jurisprudențial se înscrie a doua întrebare a organului administrativ de trimitere, care urmărește delimitarea pieței de referință pentru a-și determina competența, dar care se bazează pe o premisă inexactă (care a fost preluată de toți participanții la prezenta procedură preli-

32 — Curtea a adoptat o poziție generoasă în ceea ce privește noțiunea „nevoi de interes general". Aceasta nu a limitat noțiunea în cauză la funcționarea instituțională a statului sau la ideea de ordine publică (Hotărârea Mannesmann Anlagenbau Austria și alții, punctul 24, și Hotărârea din 16 octombrie 2003, Comisia/Spania, C-283/00, Rec., p. I-11697, punctul 85) și a extins-o la organizarea de târguri, de expoziții și la alte inițiative similare (Hotărârea din 10 mai 2001, Agorà și Excelsior, C-223/99 și C-260/99, Rec., p. I-3605, punctele 33 și 34), la achiziționarea, la vânzarea și la închirierea de bunuri imobiliare, precum și la prestarea de servicii de gestionare imobiliară pentru o municipalitate (Hotărârea din 22 mai 2003, Korhonen și alții, C-18/01, Rec., p. I-5321, punctele 41 și 45) sau la construcția de locuințe destinate vânzării sau închirierii către familii cu resurse modeste (Hotărârea Comisia/Franța, citată anterior, punctul 47).

33 — Hotărârea din 27 februarie 2003, Adolf Truley (C-373/00, Rec., p. I-1931, punctul 66), și Korhonen și alții, punctele 48 și 59.

34 — Hotărârea Korhonen și alții, punctul 59.

35 — Hotărârea BFI Holding, citată anterior, punctul 40.

36 — Hotărârea BFI Holding, citată anterior, punctul 49, Hotărârea Agorà și Excelsior, citată anterior, punctul 38 *in fine*, și Hotărârea Adolf Truley, citată anterior, punctul 60.

37 — Hotărârea BFI Holding, citată anterior, punctul 43, și Hotărârea Adolf Truley, citată anterior, punctul 61. Potrivit punctului 44 din Hotărârea BFI Holding, este dificil să se conceapă activități care nu pot fi exercitate de întreprinderi private și, în consecință, criteriul lipsei de concurență golește de substanță noțiunea de organism de drept public prevăzută de directive.

38 — Hotărârea BFI Holding, punctul 47 *in fine*.

minară), după cum reiese din cadrul celor expuse în cadrul analizei primei întrebări.

53. În realitate, Directiva 2004/18 se întemeiază pe o concepție subiectivă și se aplică oricărei structuri organizaționale care are comportamentul unei „autorități contractante", oricare ar fi domeniul material în care aceasta operează (teoria contagiunii), cu excepția cazului în care atribuie contracte excluse în temeiul articolelor 12-18. Se solicită ca „organismele de drept public" să fie înființate pentru a satisface în mod specific nevoile de interes general de altă natură decât industrială sau comercială, iar contractul care trebuie luat în considerare pentru analizarea gradului de concurență și pentru calificarea activității lor drept industrială sau comercială este, prin urmare, cel pentru care au fost înființate [39], și anume, în cazul Fernwärme Wien, furnizarea de încălzire centrală prin utilizarea energiei rezultate din arderea deșeurilor.

54. O poziție diferită ar conduce la un rezultat contrar interpretării funcționale susținute de jurisprudența comunitară [40] și ar compromite efectul util al Directivei 2004/18. Pentru a se sustrage de la aplicarea acestei norme, ar fi suficient ca o entitate înființată doar pentru a răspunde unor nevoi de interes general de o altă natură decât industrială sau comercială să se consacre unor operațiuni strict comerciale, menținându-și obiectivul inițial, și să evite, după extinderea contractelor în cadrul cărora operează, calificarea de „organism de drept public", astfel încât toate contractele pe care le va atribui, oricare ar fi natura acestora, să se sustragă cerințelor armonizării comunitare. Cu privire la fond, punctul nostru de vedere constituie un complement al soluției din Hotărârea Universale-Bau [41], citată anterior, care privea o situație inversă, fiind vorba de o întreprindere înființată în vederea realizării unei activități exclusiv private căreia, mai târziu, i-a fost încredințată exploatarea unui serviciu public. În ambele situații, interpretarea funcțională se axează pe faptul că societățile care gestionează interese generale și care pot opera în afara forțelor pieței atribuie contracte în pofida acestor forțe.

55. Directiva 2004/18 nu oferă o altă opțiune, întrucât, după cum statul sau colectivitățile locale nu își pierd caracterul de autoritate contractantă atunci când atribuie contracte în sectoare deschise, nici structurile pe care

39 — Hotărârea BFI Holding, citată anterior, a adus o nuanță indicând că lipsa naturii industriale sau comerciale este un criteriu care urmărește să precizeze noțiunea de nevoi de interes general (punctul 32).

40 — Hotărârea din 17 decembrie 1998, Comisia/Irlanda (C-353/96, Rec., p. I-8565, punctul 36), Hotărârea BFI Holding, punctul 62, Hotărârea Comisia/Franța, punctul 43, Hotărârea din 15 mai 2003, Comisia/Spania (C-214/00, Rec., p. I-4667, punctul 53), și Hotărârea din 16 octombrie 2003, Comisia/Spania (citată anterior, punctul 73).

41 — Această hotărâre a susținut luarea în considerare a activităților exercitate de o entitate pentru a verifica dacă aceasta a fost înființată pentru a satisface nevoi de interes general de altă natură decât industrială sau comercială (punctul 56).

aceste colectivități teritoriale le creează cu o personalitate juridică proprie și sub controlul acestora pentru „a satisface […] nevoi de interes general de o altă natură decât industrială sau comercială” nu pierd acest caracter de autoritate contractantă. În Hotărârea Mannesmann Anlagenbau Austria și alții, citată anterior, s-a subliniat că acea condiție conform căreia organismul trebuie să fi fost creat pentru a satisface „în mod specific” aceste nevoi nu îl obligă să satisfacă doar astfel de nevoi (punctul 26), fără a desfășura alte activități, chiar și în mod majoritar, deoarece definiția legală nu ține cont de importanța relativă a acestui tip de activități în raport cu ansamblul activităților (punctele 25, 26 și 31) [42].

56. Având în vedere aceste observații, sugerăm Curții să precizeze Vergabekontrollsenat des Landes Wien că piața care trebuie analizată pentru a stabili dacă Fernwärme Wien trebuie calificat drept „organism de drept public” în sensul articolului 1 alineatul (9) din Directiva 2004/18 este cea a furnizării de încălzire urbană.

57. În orice caz, analiza propusă în cadrul celei de a doua întrebări preliminare pare să fie lipsită de relevanță, deoarece, conform datelor din decizia de trimitere, oricare ar fi sectorul delimitat (doar cel al încălzirii urbane sau și cel al încălzirii produse cu ajutorul altor combustibili), Fernwärme Wien se dovedește a fi, în prezent, singura întreprindere în măsură să răspundă unei astfel de nevoi de interes general și poate, prin urmare, să adopte o conduită dictată de alte criterii decât cele strict economice, această situație justificând intervenția dreptului comunitar în vederea armonizării criteriilor de atribuire a contractelor, a deschiderii pieței către concurență și a garantării transparenței acesteia.

C — *Eventuala îndepărtare de la teoria contagiunii (a treia întrebare)*

58. Comisia nu a știut să aprecieze cea de a treia întrebare la justa sa valoare. Vergabekontrollsenat des Landes Wien nu urmărește să stabilească importanța gradului de concurență de pe piața în cauză pentru a determina aplicabilitatea directivelor privind contractele de achiziții publice, acest punct făcând obiectul celei de a doua întrebări. Mai simplu decât atât, acesta întreabă dacă o „entitate contractantă” sau o „autoritate contractantă” care desfășoară și activități industriale sau comerciale pe o piață deschisă intră sub incidența directivelor din 2004 în privința acestor activități, în cazul în care, datorită unor mecanisme precum separarea

42 — A se vedea, în același sens, Hotărârile citate anterior BFI Holding (punctele 55 și 56), Adolf Truley (punctul 56), și Korhonen și alții (punctul 58).

bilanțurilor și a contabilităților, elimină riscul finanțării încrucișate între diferitele domenii ale activităților economice ale acestora.

