# SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera)
de 11 de mayo de 2006 *

En el asunto C-340/04,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italia), mediante resolución de 27 de mayo de 2004, recibida en el Tribunal de Justicia el 9 de agosto de 2004, en el procedimiento entre

**Carbotermo SpA,**

**Consorzio Alisei**

y

**Comune di Busto Arsizio,**

**AGESP SpA,**

en el que interviene:

**Associazione Nazionale Imprese Gestione servizi tecnici integrati (AGESI),**

* Lengua de procedimiento: italiano.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera),

integrado por el Sr. P. Jann, Presidente de Sala, y el Sr. K. Schiemann, la Sra. N. Colneric y los Sres. J.N. Cunha Rodrigues (Ponente) y E. Levits, Jueces;

Abogado General: Sra. C. Stix-Hackl;
Secretaria: Sra. C. Strömholm, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 10 de noviembre de 2005;

consideradas las observaciones presentadas:

— en nombre de Carbotermo SpA, por la Sra. A. Sansone y el Sr. P. Sansone, avvocati;

— en nombre de Consorzio Alisei, conjuntamente con AGESI, por el Sr. B. Becchi y la Sra. L. Grillo, avvocati;

— en nombre del Comune di Busto Arsizio, por la Sra. C. Caputo, avvocatessa;

— en nombre de AGESP SpA, por los Sres A. Sciumè y D. Tassan Mazzocco, avvocati;

— en nombre del Gobierno italiano, por el Sr. I. M. Braguglia, en calidad de agente, asistido por el Sr. G. Fiengo, avvocato dello Stato;

— en nombre del Gobierno alemán, por el Sr. W.-D. Plessing, en calidad de agente;

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

— en nombre del Gobierno polaco, por el Sr. T. Nowakowski, en calidad de agente;

— en nombre del Gobierno del Reino Unido, por el Sr. M. Hoskins, en calidad de agente;

— en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por el Sr. X. Lewis y la Sra. D. Recchia, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones de la Abogado General, presentadas en audiencia pública el 12 de enero de 2006;

dicta la siguiente

## Sentencia

1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO L 199, p. 1).

2 Dicha petición se ha presentado en el marco de un litigio entre las empresas Carbotermo SpA (en lo sucesivo, «Carbotermo») y Consorzio Alisei, por una parte, y el Comune di Busto Arsizio (en lo sucesivo, «municipio de Busto Arsizio») y la empresa AGESP SpA (en lo sucesivo, «AGESP»), por otra, relativo a la adjudicación a esta última de un contrato de suministro de combustible y de mantenimiento, adecuación a la normativa y actualización tecnológica de las instalaciones de calefacción de los edificios municipales.

## Marco jurídico

### *Normativa comunitaria*

3 El artículo 1, letras a) y b), de la Directiva 93/36 dispone:

«A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

a) "contratos públicos de suministro": los celebrados por escrito a título oneroso que tengan por objeto la compra, el arrendamiento financiero, el arrendamiento o la venta a plazos de productos entre un proveedor (persona física o jurídica), por una parte, y uno de los poderes adjudicadores definidos en la letra b), por otra. La entrega de los productos podrá incluir, con carácter accesorio, trabajos de colocación e instalación;

b) "poderes adjudicadores": el Estado, los entes públicos territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público.

Se entenderá por "organismo de Derecho público" todo organismo:

— creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,

— dotado de personalidad jurídica, y

— cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes públicos territoriales u otros organismos de Derecho público, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes públicos territoriales u otros organismos de Derecho público.

[...]»

4 El artículo 6 de esta misma Directiva establece:

«1. Al adjudicar contratos públicos de suministro, los poderes adjudicadores aplicarán los procedimientos [abiertos, restringidos y negociados] en los supuestos que a continuación se establecen.

2. Los poderes adjudicadores podrán adjudicar contratos de suministro por el procedimiento negociado cuando [...].

3. Los poderes adjudicadores también podrán adjudicar contratos de suministro por el procedimiento negociado, sin publicación previa de anuncio de licitación, en los casos siguientes:

[...]

4. En todos los demás supuestos, los poderes adjudicadores adjudicarán sus contratos de suministro por el procedimiento abierto o por el procedimiento restringido.»

5 El artículo 1, apartado 3, de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 199, p. 84), dispone:

«A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

[...]

