SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta)

de 10 de abril de 2008 *

En el asunto C-393/06,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Vergabekontrollsenat des Landes Wien (Austria), mediante resolución de 17 de agosto de 2006, recibida en el Tribunal de Justicia el 22 de septiembre de 2006, en el procedimiento entre

Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH

y

Fernwärme Wien GmbH,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta),

integrado por el Sr. K. Lenaerts, Presidente de Sala, y los Sres. G. Arestis, E. Juhász (Ponente), J. Malenovský y T. von Danwitz, Jueces;

* Lengua de procedimiento: alemán.

Abogado General: Sr. D. Ruiz-Jarabo Colomer;
Secretario: Sr. B. Fülöp, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 11 de octubre de 2007;

consideradas las observaciones presentadas:

— en nombre de Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH, por los Sres. S. Sieghartsleitner y M. Pichlmair, Rechtsanwälte;

— en nombre de Fernwärme Wien GmbH, por el Sr. P. Madl, Rechtsanwalt;

— en nombre del Gobierno húngaro, por la Sra. J. Fazekas, en calidad de agente;

— en nombre del Gobierno austriaco, por los Sres. M. Fruhmann y C. Mayr, en calidad de agentes;

— en nombre del Gobierno húngaro, por la Sra. J. Fazekas, en calidad de agente;

— en nombre del Gobierno finlandés, por la Sra. A. Guimaraes-Purokoski, en calidad de agente;

— en nombre del Gobierno sueco, por la Sra. A. Falk, en calidad de agente;

— en nombre del la Comisión de las Comunidades Europeas, por el Sr. X. Lewis, en calidad de agente, asistido por el Sr. M. Núñez-Müller, Rechtsanwalt;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 22 de noviembre de 2007;

dicta la siguiente

Sentencia

1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de las disposiciones pertinentes de las Directivas 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), y 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).

2 Dicha petición se planteó en el marco de un litigio entre Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH (en lo sucesivo, «Ing. Aigner») y Fernwärme Wien GmbH (en lo sucesivo, «Fernwärme Wien») respecto de la legalidad de un procedimiento de licitación convocado por esta última.

Marco jurídico

Normativa comunitaria

3 La Directiva 2004/17 establece la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en sectores específicos, a saber, los del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. Sustituyó, derogándola, a 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), que tenía el mismo objeto.

4 La especificidad de los sectores cubiertos por la Directiva 2004/17 se destaca en su tercer considerando, que afirma que es necesaria una coordinación en estos sectores por razón del carácter cerrado de los mercados en que actúan las entidades adjudicadoras de que se trata, debido a la concesión por los Estados miembros de derechos especiales o exclusivos para el suministro, la puesta a disposición o la explotación de redes para la prestación del servicio de que se trate.

5 Los artículos 2, apartado 1, letra a), párrafo segundo, de la Directiva 2004/17 y 1, apartado 9, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18, disponen que se entiende por «poderes adjudicadores», entre otros, los «organismos de Derecho público», es decir:

«[…] cualquier organismo:

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

— dotado de personalidad jurídica propia; y

cuya actividad esté financiada mayoritariamente por el Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público, o cuya gestión esté sujeta a un control por parte de estos últimos, o que cuenten con un órgano de administración, de dirección o de vigilancia más de la mitad de cuyos miembros sean nombrados por el Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público».

6 Según el artículo 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/17:

«A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

[…]

b) "empresas públicas": aquellas empresas sobre las cuales los poderes adjudicadores puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante por el hecho de tener la propiedad o una participación financiera en las mismas, o en virtud de las normas que las rigen.»

7 El artículo 2, apartado 2, de la citada Directiva dispone:

«La presente Directiva se aplicará a las entidades adjudicadoras que:

a) sean poderes adjudicadores o empresas públicas y realicen alguna de las actividades contempladas en los artículos 3 a 7;

b) sin ser poderes adjudicadores ni empresas públicas, ejerzan, entre sus actividades, alguna de las contempladas en los artículos 3 a 7 o varias de estas actividades y tengan derechos especiales o exclusivos concedidos por una autoridad competente de un Estado miembro.»

