

C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Debe considerarse que una entidad creada para garantizar la calefacción urbana de la ciudad de Viena, que utiliza la energía obtenida de la evacuación de residuos, que pertenece por completo al municipio –que nombra y revoca a los administradores y controla la gestión económica y financiera–, 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. Ello es así, aunque su objeto social se extienda también a la planificación general de instalaciones de refrigeración para proyectos inmobiliarios de cierta envergadura y que en el marco de esta actividad tiene que hacer frente a la competencia de otras empresas

SUPUESTO DE HECHO

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. 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). 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.

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.

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

ÓRGANO: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sección Cuarta. Asunto Cuestión prejudicial en el procedimiento entre Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH y Fernwärme Wien GmbH. Asunto C-393/06

FECHA: 10 de abril de 2008

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 2, apartado 1, letra a), párrafo segundo, de la Directiva 2004/17, y 1, apartado 9, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18

DOCTRINA: Debe considerarse que una entidad creada para garantizar la calefacción urbana de la ciudad de Viena, que utiliza la energía obtenida de la evacuación de residuos, que pertenece por completo al municipio –que nombra y revoca a los administradores y controla la gestión económica y financiera–, 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. Ello es así aunque su objeto social se extienda también a la planificación general de instalaciones de refrigeración para proyectos inmobiliarios de cierta envergadura y que en el marco de esta actividad tiene que hacer frente a la competencia de otras empresas.

La consideración de organismo de Derecho público le obliga a seguir los procedimientos establecidos en esta Directiva 2004/17, en los sectores y contratos que delimitan su ámbito objetivo y todos los demás contratos celebrados por dicha entidad 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.

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?”

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Sobre la primera cuestión, el TJCE, previa cita de las normas aplicables y de la sentencia de 16 de junio de 2005, Strabag y Kostmann (C-462/03 y C-463/03, Rec. pg. I-5397, apartado 37), en la que 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, concluye 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.”

La segunda cuestión se refiere a si 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. Una vez relacionados los requisitos para tener tal condición (que haya sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, esté dotado de personalidad jurídica propia y 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), concluye en el sentido de afirmar tal condición.

Para ello realiza las siguientes consideraciones:

“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 (fundamento jurídico 38).

“Fernwärme Wien [abastece empleando la energía obtenida de la combustión de residuos] 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 (fundamento jurídico 39).

“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. pg. I-6821, apartados 44, 47, 51 y 53, y de 10 de mayo de 2001 [TJCE 2001, 136], Agorà y Excelsior, C-223/99 y C-260/99, Rec. pg. I-3605, apartados 37, 38 y 41) (fundamento jurídico 40).

“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. pg. I-5321, apartados 48 y 49, y la jurisprudencia citada) (fundamento jurídico 41).

“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 [TJCE 2003, 152], antes citada, apartado 54) (fundamento jurídico 42).

“para comprobar si la entidad de que se trata ejerce o no sus actividades en situación de competencia, [...] 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 (fundamento jurídico 43).

“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 (fundamento jurídico 44).

“En las sentencias BFI Holding (TJCE 1998, 268) (apartado 49) y Agorà y Excelsior (TJCE 2001, 136) (apartado 38), 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 (fundamento jurídico 46).”

Respecto a la tercera cuestión, el TJCE recuerda la primera vez que se planteó la cuestión (la sentencia Mannesmann Anlagenbau Austria y otros) y la serie de sentencias que ratifican el criterio inicialmente asentado (sentencias BFI Holding –apartados 55 y 56– y Korhonen y otros –apartados 57 y 58–, la sentencia Adolf Truley –apartado 56– y la sentencia Bayerischer Rundfunk y otros –apartado 30–).

Afirma a su vez que:

“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 (fundamento jurídico 53).”

De todo ello concluye que:

“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 (fundamento jurídico 56)."

Y que:

"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."

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

"1º. 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.

"2º. 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.

"3º. 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."

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La norma española que permite la continuación de los efectos de un contrato, y bajo sus mismas cláusulas, si la declaración administrativa de nulidad produce un grave trastorno al servicio público, no vulnera la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992 (Directiva sobre recursos), porque la continuación de los efectos del contrato únicamente está destinada a aplicarse con carácter excepcional y en espera de la adopción de medidas urgentes, y bajo el control de los órganos jurisdiccionales

SUPUESTO DE HECHO

La Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (DO L 395, p. 33), en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992 (en lo sucesivo, Directiva sobre recursos), al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores, al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración y al permitir que un contrato anulado continúe produciendo efectos jurídicos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

En las imputaciones primera y segunda, la Comisión alega que la legislación nacional (LCAAPP 1995) no se ajusta a la Directiva sobre recursos, en la medida en que la combinación de determinadas disposiciones de dicha legislación impide que los licitadores rechazados interpongan eficazmente un recurso contra la decisión de adjudicación de un contrato antes de la propia celebración de éste.