3) "empresas asociadas": las empresas que en virtud de las disposiciones de la Directiva 83/349/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1983, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado, relativa a las cuentas consolidadas [DO L 193, p. 1; EE 17/01, p. 119], presenten cuentas anuales consolidadas con las de la entidad contratante o si se trata de entidades que no están sujetas a dicha Directiva las empresas sobre las cuales la entidad contratante pueda ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante según se define en el apartado 2 del presente artículo, o que puedan ejercer una influencia dominante sobre la entidad contratante, o que, como la entidad contratante, estén sometidas a la influencia dominante de otra empresa por razón de propiedad o participación financiera o en virtud de las normas que las rigen.»

6 El artículo 13 de esta misma Directiva establece:

«1. La presente Directiva no se aplicará a los contratos de servicios:

a) que una entidad contratante celebre con una empresa asociada;

b) que una empresa conjunta, constituida por varias entidades contratantes con el fin de desarrollar las actividades contempladas en el apartado 2 del artículo 2, celebre con una de dichas entidades contratantes o con una empresa asociada a una de estas entidades contratantes,

siempre que como mínimo el 80 % del promedio del volumen de negocios que tal empresa haya efectuado en la Comunidad en los últimos tres años en materia de servicios provenga de la prestación de estos servicios a las empresas con las que esté asociada.

Cuando más de una empresa afiliada a la entidad contratante preste el mismo servicio o servicios similares, deberá tenerse en cuenta el volumen de negocios total en la Comunidad resultante de la prestación de servicios por dichas empresas.

2. Las entidades contratantes comunicarán a la Comisión, a petición de ésta, las siguientes informaciones sobre la aplicación de las disposiciones del apartado 1:

— el nombre de las empresas afectadas;

— la naturaleza y la cuantía de los contratos de servicios afectados;

— los elementos que la Comisión considere necesarios para probar que las relaciones entre la entidad contratante y la empresa con la que se celebre el contrato cumplen los requisitos del presente artículo.»

*Derecho italiano*

7 En su sentencia nº 5316, de 18 de septiembre de 2003, el Consiglio di Stato falló que una entidad local estaba facultada para adjudicar sin licitación un contrato de suministro a un suministrador en el supuesto de que la entidad local ejerciera sobre el suministrador un control análogo al que ejercía sobre sus propios servicios y de que el suministrador realizara lo esencial de su actividad con la entidad que lo controlaba.

## Litigio principal y cuestiones prejudiciales

8 Carbotermo es una empresa especializada en los contratos de suministro de energía y de gestión de instalaciones de calefacción, con clientes tanto públicos como privados.

9 Consorzio Alisei es una empresa que suministra productos energéticos y presta servicios relacionados con la climatización y la calefacción de los edificios.

10 AGESP Holding SpA (en lo sucesivo, «AGESP Holding») es una sociedad anónima creada el 24 de septiembre de 1997, como resultado de la transformación de la Azienda per la Gestione dei Servizi Pubblici, empresa especial del municipio de Busto Arsizio. En la actualidad, el 99,98 % del capital social de AGESP Holding pertenece al municipio de Busto Arsizio, y los demás accionistas son los municipios de Castellanza, Dairago, Fagnano Olona, Gorla Minore, Marnate y Olgiate Olona, cada uno de ellos propietario de una acción.

11 Según el artículo 2 de los estatutos de AGESP Holding, su objeto social comprende la gestión de servicios de utilidad pública en los sectores del gas, del agua, de la higiene ambiental, de los transportes, de los aparcamientos, de los baños públicos, de las farmacias, de la energía eléctrica y de la calefacción, de los servicios funerarios y de la señalización viaria.

12 El artículo 6 de dichos estatutos dispone que:

«[...] La mayoría en el capital social estará reservada [al municipio de Busto Arsizio].

[...]

Además del [municipio de Busto Arsizio], podrán ser socios de la sociedad otros entes públicos locales (provincias, municipios y asociaciones de éstos), establecimientos económicos y financieros, asociaciones territoriales y profesionales, así como ciudadanos privados que compartan los objetivos estatutarios [...]»

13 El artículo 7 de estos mismos estatutos precisa:

«Ningún socio privado podrá poseer más del 10 % del total del capital social [...]»

14 Según el artículo 18 de los estatutos de AGESP Holding, la administración de la misma corresponde al consejo de administración.