8 Los sectores de actividad a los que se aplica la Directiva 2004/17 se enumeran en los artículos 3 a 7. Dichos sectores son el gas, la calefacción y la electricidad (artículo 3), el agua (artículo 4), los servicios de transporte (artículo 5), los servicios postales (artículo 6) y la prospección y extracción de petróleo, gas, carbón y otros combustibles sólidos, así como los puertos y aeropuertos (artículo 7).

9 El artículo 3, apartado 1, de la mencionada Directiva prevé:

«En lo relativo al gas y a la calefacción, la presente Directiva se aplicará a las actividades siguientes:

a) la puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, transporte o distribución de gas o calefacción, o

b) el suministro de gas o calefacción a dichas redes.»

10 El artículo 9 de la misma Directiva es del tenor siguiente:

«1. Un contrato destinado a la realización de varias actividades seguirá las normas aplicables a la actividad a la que esté destinado principalmente.

No obstante, la opción entre adjudicar un solo contrato o varios contratos por separado no podrá ejercerse con el objetivo de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva o, si procede, de la Directiva 2004/18/CE.

2. Si una de las actividades a que se destine el contrato está sometida a la presente Directiva y la otra a la Directiva 2004/18/CE y si resulta imposible objetivamente establecer a qué actividad se destina principalmente el contrato, éste se adjudicará con arreglo a la mencionada Directiva 2004/18/CE.

[…]»

11 El artículo 20, apartado 1, de esta misma Directiva, titulado «Contratos adjudicados para fines distintos del desarrollo de las actividades contempladas o para el desarrollo de dichas actividades en terceros países », establece:

«La presente Directiva no se aplicará a los contratos que las entidades adjudicadoras celebren para fines distintos del desarrollo de sus actividades mencionadas en los artículos 3 a 7, o para el desarrollo de dichas actividades en un tercer país, en circunstancias que no supongan la explotación física de una red o de una zona geográfica dentro de la Comunidad.»

12 Por último, el artículo 30 de la Directiva 2004/17, que lleva por título «Procedimiento para establecer si una determinada actividad está sometida directamente a la competencia », dispone:

«1. La presente Directiva no se aplicará a los contratos destinados a hacer posible la prestación de una actividad contemplada en los artículos 3 a 7, siempre que en el Estado miembro en que se efectúe dicha actividad ésta esté sometida directamente a la competencia en mercados cuyo acceso no esté limitado.

2. A efectos del apartado 1, para determinar si una actividad está sometida directamente a la competencia, se utilizarán criterios que sean conformes a las disposiciones del Tratado en materia de competencia, como las características de los bienes o servicios de que se trate, la existencia de bienes o servicios alternativos, los precios y la presencia real o potencial de más de un proveedor de los bienes o servicios de que se trate.

[…]»

13 En el título II, capítulo II, sección 3, de la Directiva 2004/18, se enumeran los contratos no comprendidos en su ámbito de aplicación. Entre ellos figuran los contratos adjudicados en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. El artículo 12, que se refiere a los mencionados contratos, dispone:

«La presente Directiva no se aplicará a los contratos públicos incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/17/CE, adjudicados por poderes adjudicadores que ejerzan una o varias de las actividades contempladas en los artículos 3 a 7 de dicha Directiva y que se adjudiquen para desarrollar estas actividades, […]

[…].»

14 La adaptación del Derecho austriaco a la normativa comunitaria se llevó a cabo a través de Ley federal de adjudicación de contratos públicos (Bundesvergabegesetz) de 2006.

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

15 Fernwärme Wien fue creada, mediante acto constitutivo de 22 de enero de 1969, para garantizar la calefacción urbana de viviendas, organismos públicos, oficinas y empresas en el término municipal de la ciudad de Viena. Para ello utiliza la energía obtenida de la evacuación de residuos en vez de utilizar la derivada de fuentes no renovables.

16 Fernwärme Wien, que tiene personalidad jurídica, pertenece por completo a la ciudad de Viena, que nombra y revoca a los administradores y a los miembros del consejo de vigilancia de la empresa y aprueba su gestión. Además, el municipio también puede controlar la gestión económica y financiera de la mencionada empresa a través del Kontrollamt der Stadt Wien (Oficina de control de la ciudad de Viena).

17 Paralelamente a su actividad de calefacción urbana, Fernwärme Wien se ocupa de la planificación general de instalaciones de refrigeración para proyectos inmobiliarios de cierta envergadura. En el marco de esta actividad tiene que hacer frente a la competencia de otras empresas.

18 Fernwärme Wien publicó un anuncio de licitación el 1 de marzo de 2006 para la construcción de instalaciones de refrigeración en un complejo de locales comerciales proyectado en Viena, señalando que la legislación austriaca en materia de contratos públicos no era aplicable al contrato en cuestión. Ing. Aigner participó en ese procedimiento presentando una oferta. Tras ser informada, el 18 de mayo de 2006, de que, habida cuenta de la presencia de referencias negativas, su oferta no iba a ser examinada, impugnó esa decisión ante el órgano jurisdiccional remitente, alegando que deberían aplicarse las normas comunitarias en materia de contratos públicos.

19 El órgano jurisdiccional remitente observa que la explotación de una red fija de calefacción urbana por parte de Fernwärme Wien está incontestablemente comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/17. Por el contrario, la planificación de instalaciones de refrigeración no lo está. En consecuencia, dicho órgano jurisdiccional se pregunta si esta última actividad también está incluida en las disposiciones de la mencionada Directiva, aplicando, *mutatis mutandis,* los principios establecidos en la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros (C-44/96, Rec. p. I-73, en particular, apartados 25 y 26), enfoque que la doctrina denomina comúnmente «teoría del contagio». Conforme a la interpretación que el órgano jurisdiccional remitente hace de esa sentencia, cuando una de las actividades de un organismo está comprendida en el ámbito de aplicación de las Directivas en materia de contratos públicos, también lo están todas las demás actividades desarrolladas por ese organismo, con independencia de su eventual carácter industrial o mercantil.

20 En caso de que la sentencia Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada, sólo se refiera a los poderes adjudicadores y, más concretamente, al concepto de «organismo de Derecho público» —en el sentido de que, cuando un organismo satisface necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, debe considerarse que es un «organismo de Derecho público», en el sentido de las normas comunitarias, independientemente de que ejerza paralelamente otras actividades que no tengan dicho carácter— el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si Fernwärme Wien es un organismo de Derecho público, es decir, un poder adjudicador, en el sentido de las Directivas 2004/17 o 2004/18.

21 Por último, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si, cuando un organismo desarrolla actividades que no tengan carácter industrial o mercantil y, paralelamente, actividades sujetas a competencia, estas últimas pueden diferenciarse y no ser incluidas en el ámbito de aplicación de las normas comunitarias en materia de contratos públicos, si puede trazarse una separación entre estos dos tipos de actividades y, por tanto, determinar que no hay interferencias económicas entre ellas. El órgano jurisdiccional remitente cita a este respecto el punto 68 de las conclusiones del Abogado General Jacobs, de 21 de abril de 2005, en el asunto en el que, tras la retirada de la petición de decisión prejudicial, se dictó el auto de archivo de 23 de

marzo de 2006, Impresa Portuale di Cagliari (C-174/03), donde se propone hacer una salvedad en este sentido al enfoque de la sentencia Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada.

22 Habida cuenta de estas consideraciones, el Vergabekontrollsenat des Landes Wien decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Cabe interpretar la Directiva 2004/17/CE […] en el sentido de que una entidad adjudicadora que desarrolla una actividad perteneciente a alguno de los sectores contemplados en el artículo 3 de esta Directiva, también está comprendida en el ámbito de aplicación de esta Directiva en relación con una actividad distinta, que ejerce paralelamente en condiciones de competencia?

2) En el supuesto de que únicamente fuera así para los poderes adjudicadores, ¿debe considerarse que una empresa como [Fernwärme Wien] es un organismo de Derecho público en el sentido de la Directiva 2004/17 o de la Directiva 2004/18 […] si suministra calefacción urbana en determinado territorio, sin competencia efectiva, o se debe tomar como referencia el mercado de la calefacción doméstica, que también comprende fuentes de energía como el gas, el gasóleo, el carbón, etc.?

3) Una actividad realizada en libre competencia por una sociedad que no ejerce su actividad con carácter industrial o mercantil, ¿ha de incluirse en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/17 o de la Directiva 2004/18 si, gracias a medidas eficaces, como la separación de los balances y de las contabilidades, puede excluirse la financiación cruzada de las actividades ejercidas en libre competencia?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre la primera cuestión

23 Mediante esta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si una entidad adjudicadora en el sentido de la Directiva 2004/17, que desarrolla actividades pertenecientes a alguno de los sectores contemplados en los artículos 3 a 7 de dicha Directiva, está obligada a aplicar el procedimiento establecido en ésta para la adjudicación de contratos relacionados con actividades que la citada entidad ejerce paralelamente en condiciones de competencia, en sectores no cubiertos por las mencionadas disposiciones.

24 Para responder a esta cuestión ha de destacarse que las Directivas 2004/17 y 2004/18 presentan diferencias notables en lo que respecta tanto a las entidades sujetas a las normas que establecen respectivamente ambas Directivas como a la naturaleza y ámbito de aplicación de éstas.

25 En lo que atañe, en primer lugar, a las entidades a las que son aplicables las respectivas normas de las mencionadas Directivas, debe indicarse que, a diferencia de la Directiva 2004/18 que, según su artículo 1, apartado 9, párrafo primero, se aplica a los «poderes adjudicadores», las entidades a las que se refiere la Directiva 2004/17 aparecen denominadas en su artículo 2 como «entidades adjudicadoras». De este mismo artículo 2, apartado 2, letras a) y b), se desprende que esta Directiva no sólo se aplica a las entidades adjudicadoras que son «poderes adjudicadores», sino también a las que son «empresas públicas» o empresas que tengan «derechos especiales o exclusivos concedidos por una autoridad competente de un Estado miembro», en la medida en que todas estas entidades ejerzan alguna de las actividades contempladas en los artículos 3 a 7 de dicha Directiva.

26 En segundo lugar, de los artículos 2 a 7 de la Directiva 2004/17 se desprende que la coordinación efectuada por dicha Directiva no abarca todos los ámbitos de la actividad económica, sino que concierne a sectores definidos específicamente, algo que denota, además, el hecho de que esa Directiva se denomine comúnmente «Directiva sectorial». Por el contrario, el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18 engloba casi todos los sectores de la vida económica, lo que justifica su denominación común de «Directiva general».

27 En estas circunstancias, ha de señalarse que el alcance general de la Directiva 2004/18 y el alcance restringido de la Directiva 2004/17 exigen que las disposiciones de esta última se interpreten restrictivamente.

28 Asimismo, las fronteras entre los ámbitos de aplicación de ambas Directivas están trazadas por disposiciones explícitas. El artículo 20, apartado 1, de la Directiva 2004/17 establece que ésta no se aplica a los contratos que las entidades adjudicadoras celebren para fines distintos del desarrollo de sus actividades ejercidas en los sectores contemplados en sus artículos 3 a 7. El artículo 12, párrafo primero, de la Directiva 2004/18 contiene una disposición análoga a ésta, que establece que dicha Directiva no se aplica a los contratos públicos adjudicados por poderes adjudicadores que ejerzan una o varias de las actividades contempladas en los artículos 3 a 7 de la Directiva 2004/17 y se adjudiquen para desarrollar dichas actividades.

29 El ámbito de aplicación de la Directiva 2004/17 está estrictamente circunscrito, de modo que los procedimientos que establece no pueden extenderse más allá de ese ámbito de aplicación.

30 Por consiguiente, las mencionadas disposiciones no permiten que se aplique en el marco de la Directiva 2004/17 el enfoque denominado «teoría del contagio»,

desarrollado como consecuencia de la sentencia Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada. Esa sentencia fue dictada por el Tribunal de Justicia en el marco de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54), es decir, en una materia que actualmente está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18.

31 Por consiguiente, como observan acertadamente los Gobiernos austriaco, húngaro y finlandés y la Comisión de las Comunidades Europeas, sólo están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/17 los contratos que una entidad —que tenga la consideración de «entidad adjudicadora» en el sentido de esta Directiva— celebre en relación con el ejercicio de actividades en los sectores enumerados en los artículos 3 a 7 de dicha Directiva y para dicho ejercicio.

32 Por otra parte, ésa es la conclusión que se desprende asimismo de la sentencia de 16 de junio de 2005, Strabag y Kostmann (C-462/03 y C-463/03, Rec. p. I-5397, apartado 37). En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que si un contrato no se enmarca en el ejercicio de una de las actividades contempladas en la Directiva sectorial, se regirá por las normas contenidas en las Directivas reguladoras, según los casos, de la adjudicación de los contratos de servicios, de obras o de suministros.

33 Habida cuenta de las consideraciones que preceden, ha de responderse a la primera cuestión planteada que una entidad adjudicadora, en el sentido de la Directiva 2004/17, únicamente está obligada a aplicar el procedimiento previsto en esta Directiva para la adjudicación de contratos relacionados con actividades que dicha entidad ejerce en uno o varios de los sectores contemplados en los artículos 3 a 7 de la mencionada Directiva.

Sobre la segunda cuestión

34 Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si debe considerarse que una entidad como Fernwärme Wien es un organismo de Derecho público en el sentido de la Directiva 2004/17 o de la Directiva 2004/18.

35 Recuérdese, a este respecto, que, como se desprende del apartado 5 de la presente sentencia, las disposiciones de los artículos 2, apartado 1, letra a), párrafo segundo, de la Directiva 2004/17, y 1, apartado 9, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18, contienen una definición idéntica del concepto de «organismo de Derecho público».

36 De estas disposiciones se deriva que se entiende por «organismo de Derecho público» cualquier organismo que, en primer lugar, haya sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; en segundo lugar, esté dotado de personalidad jurídica propia y, en tercer lugar, cuya actividad esté financiada mayoritariamente por el Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público, o cuya gestión esté sujeta a un control por parte de estos últimos, o que cuenten con un órgano de administración, de dirección o de vigilancia, de cuyos miembros más de la mitad sean nombrados por el Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, estos tres requisitos tienen carácter acumulativo (sentencia de 1 de febrero de 2001, Comisión/Francia, C-237/99, Rec. p. I-939, apartado 40 y la jurisprudencia citada).

37 Además, habida cuenta del objetivo de las Directivas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos de excluir, en particular, la posibilidad de que un organismo financiado o controlado por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público se guíe por consideraciones que no tengan carácter económico, el concepto de «organismo de Derecho público» debe recibir una interpretación funcional (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de diciembre de 2007, Bayerischer Rundfunk y otros, C-337/06, Rec. p. I-0000, apartados 36 y 37 y la jurisprudencia citada).

38 Es evidente que en el presente asunto se cumplen los dos últimos requisitos establecidos por la normativa expuesta en el apartado 36 de la presente sentencia, dado que Fernwärme Wien está dotada de personalidad jurídica y que la ciudad de Viena posee la totalidad del capital de esta entidad y controla su gestión económica y financiera. Por consiguiente, queda por examinar si dicha entidad fue creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

39 En lo que atañe, en primer lugar, al objetivo de la creación de la entidad en cuestión y a la naturaleza de las necesidades que satisface, debe señalarse que, como se desprende de los autos remitidos al Tribunal de Justicia, Fernwärme Wien fue creada con el fin específico de garantizar la calefacción de viviendas, edificios públicos, empresas y oficinas en el término municipal de la ciudad de Viena empleando la energía obtenida de la combustión de residuos. En la vista celebrada ante el Tribunal de Justicia se destacó que, actualmente, ese sistema de calefacción abastece alrededor de 250.000 viviendas, numerosas oficinas e instalaciones industriales, así como prácticamente todos los edificios públicos. Suministrar la calefacción de una aglomeración urbana a través de un procedimiento que respete el medio ambiente es innegablemente un objetivo de interés general. Por lo tanto, no puede negarse que Fernwärme Wien fuera creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general.

40 A tal efecto es indiferente que esas necesidades también sean cubiertas o podrían serlo por empresas privadas. Lo esencial es que se trate de necesidades que, por razones de interés general, el Estado o una entidad territorial deciden satisfacerlas por sí mismos o respecto de las cuales quieren conservar una influencia determinante (véanse, en este sentido, las sentencias de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding, C-360/96, Rec. p. I-6821, apartados 44, 47, 51 y 53, y de 10 de mayo de 2001, Agorà y Excelsior, C-223/99 y C-260/99, Rec. p. I-3605, apartados 37, 38 y 41).

41 En segundo lugar, para determinar si las necesidades que satisface la entidad de que se trata en el litigio principal no tienen carácter industrial o mercantil, hay que tener en cuenta la totalidad de los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se trate y las condiciones en que ejerce su actividad. A este respecto, es preciso comprobar, en particular, si el organismo de que se trata ejerce sus actividades en situación de competencia (véase la sentencia de 22 de mayo de 2003, Korhonen y otros, C-18/01, Rec. p. I-5321, apartados 48 y 49, y la jurisprudencia citada).

42 Como se ha expuesto en el apartado 39 de la presente sentencia, Fernwärme Wien fue creada con el objetivo específico de garantizar el suministro de calefacción en el

término municipal de la ciudad de Viena. Ha quedado acreditado que el ánimo de lucro no presidió la creación de la mencionada entidad. Si bien no se descarta que esa actividad pueda generar beneficios distribuidos en forma de dividendos a los accionistas de dicha entidad, la obtención de esos beneficios no es su objetivo principal (véase, en este sentido, la sentencia Korhonen y otros, antes citada, apartado 54).

43 Seguidamente, en lo que respecta al contexto económico pertinente o, en otros términos, al contrato de referencia que hay que tener en cuenta para comprobar si la entidad de que se trata ejerce o no sus actividades en situación de competencia, como propone el Abogado General en los puntos 53 y 54 de sus conclusiones, a la luz de la interpretación funcional del concepto de «organismo de Derecho público», debe tomarse en consideración el sector para el que se creó Fernwärme Wien, es decir, el de suministro de calefacción urbana por tuberías mediante la utilización de la energía obtenida de la combustión de residuos.

44 De la resolución de remisión se desprende que Fernwärme Wien goza de hecho en ese sector de una situación cuasi-monopolística, en la medida en que las otras dos sociedades que desarrollan su actividad en el mismo ámbito tienen un tamaño insignificante, y, por lo tanto, no son auténticos competidores. Además, ese sector tiene una autonomía considerable, en la medida en que sería muy difícil reemplazar el sistema de calefacción urbana por otras energías, ya que ello exigiría importantes obras de transformación. Por último, la ciudad de Viena concede especial relevancia a este sistema de calefacción, también por razones medioambientales. Asimismo, habida cuenta de la presión de la opinión pública, no permitiría su supresión, aunque el sistema tuviera que funcionar con pérdidas.

45 A la luz de esas indicaciones de diversa índole proporcionadas por el órgano jurisdiccional remitente y como señala el Abogado General en el punto 57 de sus conclusiones, en la actualidad Fernwärme Wien se ha revelado como la única empresa capaz de atender tal necesidad de interés general en el sector considerado, pudiendo comportarse con criterios ajenos a los estrictamente económicos al adjudicar sus contratos.

46 En las sentencias BFI Holding (apartado 49) y Agorà y Excelsior (apartado 38), antes citadas, el Tribunal de Justicia destacó que la existencia de una competencia desarrollada puede ser un indicio de que no se trata de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil. En las circunstancias del litigio principal, de la petición de decisión prejudicial se desprende claramente que está lejos de cumplirse el criterio de la existencia de una competencia desarrollada.

47 Procede añadir que a este respecto es indiferente que, además de su misión de interés general, dicha entidad también lleve a cabo otras actividades con fines lucrativos, mientras siga atendiendo necesidades de interés general que está específicamente obligada a satisfacer. La importancia relativa que tengan las actividades ejercidas con fines lucrativos en el marco de las actividades globales de dicha entidad tampoco resulta pertinente a efectos de su calificación como organismo de Derecho público (véanse, en este sentido, las sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada, apartado 25; de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley, C-373/00, Rec. p. I-1931, apartado 56, así como Korhonen y otros, antes citada, apartados 57 y 58).

48 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión que debe considerarse que una entidad como Fernwärme Wien es un organismo de Derecho público en el sentido de los artículos 2, apartado 1, letra a), párrafo segundo, de la Directiva 2004/17 y 1, apartado 9, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18.

Sobre la tercera cuestión

49 Mediante su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si todos los contratos celebrados por una entidad que tenga la condición de organismo de

Derecho público, en el sentido de la Directiva 2004/17 o de la Directiva 2004/18, deben someterse a las normas de una u otra de estas Directivas, mientras que, empleando medidas eficaces, pueden separarse claramente las actividades que ese organismo desarrolla para llevar a cabo su misión de satisfacer necesidades de interés general y las actividades que desempeña en condiciones de competencia, separación que excluye la financiación cruzada entre ambos tipos de actividades.

50 Recuérdese a este respecto que la problemática que subyace en esta cuestión fue examinada por primera vez por el Tribunal de Justicia en el asunto que dio lugar a la sentencia Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada, que tenía por objeto la interpretación de la Directiva 93/37 sobre los contratos públicos de obras. En el apartado 35 de la citada sentencia, el Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que todos los contratos celebrados por una entidad que tenga la consideración de poder adjudicador, sea cual fuere su naturaleza, deben someterse a las normas de dicha Directiva.

51 El Tribunal de Justicia reiteró esta posición en relación con los contratos públicos de servicios, en las sentencias BFI Holding (apartados 55 y 56) y Korhonen y otros (apartados 57 y 58), antes citadas, así como, en lo que atañe a los contratos públicos de suministro, en la sentencia Adolf Truley, antes citada (apartado 56). Esa posición es asimismo aplicable a la Directiva 2004/18, que constituye una refundición de las disposiciones de todas las Directivas anteriores en materia de adjudicación de contratos públicos, a las que ha sustituido (véase, en este sentido, la sentencia Bayerischer Rundfunk y otros, antes citada, apartado 30).

52 Esta conclusión también se aplica a las entidades cuya contabilidad tiene por finalidad una separación neta interna entre las actividades que desarrollan para llevar a cabo su misión de satisfacer necesidades de interés general y las actividades que desempeñan en condiciones de competencia.

53 En efecto, como destaca el Abogado General en los puntos 64 y 65 de sus conclusiones, puede dudarse seriamente que sea efectivamente posible trazar esa separación entre

las diferentes actividades de una entidad que constituye una persona jurídica única, tiene un régimen patrimonial y de propiedad único y cuyas decisiones en materia de dirección y gestión son adoptadas de forma unitaria, y ello incluso haciendo abstracción de otros numerosos obstáculos de orden práctico sobre el control, *ex ante* y *ex post,* de la separación radical entre los diferentes ámbitos de actividad de la entidad de que se trata y de la pertenencia de la actividad en cuestión a uno u otro ámbito.

54 En consecuencia, por razones de seguridad jurídica, de transparencia y de previsibilidad que rigen el desarrollo de los procedimientos de todos los contratos públicos, procede atenerse a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia expuesta en los apartados 50 y 51 de esta sentencia.

55 Sin embargo, como se desprende del apartado 49 de la presente sentencia, la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente se refiere simultáneamente a las Directivas 2004/17 y 2004/18.

56 A este respecto ha de destacarse que, en el marco del examen de la segunda cuestión prejudicial se ha indicado que una entidad como Fernwärme Wien debe ser considerada organismo de Derecho público en el sentido de las Directivas 2004/17 y 2004/18. Además, al analizar la primera cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia ha concluido que una entidad adjudicadora, en el sentido de la Directiva 2004/17, únicamente está obligada a aplicar el procedimiento previsto en esa Directiva para adjudicar contratos relacionados con las actividades que dicha entidad desarrolla en uno o varios de los sectores contemplados en los artículos 3 a 7 de la mencionada Directiva.

57 Debe precisarse que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, están comprendidos en el ámbito de la Directiva 2004/17 los contratos que se celebran en el marco de alguna de las actividades que se mencionan expresamente en los artículos 3 a 7 de dicha Directiva y los contratos que —a pesar de ser de distinta naturaleza y que, por tanto, podrían estar normalmente comprendidos en el ámbito de aplicación de

la Directiva 2004/18— sirven al desempeño de las actividades definidas en la Directiva 2004/17 (véase, en este sentido, la sentencia Strabag y Kostmann, antes citada, apartados 41 y 42).

58 Por consiguiente, los contratos celebrados por una entidad como Fernwärme Wien deben seguir los procedimientos establecidos en la Directiva 2004/17 en la medida en que estén vinculados a una actividad desarrollada por éste en los sectores contemplados en los artículos 3 a 7 de esa Directiva. En cambio, todos los demás contratos celebrados por dicha entidad en relación con el ejercicio de otras actividades están sujetos a los procedimientos previstos en la Directiva 2004/18.

59 Por consiguiente, procede responder a la tercera cuestión que los contratos celebrados por una entidad que tenga la consideración de organismo de Derecho público, en el sentido de las Directivas 2004/17 y 2004/18, vinculados al ejercicio de actividades que esa entidad desarrolla en uno o varios de los sectores contemplados en los artículos 3 a 7 de la Directiva 2004/17, deben seguir los procedimientos establecidos en esta Directiva. En cambio, todos los demás contratos celebrados por dicha entidad en relación con el ejercicio de otras actividades están sujetos a los procedimientos previstos en la Directiva 2004/18. Cada una de estas dos Directivas se aplica, sin distinguir entre las actividades que dicha entidad desarrolla para cumplir su misión de satisfacer necesidades de interés general y las actividades que desempeña en condiciones de competencia, y ello aunque haya una contabilidad que tenga por finalidad la separación de los sectores de actividades de la mencionada entidad, para evitar las financiaciones cruzadas entre esos sectores.

Costas

60 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 Cuarta) declara:

1) **Una entidad adjudicadora, en el sentido 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, únicamente está obligada a aplicar el procedimiento previsto en esta Directiva para la adjudicación de contratos relacionados con actividades que dicha entidad ejerce en uno o varios de los sectores contemplados en los artículos 3 a 7 de la mencionada Directiva.**

2) **Debe considerarse que una entidad como Fernwärme Wien GmbH es un organismo de Derecho público en el sentido de los artículos 2, apartado 1, letra a), párrafo segundo, de la Directiva 2004/17 y 1, apartado 9, párrafo segundo, de 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.**

3) **Los contratos celebrados por una entidad que tenga la consideración de organismo de Derecho público, en el sentido de las Directivas 2004/17 y 2004/18, vinculados al ejercicio de actividades que esa entidad desarrolla en uno o varios de los sectores contemplados en los artículos 3 a 7 de la Directiva 2004/17, deben seguir los procedimientos establecidos en esta Directiva. En cambio, todos los demás contratos celebrados por dicha entidad en relación con el ejercicio de otras actividades están sujetos a los procedimientos previstos en la Directiva 2004/18. Cada una de estas dos Directivas se aplica, sin distinguir entre las actividades que dicha entidad desarrolla para cumplir su misión de satisfacer necesidades de interés general y las actividades que desempeña en condiciones de competencia, y ello aunque haya una contabilidad que tenga por finalidad la separación de los sectores de actividades de la mencionada entidad, para evitar las financiaciones cruzada entre esos sectores.**

Firmas