59. Întrebarea este lipsită de relevanță în ceea ce privește Directiva 2004/17, deoarece, după cum am arătat deja, „entitățile contractante" sunt reglementate de dispozițiile sale numai dacă acestea operează în sectoarele concrete care fac obiectul directivei, cu excepția situațiilor în care activitatea este desfășurată în liberă concurență, caz în care nu se mai aplică dispozițiile armonizate ale directivei, astfel cum se subliniază la articolul 30 alineatul (1) din această directivă.

60. Sarcina se rezumă, prin urmare, la precizarea aspectului dacă „autoritățile contractante", în special „organismele de drept public", care operează atât pe piețe concurențiale, cât și pe piețe închise, trebuie să se conformeze Directivei 2004/18 atunci când atribuie contracte în domeniul piețelor deschise concurenței și în circumstanțele menționate în cea de a treia întrebare preliminară (lipsa finanțării încrucișate).

61. Teoria contagiunii se explică prin obiectivele reglementării comunitare care armonizează atribuirea contractelor de achiziții publice, obiective care sunt prezentate la punctul 31 din aceste concluzii. Scopul este ca cei care au capacitatea de a atribui contracte să se ghideze după considerații economice și să nu fie tentați să se conformeze unor norme de o altă natură care preferă ofertanții naționali ofertanților străini; în consecință, „autoritățile contractante", care sunt susceptibile, prin definiție, să se sustragă forțelor pieței, trebuie să fie întotdeauna supuse Directivei 2004/18. Pentru calificarea unui contract de achiziții publice, această directivă nu impune existența unei legături între acest contract și funcția de satisfacere a nevoilor de interes general a „autorității contractante" [articolul 1 alineatul (2) interpretat în coroborare cu anexele I și II]. În Hotărârea Mannesmann Anlagenbau Austria și alții, citată anterior (punctul 32), a fost expus același raționament în ceea ce privește Directiva 93/37.

62. Astfel cum se subliniază în hotărârea citată anterior la punctul 34, această teorie se bazează și pe principiul securității juridice care promovează detașarea noțiunii „organism de drept public" de ponderea specifică, de mai mică sau de mai mare importanță, a activităților industriale sau comerciale.

63. În Concluziile avocatului general Jacobs prezentate în cauza Impresa Portuale di Cagliari (punctul 68), acesta preconizează o excepție pentru cazurile în care se demonstrează o separare economică, financiară

și contabilă totală între diferitele tipuri de activități ale unui „organism de drept public”.

64. Din punct de vedere teoretic, nu vedem niciun inconvenient în acceptarea acestei recomandări [43]; cu toate acestea, prudența care trebuie să îi ghideze pe cei care stabilesc jurisprudența conduce la îndepărtarea acestei recomandări, deoarece, în situația actuală a pieței comunitare, experiența arată că afacerile și relațiile comerciale sunt foarte complexe, ceea ce complică în mod excesiv o separare atât de radicală precum cea schițată de colegul nostru, care, astfel cum se indică și în decizia de trimitere, pare a fi posibilă doar pentru întreprinderi independente și, chiar și în acest context, nu întotdeauna. Chiar în măsura în care conturile sunt ținute separat, iar subvențiile încrucișate sunt excluse, direcția strategică, deciziile structurale și patrimoniul rămân unice și nimic nu garantează etanșeitatea între aceste domenii de activitate sau faptul că, în situație de criză, regulile de comportament pe o piață închisă nu au o influență asupra celor care guvernează o activitate industrială sau comercială, având drept consecință ca „organismul de drept public” contractant să fie condiționat de „motivații paraeconomice”, acest risc implicând aplicarea normelor comunitare de armonizare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice. Prin urmare, securitatea juridică, care se află la baza poziției adoptate de Curte în acest domeniu, promovează menținerea acestor norme comunitare.

65. În acest sens, mai există numeroase alte obstacole de ordin practic, deoarece sarcina probei acestei separații între diferitele domenii de activitate ar reveni „organismului de drept public”. Ar trebui, prin urmare, să se găsească un mijloc de a controla (în mod preventiv sau *a posteriori)* deciziile prealabile de natură contractuală ale acestuia și de a constata, într-o primă etapă, separarea absolută între diferitele domenii de activitate și, ulterior, apartenența operațiunii întreprinse la domeniul exclus de la armonizarea comunitară. În caz contrar, aplicarea acestui cadru normativ ar depinde de liberul arbitru al organismului. Această perspectivă complică sistemul comunitar al contractelor de achiziții publice, care este deja complex [44], astfel încât este lipsită de relevanță o astfel de soluție care, fără a avea o valoare adăugată, ar aduce atingere unui principiu fundamental precum cel al securității juridice.

66. În esență, considerăm că un „organism de drept public” intră în orice caz sub incidența Directivei 2004/18, oricare ar fi natura contractelor pe care acesta le încheie, cu condiția ca respectivele contracte să nu fie excluse în mod expres de această directivă (articolele 12-18).

43 — În realitate, avocatul general Jacobs încearcă să transfere în domeniul contractelor de achiziții publice noțiuni care provin din sfera ajutoarelor de stat ce sunt incompatibile cu piața comună, noțiuni pe care se bazează Directiva 2006/111/CE a Comisiei din 16 noiembrie 2006 privind transparența relațiilor financiare dintre statele membre și întreprinderile publice, precum și transparența relațiilor financiare din cadrul anumitor întreprinderi (JO L 318, p. 17, Ediție specială, 08/vol. 5, p. 66), și, în același timp, au justificat directiva pe care aceasta o abrogă [Directiva 80/723/CEE a Comisiei din 25 iunie 1980 privind transparența relațiilor financiare dintre statele membre și întreprinderile publice (JO L 195, p. 35)].

44 — În Concluziile citate anterior (punctul 60), avocatul general Jacobs subliniază această complexitate pe care și Comisia o pune în evidență în comunicarea sa denumită „Achizițiile publice în Uniunea Europeană” [COM(98) 143 final din 11 martie 1998, p. 3] și în cartea verde denumită „Achizițiile publice în Uniunea Europeană: Explorând calea înainte” [COM(96) 583 final din 27 noiembrie 1996, p. 5, punctul 2.10, și p. 8, punctul 3.6].

VII — Concluzie

67. Având în vedere considerațiile precedente propunem Curții:

1) Să își declare necompetența cu privire la întrebările preliminare adresate de Vergabekontrollsenat des Landes Wien, pentru motivul că acest organism nu este o instanță în sensul articolului 234 CE.

2) În subsidiar, dacă cererea este considerată admisibilă, să declare că:

„a) O «entitate contractantă» în sensul articolului 2 alineatul (2) din Directiva 2004/17/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 de coordonare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale nu intră sub incidența dispozițiilor acestei directive dacă desfășoară o altă activitate decât cele prevăzute la articolele 3-7 din directiva menționată.

b) Piața care trebuie analizată pentru a determina gradul de concurență și pentru a stabili dacă societatea Fernwärme Wien GmbH constituie un «organism de drept public» în sensul articolului 1 alineatul (9) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, este cea a furnizării de încălzire urbană în orașul Viena.

c) Contractele prevăzute de Directiva 2004/18, care sunt propuse de un «organism de drept public», sunt întotdeauna reglementate de dispozițiile acestei directive, inclusiv contractele care fac obiectul liberei concurențe”.