15 Según el artículo 26 de dichos estatutos:

«El consejo de administración dispondrá de las más amplias facultades para la gestión ordinaria y extraordinaria de la sociedad, pudiendo efectuar todos los actos que estime necesarios para desarrollar y realizar el objeto social, sin otra excepción que los actos que la ley o los estatutos reserven formalmente a la asamblea [...]»

16 AGESP es una sociedad anónima creada el 12 de julio del 2000 por AGESP Holding y cuyo capital social pertenece en la actualidad en un 100 % a AGESP Holding.

17 Según el artículo 3 de sus estatutos, en la versión modificada presentada ante el órgano judicial remitente, en la que se ampliaba el objeto social, AGESP tiene por objeto el ejercicio de actividades relacionadas con los servicios de utilidad pública en los sectores del gas, del agua, de la higiene ambiental, de los transportes, de los aparcamientos, de la energía eléctrica, de la calefacción, de la climatización, de la informática, de las telecomunicaciones, de la gestión del subsuelo y del alumbrado, así como la prestación de servicios diversos a las sociedades que sean socios de la misma.

18 El artículo 7 de los estatutos de AGESP dispone:

«Exceptuando a la sociedad anónima mayoritaria AGESP Holding [...], ningún accionista podrá poseer más de una décima parte del total del capital social [...]»

19 Según el artículo 17 de dichos estatutos, AGESP estará administrada por un consejo de administración.

20 A este respecto, el artículo 19 de los estatutos precisa:

«El consejo dispondrá de las más amplias facultades, sin limitación alguna, para la gestión ordinaria y extraordinaria de la sociedad.»

21 El 22 de septiembre de 2003, el municipio de Busto Arsizio convocó una licitación relativa al suministro de combustible y al mantenimiento, adecuación a la normativa y actualización tecnológica de las instalaciones de calefacción de los edificios municipales. El contrato, de un importe estimado en 8.450.000 euros más el impuesto sobre el valor añadido (IVA), comprendía el suministro de combustible (4/5 partes de gasóleo y 1/5 de metano), por un importe de 5.700.000 euros, el mantenimiento de las instalaciones de calefacción, por un importe de 1.000.000 euros, y la adecuación a la normativa y actualización de tecnológica de dichas instalaciones, por un importe de 1.750.000 euros.

22 Carbotermo presentó una oferta el 22 de noviembre de 2003. Consorzio Alisei preparó una oferta pero no la presentó dentro del plazo fijado.

23 El 21 de noviembre de 2003, el municipio de Busto Arsizio, a la vista de la sentencia del Consiglio di Stato nº 5316 mencionada en el apartado 7 *supra*, decidió suspender el procedimiento de licitación hasta el 10 de diciembre de 2003.

24 Mediante decisión de 10 de diciembre de 2003, el municipio de Busto Arsizio revocó la licitación, reservándose la facultad de adjudicar directamente el contrato a AGESP en un acto posterior.

25 Mediante decisión de 18 de diciembre de 2003, el municipio de Busto Arsizio adjudicó directamente a AGESP el contrato en cuestión. Dicha decisión estaba motivada por la consideración de que AGESP cumplía los dos requisitos establecidos por la jurisprudencia comunitaria y la nacional para la adjudicación sin licitación de contratos públicos, a saber, el de que la entidad local ejerciera sobre la entidad adjudicataria un control análogo al que ejercía sobre sus propios servicios y el de que esta última entidad realizara lo esencial de su actividad con la entidad local que la controlaba. En la exposición de motivos de dicha decisión se afirma, por una parte, que la relación de dependencia existente entre AGESP y el municipio de Busto Arsizio resulta del hecho de que este último posee el 99,98 % del capital de AGESP Holding, que a su vez posee el 100 % del capital de AGESP. Por otra parte, dicha exposición de motivos indica que la mayor parte del volumen de negocios de AGESP corresponde a actividades ejecutadas en virtud de contratos obtenidos directamente del municipio de Busto Arsizio.

26 Aplicando un procedimiento de urgencia, AGESP convocó el 23 de enero de 2004 una licitación para el suministro del gasóleo de que se trata y el contrato fue adjudicado a la empresa Pezzoli Petroli Srl el 27 de febrero de 2004. Con fechas 28 de abril, 18 de mayo, 30 de junio y 2 de septiembre de 2004, AGESP adjudicó a otras empresas diversos contratos relativos a la adaptación al metano de las instalaciones de calefacción de ciertos edificios municipales, a la actualización tecnológica de dichas instalaciones, a su adecuación a la normativa y al establecimiento de un sistema de control y de gestión a distancia de las mismas. Ni Carbotermo ni Consorzio Alisei figuraban entre las empresas adjudicatarias de dichos contratos.

27 Carbotermo y Consorzio Alisei recurrieron ante el Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia las decisiones de suspensión de la licitación y de adjudicación del contrato de que se trata a AGESP.

28 Ante dicho Tribunal, estas dos empresas alegaron que en el presente asunto no concurrían los requisitos necesarios para considerar inaplicable la Directiva 93/36. Sostenían así, por una parte, que AGESP no estaba controlada por el municipio de Busto Arsizio, ya que este último sólo participaba en el capital de AGESP a través de una sociedad holding en la que poseía el 99,98 % del capital y AGESP conservaba

toda la autonomía propia de una sociedad anónima de Derecho privado. Por otra parte afirmaban que AGESP no realizaba lo esencial de su actividad para el municipio de Busto Arsizio, ya que únicamente realizaba con dicho municipio un porcentaje de su volumen de negocios muy inferior al 80 %, porcentaje que procedía tomar en consideración aplicando por analogía el artículo 13 de la Directiva 93/38.

29 El municipio de Busto Arsizio y AGESP replicaron afirmando la procedencia de la adjudicación directa en el presente asunto, ya que el municipio de Busto Arsizio controlaba a AGESP como consecuencia de su participación en el capital de dicha empresa y AGESP realizaba lo esencial de su actividad con dicho municipio. A este respecto, AGESP precisó que más del 28 % de su volumen de negocios en el territorio del municipio de Busto Arsizio correspondía a prestaciones de servicios directas a dicho municipio y que el volumen de negocios realizado por ella en el territorio de dicho municipio representaba un 65,59 % de su volumen de negocios total.

30 En este contexto, el Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Resulta compatible con la Directiva 93/36 [...] la adjudicación directa del contrato relativo al suministro de combustible para las instalaciones de calefacción de edificios que son propiedad del municipio o sobre los que éste tiene competencia, así como a la gestión y mantenimiento de las mismas (siendo predominante el valor del suministro), a una sociedad anónima cuyo capital en la actualidad pertenece en su integridad a otra sociedad anónima, de la cual el municipio adjudicador es, a su vez, socio mayoritario (con el 99,98 %), es decir, a una sociedad (AGESP) que no está participada directamente por la entidad pública, sino por otra sociedad (AGESP Holding) cuyo capital posee actualmente la entidad pública en un 99,98 %?

2) ¿Para apreciar si se cumple el requisito de que la empresa a la que se haya adjudicado directamente el contrato de suministro realice lo esencial de su actividad con la entidad pública que la controla, procede aplicar el artículo 13 de la Directiva 93/38 [...]? ¿Puede considerarse cumplido dicho requisito en el supuesto de que la referida empresa obtenga la mayor parte de sus ingresos de la entidad pública que la controla o, alternativamente, en el territorio de dicha entidad?»

## Cuestiones prejudiciales

*Sobre la primera cuestión*

31 El Tribunal de Justicia ha declarado ya que, si un contrato público tiene por objeto, a la vez, productos, según se definen en la Directiva 93/36, y servicios, según se contemplan en la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1), se regirá por la Directiva 93/36 cuando el valor de los productos sea superior al de los servicios a que se refiere el contrato (sentencia de 18 de noviembre de 1999, Teckal, C-107/98, Rec. p. I-8121, apartado 38). Por lo tanto, un contrato como el controvertido en el litigio principal, en el que el valor de los productos supera al de los servicios objeto del mismo, está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/36, como ha señalado por lo demás el órgano jurisdiccional remitente.

32 La existencia de un contrato de los contemplados en el artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36 presupone la existencia de un convenio entre dos personas distintas (sentencia Teckal, antes citada, apartado 49).

33 Conforme al artículo 1, letra a), de dicha Directiva, basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una

persona jurídicamente distinta de éste. Sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan (sentencia Teckal, antes citada, apartado 50).

34 De la resolución de remisión y los documentos que obran en autos se desprende que, en la situación actual, el poder adjudicador posee un 99,98 % del capital de AGESP Holding, mientras que el 0,02 % restante pertenece a otros entes territoriales. Según los estatutos de AGESP Holding, en el capital de dicha sociedad pueden entrar también accionistas privados, pero con dos restricciones: por una parte, la mayoría en el capital social está reservada al municipio de Busto Arsizio; por otra parte, ningún accionista privado puede poseer más de una décima parte del capital de la sociedad.

35 Por su parte, en la situación actual, AGESP Holding posee el 100 % del capital de AGESP. Según los estatutos de esta última sociedad, los accionistas privados pueden entrar en su capital, sin otra restricción que la de que, exceptuando a AGESP Holding, ningún accionista puede poseer más de una décima parte del capital.

36 Para apreciar si el poder adjudicador ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, es preciso tener en cuenta el conjunto de disposiciones legales y circunstancias pertinentes. Del referido examen ha de resultar que la sociedad adjudicataria está sometida a un control que permite que el poder adjudicador influya en sus decisiones. Debe tratarse de una influencia potencialmente determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad (véase la sentencia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. 2005, p. I-8612, apartado 65).

37 El hecho de que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, sin ser un indicio decisivo, que dicho poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, según los términos del apartado 50 de la sentencia Teckal, antes citada.

38 De los autos del presente asunto se desprende que los estatutos de AGESP Holding y de AGESP confieren al consejo de administración de cada una de ellas las más amplias facultades para la gestión ordinaria y extraordinaria de la sociedad. Dichos estatutos no reservan al municipio de Busto Arsizio ninguna facultad de control ni le atribuyen ningún derecho de voto especial para restringir la libertad de acción reconocida a ambos consejos de administración. En esencia, el control que el municipio de Busto Arsizio ejerce sobre estas dos sociedades no va más allá de la capacidad de acción que el Derecho de sociedades reconoce a la mayoría de los socios, lo que limita considerablemente su capacidad para influir en las decisiones de ambas.

39 Además, la eventual influencia del municipio de Busto Arsizio en las decisiones de AGESP se ejerce a través de una sociedad holding. Según las circunstancias del caso, la intervención de un intermediario de este tipo puede debilitar el eventual control ejercido por el poder adjudicador sobre una sociedad anónima por el mero hecho de participar en su capital.

40 De ello se deduce que en tales circunstancias, siempre y cuando sean verificadas por el juez de fondo que conoce del litigio principal, el poder adjudicador no ejerce sobre la sociedad adjudicataria del contrato público controvertido un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

41 El artículo 6 de la Directiva 93/36 obliga a los poderes adjudicadores a aplicar el procedimiento abierto o el procedimiento restringido al adjudicar contratos

públicos, a menos que el contrato encaje en alguno de los supuestos excepcionales enumerados con carácter exhaustivo en los apartados 2 y 3 de dicho artículo. De la resolución de remisión no se desprende que el contrato controvertido en el litigio principal encaje en alguno de estos supuestos.

42 De ello se deduce que la Directiva 93/36 prohíbe la adjudicación directa de un contrato público en circunstancias tales como las del asunto controvertido en el litigio principal.

43 En contra de esta conclusión, el Gobierno italiano alega que el hecho de que AGESP esté obligada a recurrir a una licitación pública para adquirir el gasóleo de que se trata demuestra que procede considerar que el municipio de Busto Arsizio, AGESP Holding y AGESP constituyen, conjuntamente, un único «organismo de Derecho público» a efectos del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/36, obligado a adjudicar los contratos públicos de suministro con arreglo a la normativa comunitaria y nacional que regula esta materia.

44 No cabe aceptar esta alegación. Por una parte, a efectos de dicha disposición, el municipio de Busto Arsizio debe considerarse incluido en el concepto de «ente público territorial» y no en el de «organismo de Derecho público». Por otra parte, el municipio de Busto Arsizio, AGESP Holding y AGESP tienen, cada uno, una personalidad jurídica distinta.

45 Por otra parte, como el Tribunal de Justicia recordó en el apartado 43 de la sentencia Teckal, antes citada, las únicas excepciones permitidas a la aplicación de la Directiva 93/36 son las mencionadas taxativa y expresamente en ella.

46 Pues bien, la Directiva 93/36 no contiene una disposición comparable al artículo 6 de la Directiva 92/50, que excluye de su ámbito de aplicación los contratos públicos adjudicados, en determinadas condiciones, a entidades adjudicadoras (sentencia Teckal, antes citada, apartado 44).

47 Por consiguiente, procede responder a la primera cuestión que la Directiva 93/36 prohíbe la adjudicación directa de un contrato de suministro y de servicios, en el que el valor de los suministros es preponderante, a una sociedad anónima cuyo consejo de administración dispone de amplias facultades de gestión que puede ejercitar autónomamente y cuyo capital, en la situación actual, pertenece en su totalidad a otra sociedad anónima cuyo accionista mayoritario es, a su vez, el poder adjudicador.

*Sobre la segunda cuestión*

48 La segunda cuestión consta de dos partes.

49 Por un lado, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si procede aplicar el artículo 13 de la Directiva 93/38 a fin de apreciar el cumplimiento del requisito conforme al cual la empresa a la que se haya adjudicado directamente un contrato de suministro debe realizar lo esencial de su actividad con el ente territorial que la controla. Por otro lado, dicho Tribunal pregunta si este requisito puede considerarse satisfecho cuando dicha empresa realiza lo esencial de su volumen de negocios con el ente territorial que la controla o cuando realiza lo esencial de su volumen de negocios en el territorio de dicho ente.

Primera parte de la segunda cuestión

50 De la resolución de remisión se desprende que al contrato controvertido en el litigio principal se le aplica la Directiva 93/36.

51 Por lo tanto, se trata de determinar si la excepción establecida en el artículo 13 de la Directiva 93/38 debe aplicarse por analogía en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/36.

52 La excepción establecida en dicho artículo 13 concierne únicamente a los contratos de servicios, y no a los contratos de suministro.

53 El artículo 13 de la Directiva 93/38 se refiere a entidades que actúan de distinto modo que los poderes adjudicadores contemplados en la Directiva 93/36, y en particular a empresas conjuntas y a empresas que presenten cuentas anuales consolidadas.

54 Además, dicho artículo contiene un mecanismo de notificación a la Comisión que no podría aplicarse en el ámbito de la Directiva 93/36, a falta de base jurídica.

55 Como las excepciones deben ser objeto de interpretación estricta, de ello se deduce que no procede ampliar el ámbito de aplicación del artículo 13 de la Directiva 93/38 de modo que se aplique igualmente en el ámbito de la Directiva 93/36.

56 Confirma esta conclusión el hecho de que, en la refundición de las Directivas sobre contratos públicos llevada a cabo en 2004, el legislador comunitario, aunque mantuvo dicha excepción en el artículo 23 de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DO L 134, p. 1), optó por no incluir una excepción análoga en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134, p. 114), que ha sustituido a la Directiva 93/36.

57 Habida cuenta de las consideraciones expuestas, es preciso responder a la primera parte de la segunda cuestión que, para apreciar el cumplimiento del requisito de inaplicabilidad de la Directiva 93/36 conforme al cual la empresa a la que se haya adjudicado directamente un contrato de suministro debe realizar lo esencial de su actividad con el ente territorial que la controla, no procede aplicar el artículo 13 de la Directiva 93/38.

Segunda parte de la segunda cuestión

58 Procede recordar que el objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos es la libre circulación de las mercancías y los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, apartado 44).

59 Los requisitos establecidos por la sentencia Teckal, antes citada, para considerar la Directiva 93/36 inaplicable a los contratos celebrados entre un ente territorial y una persona jurídicamente distinta de éste, conforme a los cuales es preciso que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan, tienen por objeto principal evitar que se falsee el juego de la competencia.

60 El requisito de que la persona de que se trate realice lo esencial de su actividad con el ente o los entes territoriales que la controlan tiene por objeto, en particular, garantizar que la Directiva 93/36 siga siendo aplicable en el caso de que una empresa controlada por uno o varios de estos entes opere en el mercado y pueda competir, por tanto, con otras empresas.

61 En efecto, una empresa no carece necesariamente de libertad de acción por el mero hecho de que el ente territorial al que pertenece controle las decisiones que la conciernen, si aún puede desarrollar una parte importante de su actividad económica con otros operadores económicos.

62 Pero además es necesario que las prestaciones de dicha empresa estén destinadas únicamente, en lo esencial, a dicho ente territorial. Dentro de estos límites, resulta justificado que las restricciones de la Directiva 93/36 no se apliquen a dicha empresa, puesto que fueron adoptadas con objeto de defender una competencia que, en este supuesto, ya no tiene razón de ser.

63 Aplicando estos principios, sólo cabe considerar que la empresa de que se trata realiza lo esencial de su actividad con el ente territorial que la controla, según los términos de la sentencia Teckal, antes citada, cuando la actividad de dicha empresa está destinada principalmente a dicho ente territorial, de modo que el resto de su actividad tiene un carácter meramente marginal.

64 Para apreciar si concurre este supuesto, el juez competente debe tomar en consideración todas las circunstancias del caso, tanto cualitativas como cuantitativas.

65 En cuanto al problema de si, en este contexto, procede tomar en consideración únicamente el volumen de negocios realizado con el ente territorial que controla a la empresa o el realizado en el territorio de dicho ente, procede afirmar que el volumen de negocios determinante es el que la empresa en cuestión realice en virtud de decisiones de adjudicación adoptadas por el ente territorial que la controla, incluido el realizado con los usuarios en ejecución de tales decisiones.

66 En efecto, las actividades de la empresa adjudicataria que procede tomar en consideración son todas las que dicha empresa realiza en el marco de una adjudicación efectuada por el poder adjudicador, y ello con independencia de la identidad del beneficiario, ya sea el propio poder adjudicador, ya el usuario de los servicios.

67 Carece de importancia la cuestión de quién remunera a la mencionada empresa, ya sea el ente territorial que la controla, ya los terceros usuarios de los servicios prestados en virtud de concesiones o de otras relaciones jurídicas establecidas por dicho ente territorial. También resulta irrelevante la cuestión de en qué territorio se prestan dichos servicios.

68 Como en el asunto controvertido en el litigio principal el capital de la empresa adjudicataria pertenece indirectamente a varios entes territoriales, puede resultar conveniente analizar la cuestión de si la actividad que debe tomarse en consideración es la que la empresa adjudicataria realiza con todos los entes territoriales que la controlan o únicamente la actividad realizada con el ente territorial que actúe en cada caso como poder adjudicador.

69 A este respecto procede recordar que el Tribunal de Justicia ha precisado que la persona jurídicamente distinta de que se trate debe realizar lo esencial de su actividad «con el ente o los entes que la controlan» (sentencia Teckal, antes citada, apartado 50), contemplando así la posibilidad de que la excepción prevista se aplique, no sólo cuando dicha persona jurídica esté controlada por un solo ente territorial, sino también cuando esté controlada por varios.

70 Cuando son varios los entes territoriales que controlan una empresa, el requisito relativo a lo esencial de la actividad de ésta puede considerase satisfecho si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad, no necesariamente con uno u otro de estos entes territoriales, sino con dichos entes territoriales considerados en conjunto.

71 Por consiguiente, la actividad que procede tomar en consideración en el caso de una empresa controlada por varios entes territoriales es la que dicha empresa realiza con este conjunto de entes territoriales.

72 Se deduce de las consideraciones anteriores que es preciso responder a la segunda parte de la segunda cuestión que, para apreciar si una empresa realiza lo esencial de su actividad con el ente territorial que la controla, a efectos de pronunciarse sobre la aplicabilidad de la Directiva 93/36, procede tomar en consideración todas las actividades que dicha empresa realiza en virtud de una adjudicación llevada a cabo por el poder adjudicador, y ello con independencia de la cuestión de quién remunera dicha actividad, ya sea el propio poder adjudicador, ya el usuario de los servicios prestados, siendo irrelevante igualmente el territorio en el que se ejerce dicha actividad.

## Costas

73 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

1) **La Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, prohíbe la adjudicación directa de un contrato de suministro y de servicios, en el que el valor de los suministros es**

**preponderante, a una sociedad anónima cuyo consejo de administración dispone de amplias facultades de gestión que puede ejercitar autónomamente y cuyo capital, en la situación actual, pertenece en su totalidad a otra sociedad anónima cuyo accionista mayoritario es, a su vez, el poder adjudicador.**

2) **Para apreciar el cumplimiento del requisito de inaplicabilidad de la Directiva 93/36 conforme al cual la empresa a la que se haya adjudicado directamente un contrato de suministro debe realizar lo esencial de su actividad con el ente territorial que la controla, no procede aplicar el artículo 13 de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.**

3) **Para apreciar si una empresa realiza lo esencial de su actividad con el ente territorial que la controla, a efectos de pronunciarse sobre la aplicabilidad de la Directiva 93/36, procede tomar en consideración todas las actividades que dicha empresa realiza en virtud de una adjudicación llevada a cabo por el poder adjudicador, y ello con independencia de la cuestión de quién remunera dicha actividad, ya sea el propio poder adjudicador, ya el usuario de los servicios prestados, siendo irrelevante igualmente el territorio en el que se ejerce dicha actividad.**

Firmas