CAPÍTULO 9

ENTIDADE, OU AUTORIDADE, ADJUDICANTES.

Processo 31/87 (Beentjes)
Acórdão de 20 de setembro de 1988

Coletânea, 1988, página 4635
ECLI:EU:C:1988:422

"1) A Directiva 71/305 aplica-se a empreitadas de obras públicas adjudicadas por um organismo tal como uma comissão local de emparcelamento.
2) (...).
3) (...)."

COMENTÁRIO :

Tratou-se neste processo (oriundo dos Países Baixos), entre outros temas, de decidir sobre se uma determinada organização, que não era formalmente parte da Administração Pública, deveria ser considerada como entidade adjudicante. Para melhor esclarecimento, veja-se o que consta dos pontos 10 a 12, do acórdão : ***"10. Nos termos do artigo 1º, alínea b) da directiva, são de considerar como entidades adjudicantes o Estado, as coletividades territoriais e as pessoas colectivas de direito público enumeradas na lista do anexo I. 11. A noção de Estado, na acepção desta disposição, deve ter uma interpretação funcional. O objetivo da directiva que pretende a realização efectiva da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços em matéria de contratos de empreitadas de obras públicas, seria de facto comprometido se a aplicação do regime da directiva devesse ser excluído pelo facto de um contrato de empreitadas de obras públicas ter sido adjudicado por um organismo que, tendo sido criado para executar tarefas que lhe foram conferidas por lei, não se integra formalmente na administração do Estado. 12. Por conseguinte, um organismo como o do caso em apreço, cuja composição e funções estão previstas na lei e que depende dos poderes públicos pela nomeação dos seus membros, pela garantia das obrigações decorrentes dos seus actos e pelo financiamento dos contratos de empreitadas de obras públicas que está encarregado de***

adjudicar, deve ser considerado como parte integrante do Estado na acepção da já citada disposição mesmo que nele se não integre formalmente". *Fica clara a abertura para o que, posteriormente, vieram a ser os* ***organismos de direito público****, expressão legal desta* ***noção funcional do Estado****, com a diretiva 89/440/CEE. E mesmo quando houve de qualificar essa nova categoria de entidade adjudicante, o Tribunal de Justiça recorreu, novamente, à noção funcional do Estado. Portanto, a decisão dada neste processo quanto à noção de entidade adjudicante, é fundadora da jurisprudência nesta matéria, pelas razões que justificaram que a "comissão de emparcelamento" fosse qualificada como entidade adjudicante. O comentário à segunda conclusão consta do capítulo 15 (critério de adjudicação e regime do preço anormalmente baixo). O comentário à terceira conclusão consta do capítulo 4 (efeito direto reconhecido a normas de diretivas sobre contratação pública).*

Processo C-44/96 (Mannesmann)
Acórdão de 15 de janeiro de 1998

Coletânea, 1998, página I-73
ECLI:EU:C:1998.4

"1) Uma entidade como a Oesterreichische Staatsdrukerei deve ser considerada organismo de direito público na acepção do artigo 1º, alínea b), segundo parágrafo, da Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, e, consequentemente, entidade adjudicante na acepção do primeiro parágrafo da mesma disposição, pelo que os contratos de empreitadas de obras públicas celebrados por essa entidade, qualquer que seja a respectiva natureza, devem ser considerados contratos de empreitada de obras públicas na acepção do artigo 1º, alínea a), da mesma directiva.

2) Uma empresa que exerce actividades comerciais e cuja maior parte do capital social pertence a uma entidade adjudicante não deve ser considerada organismo de direito público na acepção do artigo 1º, alínea b), da Directiva 93/37 e, consequentemente, entidade adjudicante na acepção da mesma disposição, pelo simples motivo de esta empresa ter sido criada pela entidade adjudicante ou por esta lhe ter transferido dotações financeiras resultantes das actividades que exerce para satisfação de necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial.

3) Um contrato de empreitada de obras públicas não está sujeito às disposições da Directiva 93/37 se disser respeito a um projecto que, desde a origem, se enquadre, na íntegra, no objecto social de uma empresa que não tem a qualidade de entidade adjudicante e os contratos de empreitada relativos ao mesmo projecto tiverem sido celebrados por uma entidade adjudicante por conta daquela empresa.

4)(...)."

COMENTÁRIO :

Trata-se da primeira decisão que interpreta o conceito de organismo de direito público*, introduzido pela diretiva 89/440/CEE, e mantido pela diretiva 93/37/CEE, e pela legislação posterior, até ao momento. Neste caso, a Imprensa Nacional Austríaca e uma outra entidade. Vale a pena, por isso, precisar em que termos o Tribunal aplicou*

um conceito complexo, e que supõe a reunião de diversos requisitos. Em fevereiro de 1995 a Imprensa adquiriu a Strohal Gesellschaft mbH, cuja atividade era a impressão. Em outubro do mesmo ano, a Strohal fundou a SRG, sendo titular de 99,9% do capital. O objeto desta última era a produção de impressos. A fim de reduzir o período de transição que antecedeu o início da atividade da tipografia da SRG a Imprensa Nacional abriu um concurso para aquisição de equipamento. Da disciplina desse procedimento, constava uma cláusula de reserva estipulando que a entidade adjudicante tinha o direito de transferir em qualquer momento todos os seus direitos e obrigações assumidos com o contrato para um terceiro à sua escolha. Este procedimento pré-contratual foi anulado, e aberto novo concurso cuja entidade adjudicante seria já a SRG. Entretanto, a associação austríaca das empresas industriais de equipamentos de imóveis desencadeou um processo de conciliação para se aferir se esta oportunidade de negócio deveria ser juridicamente tratada como um procedimento pré-contratual público, ou não. A Imprensa Nacional e a SRG sustentaram que não era, embora salientassem que poderia ser de outro modo, mas unicamente pela existência de cofinanciamento comunitário. A Mannesmann, e outros, que estavam interessados na adjudicação, interpuseram recurso da decisão da BundesVergabekontrollkomission, que, acompanhando a argumentação citada, optou pela declaração da própria incompetência. Daqui resultam diversas questões que integraram o reenvio prejudicial. A primeira incidia sobre o estatuto da Imprensa Nacional Austríaca. Salientando que os três critérios (organismo dotado de personalidade jurídica ; criado para satisfazer necessidades de interesse geral, sem caráter industrial ou comercial ; e estritamente dependente do Estado, autarquias ou outros organismos de direito público) estabelecidos pelas diretivas eram de verificação cumulativa, e todos estavam preenchidos. Mas avançou numa direção que veio a merecer ulteriores desenvolvimentos. Vejamos : ***"25. (...) a Oes*** (Imprensa Nacional Austríaca, nota nossa) ***foi criada com a finalidade expressa de satisfazer as referidas necessidades de interesse geral. A este respeito, é indiferente que, para além dessa missão, uma entidade deste tipo tenha a liberdade de exercer outras actividades, como a produção de outros impressos e a edição e distribuição de livros. A circunstância, referida pelo Governo austríaco nas suas observações, de a satisfação das necessidades de interesse geral constituir apenas uma parte relativamente pequena das actividades efectivamente exercida pela Oes também não tem relevância, uma vez que a referida entidade continua a encarregar-se das necessidades que é especificamente obrigada a satisfazer".***

Mais ainda : ***"32. (...) deve verificar-se que desde logo o artigo 1º, alínea a), da directiva não distinguiu entre os contratos de empreitada de obras públicas celebrados por uma entidade adjudicante no cumprimento da sua missão de satisfazer necessidades de interesse geral e os com ela não relacionados".*** *A SRG não foi considerada entidade adjudicante, porque a verificação de transferências a seu favor, por parte de uma entidade adjudicante que a criou não basta para ser um organismo de direito público. Novamente a questão das três condições terem de ter verificação cumulativa. Chamamos a atenção de que o Tribunal só responde às questões que lhe são colocadas, mesmo que elas não cubram a totalidade da matéria jurídica pertinente. Os comentários à quarta conclusão, que naturalmente aproveita o raciocínio sobre a qualificação de entidade adjudicante exposto no acórdão, constam do capítulo 27 (fundos estruturais) e capítulo 28 (meios de recurso).*

Processo C-328/96 (Comissão *versus* Áustria)
Acórdão de 28 de outubro de 1999

O comentário a este acórdão consta do capítulo 28 (meios de recurso). É relevante a qualificação jurídica de uma empresa pública como entidade adjudicante.

Processo C-353/96 (Comissão *versus* Irlanda)
Acórdão de 17 de dezembro de 1998

O comentário a este acórdão consta do capítulo 16 (falta de publicação ou conteúdo incorreto de anúncios e desrespeito por outras regras dos procedimentos pré-contratuais), onde foi censurada a ausência de publicação de anúncio para adjudicação de um contrato público de fornecimento. Trata-se de uma decisão muito importante também para a definição do conceito de entidade adjudicante, no período anterior ao da criação, na legislação comunitária, do conceito de organismo de direito público.

Processo C-360/96 (BFI Holding)
Acórdão de 10 de novembro de 1998

Coletânea, 1998, página I-6821
ECLI:EU:C:1998:525

"1. O artigo 1º, alínea b), segundo parágrafo, da Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, deve ser interpretada no sentido de que o legislador fez uma distinção entre, por um lado, as necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial, e por outro, as necessidades de interesse geral com carácter industrial e comercial.

2) O conceito de necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial não exclui necessidades que são igualmente satisfeitas ou que o poderiam ser por empresas privadas.

3) A qualidade de organismo de direito público não depende da importância relativa da satisfação de necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial na actividade do organismo em questão. É também indiferente que as actividades comerciais sejam exercidas por uma pessoa colectiva distinta que faça parte do mesmo grupo ou 'concern' que aquele.

4) O artigo 1º, alínea b), segundo parágrafo, da Directiva 92/50 deve ser interpretado no sentido de que a existência ou a ausência de necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial é apreciada objetivamente, sendo indiferente, a este respeito, a forma jurídica das disposições em que tais necessidades são expressas."

COMENTÁRIO :

Este aresto é dos mais substanciais quanto ao progresso da definição do conceito de entidade adjudicante, e, ainda, da sua relação com conceitos que poderão, ou não, ser auxiliares. Como o de necessidades de interesse geral. Mas vejamos o caso concreto, dado que, como sempre, a enunciação da questão prejudicial é a principal condicionante da resposta correspondente do Tribunal. E não esqueçamos que, neste acórdão, ***já é a noção de organismo de direito público que irá ser sujeita a interpretação****. Assim, a situação de facto era a de duas autarquias (de Arnhem e Rheden, nos Países Baixos) terem constituído, em 1994, uma sociedade anónima (ARA) para executar tarefas de limpeza urbana, nas duas autarquias. No fundo, pretendendo uma sinergia, com a criação de uma única estrutura. A relação entre a ARA e as autarquias residia em acordos-quadro*

celebrados entre essas entidades, sem concorrência. A BFI Holding, que dá o nome ao processo, era uma empresa privada que se dedicava à recolha e ao tratamento de resíduos domésticos e industriais. A BFI impugnou esta relação exclusiva, e depois de chegar ao tribunal nacional, foi desencadeado o reenvio prejudicial. E o resultado foi, pela resposta dada às várias questões colocadas, uma objetiva extensão do alcance dessas normas, seja pela aceitação de que as normas que definem o que sejam os organismos de direito público admitem que possam existir necessidades de interesse geral com e sem caráter comercial ou industrial, ou pela aceitação de que o facto de empresas privadas poderem exercer as mesmas atividades que tais organismos não é obstáculo à qualificação como organismo de direito público. O Tribunal confirmou (como havia feito no processo C-44/96 Mannesmann) que a matéria que possa concluir pela qualificação enquanto entidade adjudicante deveria considerar a jurisprudência Beentjes (processo C-31/87), quanto à ***noção funcional do Estado****. Este remate não deixa qualquer dúvida quanto ao sentido da decisão, e, em termos muitos práticos, acaba classificando todos os intervenientes na relação privativa em causa (as autarquias locais e a ARA) como entidades adjudicantes. Importa destacar o método gradativo que o Tribunal foi seguindo, acórdão a acórdão, para acolher no conceito de necessidades de interesse geral um vasto conjunto de realidades, que permitissem dar grande importância à nova categoria de entidade adjudicante : o organismo de direito público. Vejamos este passo :* ***"34. (...) a única interpretação susceptível de garantir o efeito útil do artigo 1º, alínea b), segundo parágrafo da Directiva 92/50 consiste em considerar que esse artigo criou, no interior da categoria de necessidades de interesse geral, uma subcategoria dessas necessidades sem caráter industrial ou comercial. 35. Com efeito, se o legislador comunitário tivesse considerado que todas as necessidades de interesse geral têm um carácter que não é industrial ou comercial não o teria especificado, uma vez que, nessa perspectiva, esse segundo elemento de definição não teria qualquer utilidade".*** *Muito relevante na estrutura da decisão, o facto de o Tribunal de Justiça não hesitar em considerar o conceito de "atividades de interesse geral" ser um conceito de direito comunitário, e não algo suscetível de ser desenvolvido pelos Estados-Membros. É também um acórdão da fase pré-Teckal.*

Processo C-306/97 (Connemara)
Acórdão de 17 de dezembro de 1998

Coletânea, 1998, página I-8761
ECLI:EU:C:1998:623

"Uma entidade como a Coillte Teoranta é uma entidade adjudicante na acepção do artigo 1º, alínea b), da Directiva 77/62/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1976, relativa à coordenação dos processos de celebração dos contratos de fornecimento de direito público, na redacção que lhe foi dada pela Directiva 88/295/CEE do Conselho, de 22 de Março de 1998."

COMENTÁRIO :

Saliente-se que esta decisão ainda aplica ***legislação anterior à aplicação do conceito de organismo de direito público aos contratos públicos de fornecimento****, o que só sucedeu com a diretiva 93/36/CEE (não constava da reforma produzida na diretiva 77/62/CEE pela diretiva 88/295/CEE). Esta questão prejudicial desenvolveu-se a partir de um litígio que emergiu de dois concursos (em 1993 e 1994) para o fornecimento de adubos em que a sociedade Connemara apresentou propostas, sendo que nenhuma foi aceite. Os anúncios não haviam sido publicados no JOCE. O acórdão considerou a Coillte Teoranta como uma entidade adjudicante, nos termos do ponto VI do anexo I, da diretiva 77/62/CEE, por estar sujeita ao controlo do Estado. Tem relação com o processo C-353/96, decidido a partir da resolução da mesma questão jurídica, ou seja, a consideração da Coillte Teoranta (Irih Forestry Board) como entidade adjudicante. O processo C-353/96 está comentado no capítulo 16 (falta de publicação ou conteúdo incorreto de anúncios e desrespeito por outras normas dos procedimentos pré-contratuais).*

Processo C-380/98 (Universidade de Cambridge)
Acórdão de 3 de outubro de 2000

Coletânea, 2000, página I-8035
ECLI:EU:C:2000:529

"1) A expressão 'financiada ... por (uma ou várias entidades adjudicantes)', constante do artigo 1º, alínea b), segundo parágrafo, terceiro travessão, das Directivas 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Janeiro de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de fornecimento, e 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, deve ser interpretada no sentido de que abrange as bolsas ou subvenções concedidas por uma ou várias entidades adjudicantes para promoção de trabalhos de investigação e as bolsas destinadas a estudantes pagas às universidades pelas autoridades regionais com o ensino a seu cargo e que abrangem os custos de escolaridade de estudantes individualmente designados. Não constituem, ao invés, financiamento público para efeito das referidas directivas os pagamentos efectuados por uma ou várias entidades adjudicantes quer no âmbito de um contrato de prestação de serviços que abranja trabalhos de investigação, quer como contrapartida da prestação de outros serviços, tais como perícias ou organização de conferências.

2) O termo 'maioritariamente' constante do artigo 1º, alínea b), segundo parágrafo, terceiro travessão, das Directivas 92/50, 93/36 e 93/37 deve interpretar-se no sentido de que se trata de 'mais de metade'.

3) Para se chegar a uma apreciação correcta da percentagem de financiamento público de um dado organismo, deverá ter-se em conta o conjunto das receitas de que beneficia, incluindo as resultantes de uma actividade comercial.

4) A qualificação de um organismo como a Universidade de Cambridge de 'entidade adjudicante' deve fazer-se com base anual e o exercício orçamental em que o processo de concurso público for iniciado deverá considerar-se como o período mais adequado para o cálculo do modo de financiamento desse organismo, entendendo-se que aquele cálculo deve efectuar-se com base em números disponíveis no início do exercício orçamental, ainda que com

carácter de previsão. Um organismo que, à data em que se procede à abertura de um concurso público, constitua uma entidade adjudicante no sentido das Directivas 92/50, 93/36 e 93/37 continua, relativamente a esse concurso, sujeito às exigências destas directivas até ao encerramento do processo de concurso em causa."

COMENTÁRIO :

Este processo desencadeia-se a partir de um conflito entre a Universidade de Cambridge e o próprio governo britânico, pelo facto de, na comunicação feita pelo ministro das finanças à Comissão Europeia este ter incluído as Universidades do Reino Unido entre os organismos de direito público. Apesar de haver motivos históricos de disputa (a legislação sobre contratação pública, segundo alguns, não se deveria aplicar, por princípio, às Universidades), certo é que o conjunto de questões prejudiciais suscitado no contexto deste processo, revelou-se muito interessante para o desenvolvimento do conceito, tantas foram os temas muito concretos suscitados. Assim, quanto à primeira questão, ela cingia-se ao que consta do acórdão : ***"19. (...) Não se contesta que a universidade preenche as duas condições previstas nos dois travessões do artigo 1º, alínea b), segundo parágrafo, das referidas directivas. Por isso, a inclusão da universidade na lista constante do anexo I da Directiva 93/37 depende no caso em apreço apenas da resposta a dar à questão de saber se a universidade é 'maioritariamente financiada' por uma ou várias entidades adjudicantes, no sentido do terceiro travessão da referida disposição".*** *Mais adiante, e sobre a possível natureza distinta de pagamentos provenientes da mesma entidade adjudicante em favor de outra, o Tribunal pondera :* ***"21. Se o modo de funcionamento de um dado organismo pode ser revelador de dependência estreita desse organismo relativamente à outra entidade adjudicante, é forçoso concluir que este critério não é absoluto. Nem todos os pagamentos efectuados por uma entidade adjudicante têm como efeito a criação ou o aprofundamento de um nexo específico de subordinação ou de dependência. Apenas as prestações de financiamento ou de apoio, mediante auxílio financeiro sem contraprestação específica, das actividades da entidade em causa poderão qualificar-se de 'financiamento público'".*** *Daqui se concluiu que as bolsas ou subvenções para promoção de trabalhos de investigação seriam financiamento público. Como o seriam as bolsas para subsidiar as propinas dos estudantes. O facto de a Universidade de Cambridge não ser a beneficiária direta destas verbas foi considerado irrelevante. Mas quanto a pagamento efetuados por uma ou mais entidades adjudicantes em*

contrapartida do fornecimento de serviços que incluem trabalhos de investigação, ou pagamentos efetuados por uma ou mais entidades adjudicantes em contrapartida de outros serviços, tais como consultadoria ou organização de conferências, não entraria no cômputo para discernir sobre se uma entidade deveria ser considerada como financiada maioritariamente. Depois, outra questão era a de interpretar o termo "maioritariamente". Como aponta o Tribunal ***"28. (...) Há que examinar se o termo 'maioritariamente' corresponde a determinada percentagem ou se lhe deverá ser atribuído significado diferente".*** *A universidade sustentava que esse termo deveria ser interpretado qualitativamente, só contando os pagamentos que sejam expressão de uma relação de dependência. O Tribunal sustentou-se no que denominou de "linguagem corrente" e conclui por equivaler 'maioritariamente' a "mais de metade". Complementarmente, o Tribunal decidiu que para o cômputo deveria contar o conjunto das receitas, e não só as que pudessem ser consideradas como financiadoras de atividades universitárias. E, finalmente, sobre o período que deve ser considerado para efetuar todas as contas que derivam das conclusões anteriores, o Tribunal decidiu que teria de ser anual, e reportado ao exercício orçamental em curso à data do início do procedimento pré-contratual. Mesmo que pudessem sobrevir alterações de estatuto da entidade, a disciplina das diretivas teria de ser seguida até à conclusão do procedimento.*

Processo C-223/99 (Agorà) e C-260/99 (Excelsior) apensos
Acórdão de 10 de maio de 2001

Coletânea, 2001, página I-3605
ECLI:EU:C:2001:259

"Uma entidade

- que tenha por objecto exercer actividades que visam a organização de férias, exposições e outras iniciativas semelhantes,
- que não tenha fins lucrativos, embora a sua gestão assente em critérios de rendimento, eficácia e rentabilidade,
- e que opere num ambiente concorrencial,

não é um organismo de direito público na acepção do artigo 1º, alínea b), segundo parágrafo, da Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços."

COMENTÁRIO :

As questões prejudiciais desencadearam-se a partir de dois litígios que envolveram as empresas Agorà e Excelsior com o Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano. Esta última entidade foi criada no início do século XX sob a forma de comité, e transformada em pessoa coletiva de direito privado em 1922. Em 1997, a Agorà requereu à Ente Fiera os documentos relativos a um processo de adjudicação de um contrato público de serviços relativos à locação de entidades de equipamentos e de elementos de decoração para zonas de receção e postos de informação. A Ente Fiera recusou facultar os elementos em causa, dado não se considerar uma entidade sujeita às obrigações transparência impostos pelos concursos públicos. No que diz respeito à Excelsior ela participou (em quatro dos cinco lotes previstos) num concurso limitado para a adjudicação do serviço de limpeza das instalações da feira, para o período de 1 de janeiro a 31 de dezembro de 1998. Um contrato relativo a um dos lotes, e, em consequência, a Ente Fiera adjudicou aquele lote, provisoriamente, a uma outra empresa, a Ciftat, decisão que foi impugnada pela Excelsior. Elemento decisivo nos dois litígios era discernir se a Ente Fiera seria, ou não, um organismo de direito público. Mas o Tribunal, face aos dados do processo, define exatamente qual o objeto da questão prejudicial. Fê-lo nos seguintes termos : ***"31. Do que precede resulta que a questão prejudicial deve ser entendida como visando, em substância, determinar se uma entidade que tem por objecto exercer actividades que visam a organização de feiras, exposições e outras iniciativas***

semelhantes, que não fins lucrativos, embora a sua gestão assente em critérios de rendimento, eficácia e rentabilidade, e que opera num ambiente concorrencial, satisfaz necessidades de interesse geral sem carácter industrial e comercial na acepção do artigo 1º, alínea b), segundo travessão, da directiva". *Para concluir um pouco mais adiante que o essencial para a caraterização da Ente Fiera, mais do que perceber quais as necessidades de interesse geral que visava satisfazer (a par de outras necessidades, de natureza privada, dos participantes nas feiras e exposições), era o de operar em ambiente concorrencial. Trata-se de uma decisão de bastante importância, pelo aparente confronto (ou escolha) entre a predominância da prossecução de atividades de interesse geral, ou de agir a entidade em questão em ambiente concorrencial.*

Processo C-237/99 (Comissão *versus* França)
Acórdão de 1 de fevereiro de 2001

O comentário a este acórdão consta do capítulo 16 (falta de publicação ou conteúdo incorreto de anúncios e desrespeito por outras regras dos procedimentos pré-contratuais). É decisivo pela consideração dos organismos gestores de habitações de renda limitada enquanto organismos de direito público. Logo, um aresto também importante para a definição do conceito de entidade adjudicante. A condenação da República Francesa residiu na falta de publicação de anúncios no JOCE.

Processo C-470/99 (Universale Bau)
12 de dezembro de 2002

Coletânea, 2002, página I-11617
ECLI:EU:C:2002:746

"1) Uma entidade que não foi criada para satisfazer de um modo específico necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, mas que posteriormente veio a assumir essas necessidades, cuja satisfação assegura efectivamente desde então, satisfaz a condição estabelecida no artigo 1º, alínea b), segundo parágrafo, primeiro travessão, da Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Julho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, para poder ser qualificada de organismo de direito público na acepção dessa disposição, desde que o facto de assumir a satisfação dessas necessidades possa ser objectivamente verificado.

2) (...).

3) (...)."

COMENTÁRIO :

Trata-se este de um caso muito interessante, dado que considera a dinâmica da vida de uma entidade para acabar por ser considerada como um organismo de direito público, conforme o declara inequivocamente o Tribunal de Justiça. A entidade em causa era a Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH (ERS), a quem se opunham a firma Universale Bau e um consórcio de empresas, a propósito da adjudicação de uma empreitada (a fazer mediante um concurso limitado, e para executar terraplanagens, obra por grosso e trabalhos especializados para a realização do segundo nível de depuração biológica da estação principal de tratamento de águas residuais de Viena). A EBS tinha sido criada em 1976, como estabelecimento de tratamento de resíduos mas a transferência da gestão da estação central de tratamento de águas residuais só ocorreu em 1986. Todas estas datas de uma época em que a Áustria não era um Estado-Membro (entrou a 1 de janeiro de 1995), pelo que nada releva, obviamente, de qualquer intenção das autoridades austríacas em escapar à aplicação do direito comunitário. Mas, ainda assim, o Tribunal considerou que, após 1986, com a assunção pela EBS da gestão da estação central, reunia as condições para ser considerada um organismo de direito público. Depois de recordar extensivamente a jurisprudência Mannesmann (processo C-44/96), o Tribunal conclui : ***"61. Segue-se o facto de, no processo principal, o alargamento do campo de actividades da EBS não ter***

estado na origem de uma modificação das disposições dos seus estatutos relativas ao seu objecto social é irrelevante. 62. Com efeito, embora o facto da EBS ter assumidos necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial não tenha sido formalmente consagrado nos seus estatutos, encontra-se no entanto previsto nos contratos que a EBS celebrou com a cidade de Viena e pode, portanto, ser objetivamente verificado". *O comentário à segunda conclusão consta do capítulo 28 (meios de recurso). O comentário à terceira conclusão consta do capítulo 16 (falta de publicação ou conteúdo incorreto de anúncios e desrespeito por outras regras dos procedimentos pré-contratuais).*

Processo C-283/00 (Comissão *versus* Espanha)
Acórdão de 16 de outubro de 2003

O comentário a este acórdão consta do capítulo 16 (falta de publicação ou conteúdo incorreto de anúncios e desrespeito por outras regras dos procedimentos pré-contratuais). É, contudo, também muito importante para a matéria de definição da entidade adjudicante, tomando por exemplo o estatuto jurídico da SIEPSA-Sociedad Estatal de Infrastructuras y Equipamientos Penitenciarios. A condenação residiu na censura à falta de seguimento dos procedimentos pé-contratuais previstos na diretiva 93/37/CEE.

Processo C-373/00 (Adolf Truley)
Acórdão de 11 de outubro de 2003

Coletânea, 2003, página I-1931
ECLI:EU:C:2003:110

"1) A noção de 'necessidades de interesse geral', constante do artigo 1º, alínea b), segundo parágrafo, da Directiva 93/36/CEEE do Conselho, de 14 de junho de 1993, relativa `coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento, constitui uma noção autónoma de direito comunitário.

2) Os serviços mortuários e funerários são susceptíveis de satisfazer uma necessidade de interesse geral. A circunstância de uma autarquia ter a obrigação legal de assumir o encargo do funeral – e, eventualmente, de suportar os respetivos custos -, na hipótese de o mesmo não ter sido organizado dentro de um determinado período de tempo após a emissão da certidão de óbito, constitui um indício da existência de uma necessidade de interesse geral desse tipo.

3) A existência de concorrência desenvolvida não permite, por si só, concluir pela ausência de uma necessidade de interesse geral sem carácter industrial ou comercial. Compete ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar a existência ou não de uma necessidade desse tipo, tomando em conta a totalidade dos elementos de direito e de facto relevantes, tais como as circunstâncias que presidiram à criação do organismo em causa e as condições em que o mesmo exerce a sua actividade.

4) A existência de um simples controlo *a posteriori* não preenche o critério do controlo de gestão referido no artigo 1º, alínea b), segundo parágrafo, terceiro travessão, da Directiva 93/36. Em contrapartida, corresponde a esse critério a situação em que, por um lado, os poderes públicos controlam não apenas as contas anuais do organismo em causa mas também a sua gestão corrente na perspectiva da exatidão dos números referidos, da regularidade, da procura de economias, da rentabilidade e da racionalidade e, por outro, os mesmos poderes públicos estão autorizados a visitar os locais de exploração e as instalações do referido organismo e a transmitir os resultados desses controlos a uma autarquia que, por intermédio de outra sociedade, detém o capital do organismo em questão."

COMENTÁRIO :

O presente acórdão, como ocorreu com a decisão sobre o estatuto da Universidade de Cambridge (processo C-380/98), atinge várias noções contribuindo para a definição de organismo de direito público, enquanto entidade adjudicante. No caso presente, estão em causa não só a definição de "necessidades de interesse geral" ; a aplicação deste conceito a serviços mortuários e funerários ; a importância, ou não, da operação da entidade em ambiente concorrencial ; e, finalmente, sobre a questão da verificação do critério do controlo na situação concreta em questão. Lembrando que o litígio no processo principal opunha a empresa Adolf Truley à Bestattung Wien (organismo público ca cidade de Viena encarregue das questões funerárias), a respeito da decisão adotada por esta última entidade adjudicante em não selecionar a proposta apresentada pela empresa referida no âmbito de um concurso para fornecimento de guarnições para urnas funerárias, fundado em que o seu preço era demasiado elevado. A Adolf Truley, considerando que a sua proposta era a única que cumpria com as especificações técnicas, impugnou esta decisão. O conceito de organismo de direito público a ser aplicado neste processo era o que se generalizou a reforma legislativa para a concretização do Mercado Interno, aqui constante da diretiva 93/36/CEE, por se tratar de um contrato público de fornecimento. A definição legal começava por referir que eram organismos de direito público qualquer um (com personalidade jurídica própria) que tenha sido criado para satisfazer, de um modo específico, necessidades de interesse geral, sem caráter industrial ou comercial. Na situação concreta, uma alteração de politica de organização administrativa levou a que a entidade adjudicante passasse de serviço simples a serviço com personalidade jurídica própria. E o Tribunal, respondendo às questões do reenvio prejudicial, declarou, sem qualquer margem de ambiguidade, que o citado conceito de necessidades de interesse geral era uma noção autónoma de direito comunitário, mesmo na ausência definição positiva de tal conceito na diretiva 93/36/CEE. Logo, não era dada a liberdade aos Estados-Membros de proceder a qualquer definição substantiva do mesmo. E não era a existência de uma lista de tais organismos, lista não exaustiva, que desmentia essa afirmação perentória. Assim : ***"43. (...) a noção de organismo do direito público deve ser entendia em sentido amplo".*** *Sobre se os serviços mortuários e funerários poderiam ser considerados como satisfazendo uma necessidade de interesse geral, o Tribunal recordou :* ***"50. Há que salientar que o Tribunal de Justiça já decidiu que constituem de modo genérico necessidades de interesse geral sem carácter industrial e comercial, na acepção do artigo 1º, alínea b), das directivas comunitárias relativas à coordenação dos processos***

de adjudicação de contratos públicos, as necessidades que, por um lado, são satisfeitas de modo diferente da oferta de bens ou de serviços no mercado e que, por outro, por razões ligadas ao interesse geral, o Estado opta por satisfazer ele próprio ou em relação às quais pretende manter uma influência determinante (v. acórdãos, já referidos, BFI Holding, nºs 50 e 51, e Agorà e Excelsior, nº 37)". *Tendo em conta a natureza dos serviços mortuários e funerários, o Tribunal de Justiça classificou-os entre serviços que respondem a necessidades de interesse geral. Incidentemente, a regra que impunha a obrigação a uma autarquia local a assumir o encargo da realização do funeral, quando o mesmo não tenha sido feito durante um período de tempo pré-determinado, confirmava que se estava perante um serviço que respondia a uma necessidade de interesse geral. Sobre a questão da existência de concorrência nestas atividades, o Tribunal declarou :* ***59. (...) a falta de concorrência não é uma condição necessária para efeitos de definição de organismo de direito público. Efectivamente, exigir que não existam empresas privadas que possam satisfazer as necessidades para as quais foi criado o organismo financiado ou controlado pelo Estado, pelas autarquias ou por outros organismos de direito público, poderia esvaziar da sua substância o conceito de organismo de direito público referido, designadamente, no artigo 1º, alínea b), da Directiva 93/36 (v. neste sentido, acórdão BFI Holding, já referido, nº 44".*** *Sobre a existência de controlo, no caso concreto, a fundamentação do tribunal, referindo a noção de "estreita dependência", reiterando anterior jurisprudência (entre outros, processo C-380/98, Universidade de Cambridge, foi :* ***"70. Tendo em conta esta jurisprudência, não é de considerar que o critério do controlo de gestão esteja satisfeito na hipótese da existência de um simples controlo a posteriori, uma vez que, por definição, um controlo deste tipo não permite aos poderes públicos influenciarem as decisões do organismo em causa em matéria de contratos públicos".*** *Sobre matéria relacionada, sugere-se a consulta do processo C-342/17 (Memoria), e do acórdão dado a 14 de novembro de 2018. Discutiu-se a guarda de cinzas funerárias em columbários, atividade sujeita a constrangimentos estabelecidos pelo munício de Pádua (Itália), enquadrados em legislação nacional e regional italianas, que foram considerados contrários ao disposto no artigo 49 TFUE. Permite uma perspetiva comparativa sobre o que pode ser serviço de interesse geral, e liberdade económica protegida pelo direito da União.*

C-18/01 (Korhonen)
Acórdão de 22 de maio de 2003

Coletânea, 2003, página I-5321
ECLI:EU:C:2003:300

"1) Uma sociedade anónima constituída, detida e gerida por uma autarquia local, satisfaz uma necessidade de interesse geral, na acepção do artigo 1º, alínea b), segundo parágrafo, da Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, quando adquire serviços com o objectivo de promover o desenvolvimento de actividades industriais ou comerciais no território da referida autarquia. A fim de avaliar se essa necessidade é desprovida de carácter industrial ou comercial, compete ao órgão jurisdicional nacional apreciar as circunstâncias que presidiram à constituição dessa sociedade e as condições em que a mesma exerce a sua actividade, incluindo, nomeadamente, a ausência de um fim lucrativo a título principal e a não assunção dos riscos associados à referida actividade, bem como o eventual financiamento público da actividade em causa.

2) A circunstância de os locais a construir serem locados a uma só empresa não é susceptível de pôr em causa a qualidade de organismo de direito público do locador, desde que se prove que este satisfaz uma necessidade de interesse geral sem carácter industrial ou comercial."

COMENTÁRIO :

Temos aqui um acórdão relevante sobre o conceito de entidade adjudicante, e um desenvolvimento mais do que é a "necessidade de interesse geral". O caso ocorreu na Finlândia, e opôs diversas empresas à sociedade Taitotalo (detida a 100% pela Cidade de Varkaus) que tem por objeto a compra, venda e locação de imóveis, a participação em sociedades imobiliárias e a prestação de serviços no mesmo âmbito, a respeito de uma decisão desta última de não selecionar uma proposta no quadro de um concurso para prestação de serviços de planificação e construção de um projeto imobiliário. Um primeiro concurso foi anulado e do segundo resultou a impugnação da firma Korhonen à sua exclusão. Nesse processo era sustentado que não tinha sido cumprida seja a legislação nacional seja a europeia, porque a Taitotalo deveria ser considerada um organismo de direito público. Quanto às questões prejudiciais, o Tribunal de Justiça começou por reiterar que os critérios legais para a classificação de uma

entidade como "organismo de direito público" são cumulativos (número 32, do acórdão). Discutiu-se se a Taitotalo exerceria, ou não, uma atividade de natureza comercial e industrial, lembrando o Tribunal de Justiça que já havia feito a distinção entre atividades de interesse geral sem caráter comercial ou industrial, e atividades de interesse geral com caráter comercial ou industrial (refere os acórdãos dados nos processos C-360/96 - BFI Holding e C-223/99 e C-260/99 apensos, - Agorà e Excelsior). Como a sua atividade, executa a vontade da cidade de Valkaus em criar, no seu território, um polo de desenvolvimento tecnológico : ***"42. (...) a sua atividade é suscetível de responder efectivamente a uma necessidade de interesse geral".*** *Se bem que remeta para o órgão nacional de reenvio a confirmação dessa qualidade (número 56, do acórdão). O tribunal nacional questionou, ainda, se o facto de os locais a construir serem locados a uma só empresa não seria suscetível de pôr em causa a qualidade de organismo do direito público do locador, desde que se provasse que este satisfaz uma necessidade de interesse geral sem caráter industrial ou comercial. O Tribunal de Justiça concluiu que não, pois nada impedia que por esse meio fosse exercida uma atividade de interesse geral, perfeitamente correspondente à vontade da cidade de Valkaus.*

Processo C-337/06 (Bayerischer Rundfunk)
Acórdão de 13 de dezembro de 2007

Coletânea, 2007, página I-11173
ECLI:EU:C:2007:786

"1) O artigo 1º, alínea b), segundo parágrafo, terceiro travessão, primeira alternativa, da Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, deve ser interpretado no sentido de que existe um financiamento maioritário pelo Estado quando as actividades de organismos de radiodifusão públicos como os em causa no processo principal são financiadas maioritariamente através de uma taxa que onera os detentores de um aparelho receptor, que é aplicada, calculada e cobrada segundo regras como as que estão em causa no processo principal.

2) O artigo 1º, alínea b), segundo parágrafo, terceiro travessão, primeira alternativa, da Directiva 92/50 deve ser interpretado no sentido de que, em caso de financiamento das actividades de organismos de radiodifusão públicos como os em causa no processo principal segundo as modalidades expostas no âmbito da apreciação da primeira questão prejudicial, a condição relativa ao 'financiamento pelo Estado' não exige a ingerência directa do Estado ou de outros poderes públicos na adjudicação, por esses organismos, de um contrato como o analisado no processo principal.

3) (...)."

<u>COMENTÁRIO :</u>

Em agosto de 2005, a GEZ (central de cobrança de taxas), que, de acordo com o que consta do número 20, do acórdão, constitui um agrupamento de direito público, sem personalidade jurídica, nem personalidade judiciária, que age em nome e por conta dos diferentes organismos regionais de radiodifusão, lançou um convite escrito a onze empresas de limpeza, para apresentação de propostas desse tipo de serviço, para as instalações de Colónia. Uma das empresas a quem não foi adjudicado (a GEWA) o contrato (que atingia um valor estimado de mais de € 400.000), impugnou a adjudicação, fundamentando o seu pedido no desrespeito pelas normas comunitárias, que, todos os interessados no processo reconhecem, não foram aplicadas. Os organismos de radiodifusão recorreram judicialmente desta decisão. Reiterando a jurisprudência dada no processo C-380/98 (Universidade de Cambridge), o Tribunal frisou que a receita das taxas

representava mais de metade dos recursos dos citados organismos. E afirmou que, à semelhança do próprio conceito de entidade adjudicante, também o de "financiamento pelo Estado" deveria merecer uma interpretação funcional. E continuou : ***"41. (...) a taxa que assegura o financiamento maioritário da actividades dos organismos em questão tem origem no tratado interestadual sobre a radiodifusão, ou seja, num acto estatal. É prevista e imposta por lei e não resulta de uma transacção comercial celebrada entre organismos e consumidores. A sujeição à referida taxa é gerada pelo simples facto de detenção de um aparelho receptor não é a contrapartida do gozo efectivo dos serviços oferecidos pelos organismos em questão. 42. Em seguida, deve observar-se que a fixação do montante da taxa também não resulta de uma relação contratual entre os organismos de radiodifusão em causa no processo principal e os consumidores. Nos termos do tratado interestadual sobre o financiamento da radiodifusão, este montante é fixado por uma decisão formal dos parlamentos e dos governos dos Laender (...)".*** *Depois, a taxa é cobrada administrativa e operacionalmente, pela já referida GEZ. Já quanto às modalidades de pagamento, e de relação, entre os vários entes considerados, o Tribunal afirmou, para fundamentar a sua resposta à segunda questão :* ***59. (...) no presente caso não há nenhuma contrapartida específica para o Estado, visto que, conforme salienta pertinentemente o órgão jurisdicional de reenvio, o financiamento em causa no processo principal serve para compensar os encargos que surgem do cumprimento da missão de serviço público do Estado que consiste em assegurar uma informação audiovisual pluralista e objectiva dos cidadãos. Nesta medida, os organismos de radiodifusão em causa no processo principal não diferem de outro serviço público que receba uma subvenção do Estado para realizar a sua tarefa de serviço público".*** *Das duas conclusões resulta que os organismos organismos regionais de radiodifusão são entidades adjudicantes, para efeito das diretivas sobre contratação pública. O comentário à terceira conclusão consta do capítulo 1 (âmbito e alcance das normas sobre contratação pública).*

Processo C-393/06 (Ing. Aigner)
Acórdão de 10 de abril de 2008

Coletânea, 2008, página I-2339
ECLI:EU:C:2008:213

"1) (...).

2) Uma entidade como a Fernwaerme Wien GmbH deve ser considerada um organismo de direito público, na acepção dos artigos 2º, nº 1, alínea a), segundo parágrafo, da Directiva 2004/17/ e 1º, nº 9, segundo parágrafo, da Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços.

3) (...) "

COMENTÁRIO :

Este caso é muito interessante, por tratar da lei reguladora para adjudicação de contratos públicos de uma empresa pública municipal, a Ferwaerme, totalmente detida pelo município de Viena, que exercia, em simultâneo, atividades que estão classificadas nos setores especiais (aquecimento urbano) e outras não (instalações de frio, em mercado concorrencial). Por isso se discute a matéria face às duas diretivas. Dando como verificada a existência de uma organização com personalidade jurídica e totalmente controlada e dominada por uma entidade adjudicante (o município), o Tribunal limita-se a discutir ***"38. (...) se essa entidade foi criada para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral com carácter não industrial ou comercial".*** *Dada a razão de ser da constituição da Ferwaerme, o Tribunal (número 39, do acórdão) conclui, sem qualquer hesitação, que a vontade do município de Viena foi criar uma empresa para satisfazer necessidades de interesse geral. Depois, reitera jurisprudência de que é indiferente que a atividade exercida o pudesse ser por empresas privadas, e que, para decidir sobre o estatuto da entidade, têm de ser considerados todos os elementos relevantes. Aqui, a posição dominante da Ferwaerme no mercado do aquecimento foi determinante para a sua inequívoca classificação como organismo de direito público. Tornando quase irrelevante o facto de ela atuar, no mercado de frio, em concorrência. O comentário às primeira e terceira conclusões consta do capítulo 1 (âmbito e alcance das normas sobre contratação pública). Trata-se de um acórdão muito importante, e orientador da jurisprudência sobre o campo de aplicação das diretivas geral e dos setores especiais.*

Processo C-300/07 (Hans & Christophorus)
Acórdão de 11 de junho de 2009

Coletânea, 2009, página I-4779
ECLI:EU:C:2009:358

"1) O artigo 1º, nº 9, segundo parágrafo, alínea c), primeira alternativa, da Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, deve ser interpretado no sentido de que há um financiamento maioritário pelo Estado quando as actividades das caixas públicas de seguro de doença são financiadas a título principal por contribuições colocadas a cargo dos inscritos, que são fixadas, calculadas e cobradas de acordo com normas de direito público tais com as em causa no processo principal. Tais caixas de seguro de doença devem ser consideradas organismos de direito público e, portanto, entidades adjudicantes para efeitos de aplicação das regras desta directiva.

2) (...).

3) (...)."

COMENTÁRIO :

Este é um acórdão decisivo na definição de um traço caraterístico do "organismo de direito público", enquanto entidade adjudicante, o do financiamento maioritário, enquanto requisito de classificação. O litígio no processo principal estabeleceu-se entre a empresa Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopaedie Schuhtechnik, à AOK Rheinland Hamburg. Esta última é uma caixa pública de seguro de doença convidou especialistas em calçado ortopédico e convidou, por meio de anúncio publicado numa revista especializada em junho de 2006, a apresentarem propostas com vista à confeção e fornecimento de calçado, no âmbito do regime de assistência integrada. O período de vigência do futuro vínculo era de 1 de setembro a 31 de dezembro de 2006, e a remuneração respetiva era dividida em diferentes categorias tarifárias, em relação às quais os interessados tinham de indicar os seus preços. Não estava definido o volume do calçado a fornecer. A Hans & Christophorus apresentou uma proposta, mas, dois dias depois invocou diversas violações às disposições nacionais e comunitárias sobre contratação pública. A primeira questão prejudicial era a de saber se as caixas públicas de seguro de doença deveriam ser

consideradas entidades adjudicantes. Aqui surgiu a particularidade, que viria também a estar presente no processo C-526/11 (IVD), de estarem incluídas na lista de organismos de direito público constante do anexo III, à diretiva 2004/18/CE, da seguinte forma : "segurança social (caixas de previdência, companhias de seguros de acidentes e de reforma". O Tribunal de Justiça não considerou argumento de ser parte da lista como suficiente, valendo a definição substantiva de organismo de direito público. Lembrando que os três requisitos são de verificação cumulativa, centrou-se a análise no financiamento maioritário, introduzindo deste modo : ***"51. Impõe-se seguidamente observar que, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a letra do artigo 1º, nº 9, segundo parágrafo, alínea c), primeira alternativa, da Directiva 2004/18 não contém nenhuma precisão sobre as modalidades segundo as quais deve ser efectuado o financiamento em causa nessa disposição. Assim, por exemplo, esta não exige que a actividade dos organismos considerados seja financiada directamente pelo Estado ou por outra entidade pública, para que a condição correspondente esteja preenchida. Um modo de financiamento indirecto é, pois, suficiente a este respeito (v.neste sentido, acórdão de 13 de Dezembro de 2007, Bayerischer Rundfunk e o., C-337/06, Colectt. P. I-11173, nºs 34 e 49)".*** *E o Tribunal de Justiça aduz cinco argumentos para declarar as caixas alemãs como organismos de direito público : 1) o financiamento das caixas públicas de seguro de doença é assegurado pelas contribuições dos seus inscritos, trabalhadores e empregadores, sendo a inscrição obrigatória ; 2) essas contribuições são pagas sem contraprestação específica ; 3) as taxas pela aplicação das quais são definidas pelas caixas, mas com uma muito pequena margem de apreciação própria, dada a missão que está confiada a essas organizações pela lei ; 4) a fixação das contribuições por essas caixas públicas carece de prévia autorização da autoridade pública de supervisão ; 5) o sistema de cobrança das contribuições aos beneficiários é por retenção, sem qualquer possibilidade de intervenção dos mesmos beneficiários. Por todas estas razões, o Tribunal de Justiça considerou que estava reunida a condição de financiamento maioritário pelo Estado ou outras entidades adjudicantes, pelo que não era necessário, para a resposta, analisar se a gestão das caixas era controlada por entes públicos. O comentário à segunda e terceira conclusões constam do capítulo 1 (âmbito e alcance das normas sobre contratação pública).*

Processo C-536/07 (Comissão *versus* Alemanha)
Acórdão de 29 de outubro de 2009

O comentário a este acórdão consta do capítulo 1 (âmbito e alcance das normas sobre contratação pública). Uma das questões essenciais residiu na identificação da entidade adjudicante, que acabou por ser exclusivamente a cidade de Colónia, no contexto de um conjunto de relações jurídicas, que envolveram também uma sociedade de investimento privada e a KoelnMesse, empresa de economia mista, mas com participação pública largamente maioritária. O Tribunal de Justiça só reconheceu a cidade de Colónia como contratante, pela parte pública.

Processo C-526/11 (IVD)
Acórdão de 12 de setembro de 2013
ECLI:EU:C:2013:543

"O artigo 1º, nº 9, segundo parágrafo, alínea c), da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos público de serviços, deve ser interpretado no sentido de que um organismo, como uma ordem profissional de direito público, não preenche o critério relativo ao financiamento maioritário pelos poderes públicos quando este organismo é financiado maioritariamente pelas cotizações pagas pelos seus membros, cujo montante a lei o habilita a fixar e a cobrar, no caso de esta lei não determinar o alcance e as modalidades das ações empreendidas pelo referido organismo no âmbito do desempenho das suas funções legais, que estas cotizações se destinam a financiar, nem o critério relativo ao controlo de gestão pelos poderes públicos apenas porque a decisão pela qual o mesmo organismo fixa o montante das referidas cotizações deve ser aprovada por uma autoridade de supervisão."

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal estabeleceu-se entre a empresa IVD e a Ordem profissional dos médicos da Vestefália-Lippe (Alemanha), relativo à decisão desta última de adjudicar um contrato de impressão e expedição do seu boletim informativo e para a colocação de anúncios e venda de assinaturas. O respetivo anúncio foi publicado no JOCE, a 5 de novembro de 2010. Quatro concorrentes apresentaram-se, sendo dois excluídos. A disputa pela adjudicação deu-se entre a IVD e a WWF, tendo esta última merecido a adjudicação. A IVD impugnou a decisão, por, em seu entender, a WWF não ter apresentado certas referências exigidas pela Ordem. No processo judicial desencadeado, o órgão jurisdicional nacional entendeu que, para decidir a causa, teria de ter a certeza sobre o estatuto da Ordem enquanto entidade adjudicante, ou não, para efeitos da diretiva 2004/18/CE. Sobretudo quanto ao terceiro critério para a consideração de organismo de direito público, o do financiamento. Acrescia que, no anexo III, à diretiva 2004/18/CE estavam expressamente incluídas as ordens profissionais como organismos de direito público, de acordo com a comunicação feita à Comissão pelas autoridades alemãs, durante o processo legislativo. O Tribunal de Justiça confirmou, naturalmente, que os três

critérios eram cumulativos, e que a interpretação das normas para a definição de organismo de direito público deveria ser funcional. Num aresto que se revela de grande interesse, e correspondente importância, o Tribunal de Justiça afirmou, quanto ao critério do financiamento : ***"23. Dado que este conceito deve ser interpretado de modo funcional, o Tribunal de Justiça entendeu que o critério relativo ao financiamento maioritário pelos poderes públicos engloba um modo de financiamento indireto. 24. Tal financiamento pode ser efetuado através de uma taxa prevista e imposta pela lei quanto ao seu princípio e montante, a qual não constitui a contrapartida do gozo efetivo dos serviços prestados pelo organismo em causa pelas pessoas que dele são devedoras, e cujas modalidades de cobrança se incluem nas prerrogativas do poder público (v. neste sentido, acórdão Bayerischeer Rubdfunk e o., já referido, nºs 41, 42, 44, 45 e 47-49). 25. A circunstância de, formalmente, ser o próprio organismo a fixar o montante das contribuições que asseguram maioritariamente o seu financiamento não exclui que possa existir um financiamento indireto que cumpra o referido critério. É o que acontece quando organismos como caixas públicas de segurança social são financiados mediante cotizações pagas por ou para os inscritos, sem contrapartida específica, quando a inscrição nesta caixa e o pagamento destas cotizações sejam impostos por lei, a taxa destas últimas, apesar de formalmente fixada pelas próprias caixas, seja, por um lado, juridicamente imposta, determinando a lei as prestações fornecidas pelas referidas caixas bem como as despesas correspondentes e proibindo-as de exercer funções com um fim lucrativo, e, por outro, deva ser autorizada pela autoridade de supervisão, e a cobrança seja efetuada de forma compulsória, com base em disposições de direito público (v. neste sentido, acórdão Hans & Christophorous Oymanns, já referido, nºs 53 a 56).*** *Porém, o Tribunal afirmou, logo em seguida, que a Ordem em questão não podia ser equiparada à situação anteriormente descrita (nº 26 do acórdão). Com efeito, o documento essencial desse organismo, o seu regulamento, era aprovado pelos seus membros, e as taxas nele fixadas. O Tribunal apreciou o facto de tal regulamento ser sujeito à apreciação de um órgão de supervisão, mas como tal só era feito para apreciar o equilíbrio da gestão financeira ou para o exercício de um controlo geral de legalidade, não alterava a natureza da ação da Ordem, ou o seu estatuto de autonomia. E não era verdade, por isso, que existisse qualquer controlo de gestão sobre os órgãos da Ordem, ou a Ordem ela própria, por parte de poderes públicos.*

Portanto, e mesmo constando da lista alemã constante do anexo III, à diretiva 2004/18/CE, esta Ordem não era um organismo de direito público.

Processo C-567/15 (LitSpecMec)
Acórdão de 5 de outubro de 2017

O comentário a este acórdão consta do capítulo 22 (sistemas de contratação interna, in-house, e modelos de cooperação para exercício conjunto de missão de serviço público). Interessa aqui porque afirma a classificação de duas entidades como "organismos de direito público".

Processo C-155/19 e C-156/19 apensos (FIGC)
Acórdão de 3 de fevereiro de 2021
ECLI:EU:C:2021:88

"1) O artigo 2º, nº 1, ponto 4, alínea a), da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE, deve ser interpretado no sentido de que se pode considerar que uma entidade com competências de caráter público taxativamente definidas pelo direito nacional foi criada para o fim específico de satisfazer necessidades de interesse geral que não sejam de natureza industrial ou comercial na aceção dessa disposição, apesar de não ter sido criada sob a forma de uma Administração Pública, mas como uma associação regulada pelo direito privado, e de algumas das suas atividades, para as quais goza de capacidade de autofinanciamento, não terem caráter público.

2) A segunda parte da alternativa referida no artigo 2º, nº 1, ponto 4, alínea c), da Diretiva 2014/24 deve ser interpretada no sentido de que, no caso de uma federação desportiva nacional gozar, por força do direito nacional, de autonomia de gestão, a gestão dessa federação só pode ser considerada sujeita ao controlo de uma autoridade pública se resultar de uma análise global de poderes de que essa autoridade dispõe contra a referida federação que existe um controlo de gestão ativo que, de facto, põe em causa essa autonomia a ponto de permitir que a referida autoridade influencie as decisões da mesma federação em matéria de contratos públicos. A circunstância de as diferentes federações desportivas nacionais exercerem uma influência sobre a atividade da autoridade pública em causa, em virtude da sua participação maioritária nos sues principais órgãos colegiais deliberativos só é pertinente se se puder determinar que cada uma dessas federações, considerada isoladamente, está em condições de exercer uma influência significativa sobre o controlo público exercido por essa autoridade a seu respeito, com a consequência desse controlo ser neutralizado e de tal federação desportiva nacional recuperar assim o controlo sobre a sua gestão, não obstante a influência de outras federações desportivas nacionais numa situação análoga."

COMENTÁRIO :

De um litígio entre a Federazione Italiana Giuoco Calcio (FIGC) e o adjudicatário Consorzio Ge.Se.Av.S. face à empresa De Vellis Servizi

Globali, a propósito da adjudicação de um contrato público de serviços cujo objeto era o transporte de material necessário para o acompanhamento das equipas de futebol nacional e para o armazém da FIGC em Roma, por um período de três anos. As empresas em conflito foram convidadas a participar num procedimento por negociação, que não seguiu as regras da diretiva 2014/24/UE, na suposição de que a FIGC não era uma entidade adjudicante, na modalidade de "organismo de direito público". De entre os vários temas relevantes para a eventual classificação da FIGC como entidade adjudicante, também era perguntado se os poderes do CONI (Comitato Olimpico Nazionale Italiano) tem sobre as federações desportivas preenchia o terceiro critério, segunda modalidade, constante da alínea c), do nº 4, do artigo 2º, da diretiva 2014/24/EU, o que, por arrasto, levaria a que a FIGC seria um organismo de direito público. Tenha-se bem presente que o Tribunal de Justiça responde, nos reenvios prejudiciais, às questões colocadas, e da forma como são colocadas. O que, naturalmente, condiciona as respostas. Só em casos excecionais o Tribunal se permite reformular tais questões, eventualmente condensando-as, para organizar a sua resposta de um modo útil (neste caso, isso não chegou a acontecer). O Tribunal de Justiça começou por reiterar jurisprudência anterior sobre o preenchimento dos requisitos legais, em termos de direito da União : ***"35. O Tribunal de Justiça já declarou que os três requisitos previstos no artigo 2º, nº 1, ponto 4, alíneas a) a c), da Diretiva 2014/24/UE são cumulativos, tendo os três critérios mencionados no terceiro requisito, por seu turno, caráter alternativo (v. neste sentido, Acórdãos de 12 de setembro de 2013, IVD, C-526/11, EU:C:2013:543, nº 20, e de 5 de outubro de 2017, LitSpecMet, C-567/15, EU:C:2017:736, nº 30 e jurisprudência aí referida".*** *O Tribunal de Justiça aceitou que quer o CONI, quer a FIGC, exercem atividades de interesse geral, indistintamente da natureza jurídica de direito privado desta última, e do facto de poderem, quaisquer organismos de direito público exercer também outras atividades (vide processo C-360/96, de 10 de novembro de 1998-BFI Holding). Depois, apreciando as consequências dos poderes conferidos ao CONI sobre a atividade das federações desportivas, o Tribunal de Justiça considerou que um controlo a posteriori não cumpriria o critério do domínio, segunda modalidade do terceiro requisito para ser um organismo de direito público. Mas não só. Analisando os estatutos do CONI (que, de acordo com o disposto na lei italiana tem personalidade jurídica de direito público e está sujeito a supervisão ministerial), o Tribunal de Justiça declara :* ***"53. Parece assim que, ao exercer essencialmente uma função reguladora e coordenadora o CONI constitui uma organização-mãe que visa***

sobretudo dirigir às federações desportivas nacionais regras desportivas, éticas e estruturais comuns, de modo a enquadrar a prática desportiva de maneira harmonizada de acordo com as regras internacionais, especialmente no âmbito das competições e da preparação para os Jogos Olímpicos. A este respeito, deve também notar-se que, por força do artigo 7º, nº 2, alínea e), do Decreto Legislativo nº 242, o controlo do CONI sobre essas federações parece imitar-se essencialmente às áreas da organização adequada das competições, à preparação olímpica, à atividade desportiva de alta competição e à utilização das ajudas financeiras, o que cabe ao órgão jurisdicional verificar". *E continuou :* ***57. A autonomia de gestão conferida às federações desportivas nacionais em Itália parece assim, a priori, militar contra um controlo ativo do CONI a ponto de este star em condições de influenciar a gestão de uma federação desportiva nacional como a FIGC, nomeadamente em matéria de adjudicação de contratos públicos".*** *Compulsando os poderes atribuídos ao CONI, e que também releva duplamente perante os critérios de classificação em direito da União, o Tribunal de Justiça afirma :* ***"69. Quanto ao poder do CONI, referido no artigo 23º, nº 2, dos seus estatutos, de determinar as contribuições financeiras destinadas às federações desportivas nacionais e definir setores particulares de atribuição dessas contribuições, incumbirá ao órgão jurisdicional de reenvio verificar a incidência desse poder na gestão concreta da FIGC, bem como na sua capacidade de conservar o domínio das suas decisões em matéria de adjudicação de contratos".*** *Como nota final, refira-se que o órgão jurisdicional de reenvio havia declarado, na enunciação da segunda questão prejudicial, que a FIGC tinha "capacidade de autofinanciamento". Daí que a apreciação tenha se tenha cingido, em muito, quanto ao eventual controlo. Um nota especial para a primeira conclusão, que admite um conceito largo de classificação de organismo de direito público.*