El Tribunal de Justicia recuerda que las disposiciones del artículo 2, apartado 1, letras a) y b), en relación con las del artícu-

ÓRGANO: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sala Segunda. Recurso de incumplimiento Caso Comisión de las Comunidades Europeas contra España. Asunto C-444/06

FECHA: 3 de abril de 2008

DISPOSICIONES ANALIZADAS: Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992 (Directiva sobre recursos)

DOCTRINA: La norma española que permite la continuación de los efectos de un contrato, y bajo sus mismas cláusulas, si la declaración administrativa de nulidad produce un grave trastorno al servicio público, no vulnera la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992 (Directiva sobre recursos), porque la continuación de los efectos del contrato únicamente está destinada a aplicarse con carácter excepcional y en espera de la adopción de medidas urgentes, y bajo el control de los órganos jurisdiccionales.

lo 6, párrafo segundo, de la Directiva sobre recursos "deben interpretarse en el sentido de que los estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y

perjuicios, un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración del contrato por la que resuelve con qué licitador celebrará el contrato (véase la sentencia Alcatel Austria y otros [TJCE 1999, 255], apartado 43). A ello hay que añadir que la protección jurídica completa que debe así garantizarse antes de la celebración del contrato, en virtud del artículo 2, apartado 1, de la Directiva sobre recursos, [...] implica la obligación de informar a los licitadores de la decisión de adjudicación antes de la celebración del contrato, con objeto de que éstos dispongan de una posibilidad real de recurrir”.

Esta misma protección exige que “se conceda al licitador excluido la posibilidad de examinar en el momento oportuno la cuestión de la validez de la decisión de adjudicación. Habida cuenta de las exigencias del efecto útil de la Directiva sobre recursos, de ello se infiere que debe mediar un plazo razonable entre el momento en que se comunica a los licitadores excluidos la decisión de adjudicación y la celebración del contrato, para que éstos puedan, en particular, interponer una demanda de medidas provisionales hasta el momento de dicha celebración”.

El Tribunal de Justicia centra la cuestión y advierte que “no es objeto de discusión que la legislación española autoriza los recursos contra actos de las entidades adjudicadoras anteriores a la adjudicación de un contrato público. Además, conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, de la Ley del procedimiento administrativo común, los interesados tienen la posibilidad de interponer recurso contra los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos. En el marco de estos recursos, pueden adoptarse medidas provisionales, en particular la suspensión de los actos impugnados”.

El Tribunal de Justicia concluye que las imputaciones son fundadas de acuerdo con lo siguiente:

–“el acto de adjudicación implica *de iure* la celebración del contrato, resulta de ello que la decisión de la entidad adjudicadora mediante la cual ésta elige, entre los licitadores, al adjudicatario no puede ser objeto de un recurso específico con anterioridad a la propia celebración del contrato.”

–“la formalización del contrato puede ser concomitante a su adjudicación, o seguirla en muy breve plazo. En efecto, dicha formalización, como reconoce, por lo demás, el Reino de España, no está sujeta a plazo mínimo alguno y puede llevarse a cabo en cuanto el adjudicatario haya acreditado la constitución de una garantía definitiva, exigiendo únicamente la legislación que dicha constitución tenga lugar a más tardar dentro de los quince días siguientes a la notificación de la adjudicación. Por lo tanto, la ejecución del contrato puede comenzar antes de que se hayan practicado todas las notificaciones de la adjudicación exigidas.”

–“De ello se desprende que, en determinados supuestos, no puede interponerse ningún recurso útil contra el acto de adjudicación antes de la ejecución misma del contrato, mientras que el objetivo de la Directiva sobre recursos consiste en garantizar que las decisiones ilícitas de los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de diciembre de 2002 [TJCE 2002, 369], *Universale-Bau* y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 74).”

–“la posibilidad de disponer de la facultad de interponer un recurso de anulación del propio contrato no puede compensar la imposibilidad de actuar contra el acto de adjudicación de éste por sí solo, antes de que se celebre el contrato.”

En la tercera imputación, según la Comisión, de la excepción dirigida a proteger los servicios públicos contemplada en el artículo 65, apartado 3, de la Ley de contratos de las administraciones públicas se deriva una infracción de la Directiva sobre recursos. Con arreglo a dicha disposición, si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquél y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio.

El Tribunal de Justicia desestima esta estimación de acuerdo con el razonamiento siguiente:

–“el mantenimiento de los efectos de un contrato que ha sido objeto de una declaración administrativa de nulidad, tal como se contempla en la legislación nacional criticada, únicamente puede producirse en caso de perturbación grave del servicio público.”

–“Por lo tanto, como se desprende de la letra del artículo 65, apartado 3, de la Ley de contratos de las administraciones públicas, tal mantenimiento únicamente está destinado a aplicarse con carácter excepcional y en espera de la adopción de medidas urgentes. Por otra parte, dicho mantenimiento se aplica, como indica el Reino de España, sin que la Comisión lo desmienta, bajo el control de los órganos jurisdiccionales.”

–“Así pues, resulta que la finalidad de la disposición controvertida no consiste en obstaculizar la ejecución de la declaración de nulidad de un contrato determinado, sino en evitar, cuando esté en juego el interés general, las consecuencias excesivas y eventualmente perjudiciales de una ejecución inmediata de dicha declaración, en espera de la adopción de medidas urgentes destinadas a garantizar la continuidad del servicio público.”

Por todo ello, el Tribunal de Justicia declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva sobre recursos, al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración.