ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção)

11 de Junho de 2009 *

No processo C-300/07,

que tem por objecto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 234.º CE, apresentado pelo Oberlandesgericht Düsseldorf (Alemanha), por decisão de 23 de Maio de 2007, entrado no Tribunal de Justiça em 27 de Junho de 2007, no processo

Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik,

contra

AOK Rheinland/Hamburg,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção),

composto por: K. Lenaerts, presidente de secção, T. von Danwitz, R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (relator) e G. Arestis, juízes,

* Língua do processo: alemão.

advogado-geral: J. Mazák,
secretário: C. Strömholm, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 19 de Junho de 2008,

vistas as observações apresentadas:

— em representação da Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik, por H. Glahs e U. Karpenstein, Rechtsanwälte,

— em representação da AOK Rheinland/Hamburg, por A. Neun, Rechtsanwalt,

— em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por G. Wilms e D. Kukovec, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 16 de Dezembro de 2008,

profere o presente

Acórdão

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objecto a interpretação do artigo 1.º, n.os 2, alíneas c) e d), 4, 5 e 9, segundo parágrafo, alínea c), primeira e segunda alternativas, 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 (JO L 134, p. 114).

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik, à AOK Rheinland/Hamburg a respeito das questões de saber, em primeiro lugar, se as caixas públicas de seguro de doença alemãs constituem entidades adjudicantes para efeitos da aplicação das regras da Directiva 2004/18, em segundo lugar, se a colocação à disposição por especialistas em calçado, na sequência de um acordo celebrado com a caixa pública de seguro de doença, de calçado ortopédico confeccionado e adaptado individualmente às necessidades dos pacientes, em conjugação com conselhos pormenorizados a estes dispensados antes e após esta colocação à disposição, deve ser considerada um contrato público de fornecimento ou um contrato público de serviços e, em terceiro lugar, no caso da referida colocação à disposição de calçado ortopédico dever ser considerada uma prestação de serviços, se se trata no caso em apreço de uma «concessão de serviços» ou de um «acordo-quadro» na acepção das disposições da Directiva 2004/18.

Quadro jurídico

Regulamentação comunitária

3 O artigo 1.º da Directiva 2004/18, intitulado «Definições», prevê:

«[…]

2. a) 'Contratos públicos' são contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais entidades adjudicantes, que têm por objecto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços na acepção da presente directiva.

[…]

c) 'Contratos públicos de fornecimento' são contratos públicos que não os abrangidos pela alínea b), que têm por objecto a compra, a locação financeira, a locação ou a locação-venda, com ou sem opção de compra, de produtos.

[…]

d) 'Contratos públicos de serviços' são contratos públicos que não sejam contratos de empreitada de obras públicas ou contratos públicos de fornecimento, relativos à prestação de serviços mencionados no anexo II.

Um contrato público que tenha por objecto, simultaneamente, produtos e serviços na acepção do anexo II, é considerado um 'contrato público de serviços' sempre que o valor dos serviços em questão exceda o dos produtos abrangidos pelo contrato.

Um contrato público que tenha por objecto serviços, na acepção do anexo II, e que, só a título acessório em relação ao objecto principal do contrato, inclua actividades na acepção do anexo I, é considerado um 'contrato público de serviços'.

4. 'Concessão de serviços' é um contrato com as mesmas características que um contrato público de serviços, com excepção de que a contrapartida dos serviços a prestar consiste quer unicamente no direito de exploração do serviço, quer nesse direito acompanhado de um pagamento.

5. 'Acordo-quadro' é um acordo entre uma ou mais entidades adjudicantes e um ou mais operadores económicos, que tem por objecto fixar os termos dos contratos a celebrar durante um determinado período, nomeadamente em matéria de preços e, se necessário, de quantidades previstas.

[…]»

4 O artigo 1.º, n.º 9, da Directiva 2004/18 dispõe:

«Por 'entidades adjudicantes' entende-se o Estado, as autarquias locais e regionais, os organismos de direito público e as associações formadas por uma ou mais autarquias locais ou regionais ou um ou mais organismos de direito público.

Por 'organismo de direito público' entende-se qualquer organismo:

a) Criado para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral com carácter não industrial ou comercial;

b) Dotado de personalidade jurídica; e

c) Cuja actividade seja financiada maioritariamente pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público; ou cuja gestão esteja sujeita a controlo por parte destes últimos; ou em cujos órgãos de administração, direcção ou fiscalização mais de metade dos membros sejam designados pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público.

As listas não exaustivas dos organismos e categorias de organismos de direito público que satisfazem os critérios referidos nas alíneas a), b) e c) do segundo parágrafo constam do anexo III. Os Estados-Membros notificarão periodicamente a Comissão das alterações introduzidas nas suas listas.»

5 No anexo III desta directiva, no capítulo III intitulado «Na Alemanha», ponto 1 «Categorias», ponto 1.1. «Colectividades», quarto travessão, constam as «Sozialversicherungen (Krankenkassen, Unfall- und Rentenversicherungsträger) [segurança social (caixas de previdência, companhias de seguros de acidentes e de reforma)]».

6 O artigo 21.º da referida directiva prevê:

«Os contratos que tenham por objecto os serviços referidos no anexo II B estão sujeitos apenas ao artigo 23.º e ao n.º 4 do artigo 35.º»

7 No anexo II B, categoria 25, da mesma directiva constam os «Serviços de saúde e de carácter social».

8 Em conformidade com o artigo 22.º da Directiva 2004/18:

«Os contratos que tenham simultaneamente por objecto a prestação de serviços referidos no anexo II A e de serviços referidos no anexo II B são adjudicados de acordo com os artigos 23.º a 55.º quando o valor dos serviços referidos no anexo II A for superior ao valor dos serviços referidos no anexo II B. Nos restantes casos, estão sujeitos ao artigo 23.º e ao n.º 4 do artigo 35.º»

9 Nos termos do artigo 32.º, n.º 2, desta directiva:

«Para efeitos de celebração de um acordo-quadro, as entidades adjudicantes seguirão as normas processuais referidas na presente directiva […]»

10 O artigo 79.º da referida directiva, sob a epígrafe «Modificações», dispõe:

«A Comissão pode modificar nos termos do n.º 2 do artigo 77.º:

[…]

d) A lista dos organismos e das categorias de organismos de direito público referidas no anexo III, sempre que, com base em notificações dos Estados-Membros, se revelarem necessárias;

[…]»

11 Finalmente, o artigo 1.º, n.º 4, da Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas (JO L 171, p. 12), prevê:

«Para efeitos da presente directiva, são igualmente considerados contratos de compra e venda os contratos de fornecimento de bens de consumo a fabricar ou a produzir.»

Legislação nacional

12 A apresentação da seguinte síntese da legislação nacional pertinente resulta dos elementos que constam dos autos apresentados ao Tribunal e, designadamente, da decisão de reenvio.

13 O sistema da saúde pública na Alemanha e a organização e o financiamento das caixas públicas de seguro de doença nesse país estão regulados nos livros IV e V do Código Social (Sozialgesetzbuch) (a seguir, respectivamente, «SGB IV» e «SGB V»). A tarefa confiada pelo legislador às caixas públicas de seguro de doença está definida do seguinte modo no § 1, n.º 1, do SGB V:

«O seguro de doença, como uma comunidade baseada num princípio de solidariedade, tem a tarefa de manter, recuperar ou melhorar a saúde dos beneficiários.»

14 Resulta do § 4, n.º 1, do SGB V que as caixas públicas de seguro de doença são organismos de direito público dotados de personalidade jurídica e de autonomia administrativa. Foram criados por força dos §§ 1 e 3 do SGB V. Resulta do pedido de decisão prejudicial que a grande maioria da população alemã (cerca de 90%) está obrigatoriamente segura, por força da lei, numa caixa pública de seguro de doença. As pessoas cobertas pelo regime de seguro obrigatório podem escolher a caixa na qual se pretendam inscrever, mas não podem escolher entre uma caixa pública de seguro de doença e uma privada.

15 A regulamentação sobre o financiamento das caixas públicas de seguro de doença consta dos §§ 20 a 28 do SGB IV e dos §§ 3, 220 e seguintes do SGB V. Este financiamento é assegurado pelas contribuições obrigatórias pagas pelos beneficiários, pelos pagamentos directos efectuados pelo Estado federal e pelos pagamentos compensatórios decorrentes do sistema de compensação financeira entre as caixas públicas e do mecanismo de compensação dos riscos.

16 Segundo o pedido de decisão prejudicial, as contribuições obrigatórias dos beneficiários, bem como a parte destas a cargo dos seus empregadores, constituem o financiamento amplamente maioritário das caixas públicas de seguro de doença. O montante das contribuições é unicamente função de rendimento, ou seja, da capacidade contributiva, do beneficiário. Outros elementos, tal como a idade do beneficiário, o seu estado de saúde ou o número de pessoas cobertas em seu nome, não têm qualquer importância a este respeito. Na prática, a parte da contribuição a cargo do beneficiário é deduzida do seu salário pela entidade patronal e é, em seguida, paga à caixa pública de seguro de doença juntamente com a parte da contribuição a cargo da entidade patronal. Trata-se de obrigações de direito público e a cobrança das contribuições é efectuada de forma compulsória, com base em disposições de direito público.

17 A percentagem das contribuições é fixada, não pelo Estado, mas pelas caixas públicas de seguro de doença. Estas, como prevê a regulamentação pertinente, devem calcular as contribuições de modo a que, adicionadas aos outros recursos, possam cobrir as

despesas estipuladas por lei e garantir a disponibilidade dos meios operacionais e das reservas legais. A fixação da percentagem das contribuições requer a aprovação da autoridade pública de supervisão de cada caixa de seguro de doença. Nos termos do pedido de decisão prejudicial, o montante das contribuições é em certa medida imposto por lei, pois deve ser fixado de modo a que as receitas daí resultantes não sejam inferiores nem superiores às despesas. Uma vez que, em conformidade com o regime alemão de saúde pública, as prestações a fornecer estão, na sua maioria, definidas na lei, o montante das suas despesas não pode ser directamente influenciado de forma significativa pela respectiva caixa pública de seguro de doença.

18 A fim de manter as percentagens de cotização dos beneficiários ao mesmo nível, os §§ 266 a 268 do SGB V prevêem, numa base anual, pagamentos compensatórios entre todas as caixas públicas de seguro de doença resultantes da compensação dos riscos. Segundo as observações do órgão jurisdicional de reenvio, existe, a este respeito, uma obrigação de solidariedade mútua entre estas caixas, tendo cada uma delas direito a compensação ou dever de compensação no limite de um determinado montante.

19 As caixas públicas de seguro de doença, que, segundo o § 4, n.º 1, do SGB V, são dotadas de autonomia administrativa, estão sujeitas a controlo estatal. Segundo o pedido de decisão prejudicial, esse controlo não se limita a uma simples fiscalização da legalidade *a posteriori.*

20 Determinadas medidas tomadas pelas caixas públicas de seguro de doença carecem de autorização por parte da autoridade de supervisão, tais como a alteração dos seus estatutos e a fixação das percentagens de contribuições, as operações de construção ou de aquisição de terrenos e o desenvolvimento de *software*, como resulta dos §§ 195, n.º 1, 220, n.º 2, e 241 do SGB V. As autoridades de supervisão estão obrigadas a verificar, no mínimo de cinco em cinco anos, a gestão comercial, contabilística e operacional das caixas públicas de seguro de doença sujeitas ao seu controlo. Este controlo, que se

estende nomeadamente à rentabilidade da actividade da caixa em questão, pode ser mais frequente (§§ 69, n.º 2, e 88, n.º 1, do SGB IV, bem como 274, n.º 1, do SGB V). No quadro destes controlos, o § 88, n.º 2, do SGB IV prevê que estas caixas estão obrigadas a comunicar à autoridade de supervisão todos os documentos e todas as informações necessárias. Além disso, segundo os §§ 37 e 89, n.º 3, do SGB IV, se os organismos autónomos de gestão das referidas caixas se recusarem a assegurar a execução das tarefas que estão obrigados a cumprir, estas tarefas serão tomadas a cargo pela própria autoridade de supervisão.

21 Finalmente, o orçamento provisório de cada caixa pública de seguro de doença deve ser apresentado atempadamente à autoridade de supervisão competente (§ 70, n.º 5, do SGB IV) e esta última pode proceder à fusão das caixas inviáveis com outras caixas ou decidir o seu encerramento (§§ 146a, 153, primeiro período, ponto 3, 156, 163, primeiro período, ponto 3, 167, segundo período, e 170 do SGB V).

22 Uma vez que, no contexto do sistema em questão, o beneficiário tem direito, através da caixa pública de seguro de doença na qual esteja inscrito, não ao reembolso das despesas, mas ao livre acesso aos serviços correspondentes (§ 2, n.º 2, do SGB V), segundo o princípio dos serviços em espécie, as caixas públicas de seguro de doença são encorajadas a concluir com diferentes fornecedores regimes de assistência multissectoriais ou interdisciplinares. Estes «regimes de assistência integrada», previstos nos §§ 140a a 140e do SGB V, são concluídos entre as caixas públicas de seguro de doença e diferentes fornecedores elegíveis para prestar tratamento aos beneficiários. Definem a remuneração das diferentes fórmulas do regime de assistência integrada destinadas a pagar a totalidade dos serviços que o beneficiário pode solicitar no âmbito do regime. É a caixa pública de seguro de doença que é a parte no contrato do regime de assistência

integrada e que deve pagar a remuneração do fornecedor. A participação dos beneficiários nas fórmulas do regime é opcional, mas, logo que o beneficiário escolha uma fórmula, deverá recorrer aos serviços do fornecedor com quem a caixa pública de seguro de doença em questão concluiu tal contrato.

23 Durante a tramitação dos autos no Tribunal de Justiça, foram igualmente mencionados dois acórdãos do Bundesverfassungsgericht relacionados com a missão das caixas de seguro de doença na Alemanha.

24 No seu despacho de 9 de Junho de 2004 (2 BvR 1248/03 e 2 BvR 1249/03), o Bundesverfassungsgericht afirmou o seguinte:

«O direito social é um dos instrumentos mais importantes da política social do Estado. No ordenamento do Estado social instituído pela Lei Fundamental (Grundgesetz), a protecção em caso de doença é uma das tarefas fundamentais do Estado. O legislador assumiu-a, assegurando a protecção da grande maioria da população através da introdução do seguro legal de doença, seguro obrigatório de direito público, e regulando as modalidades desta protecção. A tarefa principal das caixas públicas de seguro de doença do regime legal consiste em dar execução a uma legislação social pormenorizada criada para a realização desta tarefa fundamental do Estado.»

25 Por último, no seu despacho de 31 de Janeiro de 2008 (1 BvR 2156/02), o Bundesverfassungsgericht declarou que as caixas de seguro de doença são organismos de direito público integrados no Estado e que exercem de facto, indirectamente, missões administrativas do Estado.

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

26 Através de anúncio publicado no mês de Junho de 2006 numa revista especializada, a AOK Rheinland/Hamburg, uma caixa pública de seguro de doença, convidou especialistas em calçado ortopédico a apresentarem propostas com vista à confecção e fornecimento de calçado no âmbito do regime de assistência integrada, na acepção dos §§ 140a e seguintes do SGB V, para o período de 1 de Setembro a 31 de Dezembro de 2006. Os serviços a prestar estavam, consoante o custo, divididos em diferentes categorias tarifárias, em relação às quais os proponentes tinham de indicar os seus preços.

27 O volume de calçado a fornecer não estava fixado. Estava previsto que os pacientes com a síndrome do «pé diabético», munidos de um cartão de seguro de saúde e da correspondente receita médica, se deviam dirigir directamente ao respectivo especialista em calçado ortopédico. A tarefa deste consistiria em confeccionar e controlar o calçado ortopédico adaptado individualmente às necessidades dos pacientes, devendo prestar aconselhamento pormenorizado antes e após o fornecimento do calçado. O pagamento seria efectuado, com excepção dos suplementos a serem pagos pelos pacientes, pela caixa pública de seguro de doença.

28 A Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik, uma fábrica de calçado ortopédico, apresentou uma proposta e, dois dias mais tarde, invocou violações das disposições comunitárias e nacionais em matéria de adjudicação de contratos públicos. Esta reclamação foi rejeitada pela caixa pública de seguro de doença com o fundamento de que as disposições da legislação relativa à adjudicação de contratos públicos não eram aplicáveis no caso concreto. Não tendo sido coroado de sucesso o recurso interposto contra esta decisão pela fábrica de calçado ortopédico, esta recorreu para a Câmara de Recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos do Oberlandesgericht Düsseldorf.

29 Este órgão jurisdicional observa, em primeiro lugar, que, na doutrina e jurisprudência alemãs, é controversa a questão de saber se as caixas públicas de seguro de doença, apesar de estarem mencionadas no anexo III da Directiva 2004/18, devem ser consideradas organismos de direito público e, portanto, entidades adjudicantes, na acepção desta directiva. Por esta razão, expõe a sua problemática sobre as diferentes condições impostas a este respeito pelo artigo 1.º, n.º 9, segundo parágrafo, da referida directiva.

30 No tocante às condições previstas nas alíneas a) e b) desta disposição, o órgão jurisdicional de reenvio considera que estas condições estão preenchidas, na medida em que as caixas públicas de seguro de doença são pessoas jurídicas de direito público, criadas para satisfazer especificamente as necessidades de manutenção, recuperação ou melhoria da saúde dos beneficiários, ou seja, necessidades de interesse geral. Além disso, estas necessidades não têm carácter industrial ou comercial, visto que as caixas públicas de seguro de doença não desempenham actividade comercial e fornecem as suas prestações sem fim lucrativo.

31 A discussão deverá, pois, versar sobre as condições fixadas no artigo 1.º, n.º 9, segundo parágrafo, alínea c), da Directiva 2004/18.

32 Quanto à primeira destas condições, a saber, o financiamento maioritário pelo Estado, o órgão jurisdicional de reenvio refere-se às características do sistema nacional em questão, como resultam dos n.os 13 a 18 do presente acórdão.

33 No tocante à condição respeitante ao controlo da gestão pelos poderes públicos, o órgão jurisdicional de reenvio refere-se aos elementos pertinentes do sistema, como resultam dos n.os 19 e 20 do presente acórdão.

34 Caso se deva concluir que as caixas públicas de seguro de doença são entidades adjudicantes, colocar-se-á, em segundo lugar, a questão de saber se o contrato público em causa no processo principal deve ser qualificado de contrato de fornecimento ou de contrato de serviços. O órgão jurisdicional de reenvio observa a este respeito que o artigo 1.º, n.º 2, alínea d), segundo parágrafo, da Directiva 2004/18 institui como critério de tal apreciação o valor dos serviços e dos produtos em questão. Com base neste critério, é essencial saber, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, qual o lugar que ocupa a confecção do calçado em causa no processo principal no âmbito do conjunto da prestação que abrange a aquisição dos materiais, a confecção, o aconselhamento e a informação dos clientes.

35 Se houver que considerar a confecção individualizada do calçado em causa no processo principal como parte integrante do fornecimento de produtos, o órgão jurisdicional de reenvio entende que o valor do fornecimento deste calçado será superior ao dos serviços. Se, pelo contrário, o valor do fornecimento consistir unicamente na matéria-prima, o valor dos serviços excederá o do fornecimento. Observa que, a favor da primeira abordagem, parece militar o artigo 1.º, n.º 4, da Directiva 1999/44, que equipara os «contratos de fornecimento de bens de consumo a fabricar ou a produzir» aos contratos de compra e venda, e isto independentemente do facto de se tratar de bens estandardizados ou de bens adaptados individualmente à encomenda, ou seja, de bens não substituíveis. Todavia, poder-se-á deduzir da jurisprudência do Tribunal de Justiça que os aspectos qualitativos também desempenham um papel neste contexto (v. acórdão de 18 de Janeiro de 2007, Auroux e o., C-220/05, Colect., p. I-385, n.º 46). Nesta perspectiva, haverá que ter em consideração que o aconselhamento fornecido aos pacientes não se limita à escolha e à utilização do produto.

36 O órgão jurisdicional de reenvio realça que esta delimitação é importante, pois a classificação do contrato em causa no processo principal como contrato de fornecimento implicará a plena aplicação das disposições da Directiva 2004/18.

37 No caso do contrato em causa no processo principal não dever ser qualificado de contrato de fornecimento, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se, em terceiro lugar, se este contrato deverá ser considerado um contrato de serviços ou uma concessão de serviços. Neste último caso, como decorre do seu artigo 17.º, a Directiva 2004/18 não é aplicável. No entender do órgão jurisdicional que decidiu em primeira instância, esta última hipótese deve ser desde logo excluída pelo facto de ser a caixa pública de seguro de doença, e não o paciente, quem deve pagar a remuneração ao prestador. Todavia, no entender do órgão jurisdicional de reenvio, deve igualmente ter-se em consideração o critério relativo à determinação da parte que suporta o risco financeiro. A este respeito, haverá que considerar, por um lado, que o prestador não corre o risco que se prende com a cobrança dos créditos e a insolvência dos devedores, pois é a caixa pública de seguro de doença, e não o paciente, que deve remunerar o prestador. Mas, por outro lado, o prestador suporta o risco dos seus produtos e serviços não serem pretendidos pelos pacientes. Este elemento será, de resto, o que distingue o presente caso da situação de um acordo-quadro normal. Na opinião do órgão jurisdicional de reenvio, o ponto decisivo para efeitos da qualificação do contrato em causa no processo principal como concessão de serviços é o facto de o prestador não ter suportado anteriormente prestações onerosas, como a construção de instalações ou despesas com pessoal ou aparelhagem, que devam ser amortizadas, seguidamente, através do «direito de explorar, com vista à sua retribuição, a sua própria prestação» (acórdão de 7 de Dezembro de 2000, Telaustria e Telefonadress, C-324/98, Colect., p. I-10745, n.º 30).

38 Por último, o órgão jurisdicional de reenvio realça que, se o contrato em causa no processo principal devesse ser considerado um contrato de serviços, isto implicaria, em razão do seu carácter de serviço de saúde, por força do artigo 21.º e do anexo II B, categoria 25, da Directiva 2004/18, unicamente a aplicação dos artigos 23.º e 35.º, n.º 4, desta directiva e que, no caso concreto, é desde logo de excluir a violação destas disposições. Todavia, tal qualificação implicaria a aplicação de algumas disposições do direito nacional, que utiliza o mesmo conceito de «contrato de serviços», com base nas quais a recorrente no processo principal obteria parcialmente vencimento de causa.

39 Tendo em conta estas considerações, o Oberlandesgericht Düsseldorf decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) a) O artigo 1.º, n.º 9, [segundo parágrafo,] alínea c), primeira alternativa, da Directiva [2004/18] deve ser interpretado no sentido de que existe 'financiamento pelo Estado' quando o Estado impõe a inscrição num seguro de saúde, bem como o pagamento de contribuições — cujo montante está dependente do rendimento —, à respectiva caixa de seguro de doença, que fixa a percentagem da contribuição, apesar de as caixas de seguro de doença estarem ligadas entre si por um sistema de financiamento solidário, descrito mais em pormenor nos fundamentos, e de o cumprimento das obrigações de cada caixa de seguro de doença estar assegurado?

b) A condição referida no artigo 1.º, n.º 9, [segundo parágrafo,] alínea c), segunda alternativa, da Directiva [2004/18] de que a gestão do organismo 'esteja sujeita a controlo por parte destes últimos' deve ser interpretada no sentido de que um controlo jurídico público, respeitante tanto a operações em curso como a futuras, eventualmente acrescido de outras possibilidades de intervenção do Estado descritas nos fundamentos, é suficiente para assegurar a verificação dessa condição?

2) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão — alínea a) ou alínea b) —, o artigo 1.º, n.º 2, alíneas c) e d) da Directiva [2004/18] deve ser interpretado no sentido de que o fornecimento de mercadorias, produzidas e adaptadas individualmente à forma exigida pelos respectivos clientes e sobre cuja utilização estes são aconselhados individualmente, deve ser qualificado [de] 'contrato de fornecimento' ou [de] 'contrato de serviços'? Para este fim, deve ser tido em consideração apenas o valor de cada prestação?

3) No caso de o fornecimento referido na segunda questão dever ou poder ser classificado [de] uma 'prestação de serviços', o artigo 1.º, n.º 4, da Directiva

[2004/18] — por contraposição a um acordo-quadro na acepção do artigo 1.º, n.º 5, [desta] directiva — deve ser interpretado no sentido de que por 'concessão de serviços' se deve também entender a adjudicação de um contrato, na qual

— a decisão sobre se e em que casos são atribuídos contratos individuais ao adjudicatário pertence não à entidade adjudicante, mas sim a terceiros;

— o pagamento ao adjudicatário é efectuado pela entidade adjudicante, visto que só esta última é, por força da lei, devedora da remuneração e que só ela está obrigada perante terceiros à prestação do serviço; e

— antes de um pedido de terceiros, o adjudicatário não está obrigado a prestar ou propor quaisquer serviços, independentemente da sua natureza?»

Quanto às questões prejudiciais

Quanto à primeira questão

40 Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende, essencialmente, saber se as caixas públicas de seguro de doença, tais como as em causa no processo principal, tendo em conta as suas características expostas na decisão de reenvio, devem ser consideradas entidades adjudicantes, para efeitos da aplicação das regras da Directiva 2004/18.

41 Para efeitos da resposta a esta questão, importa examinar, em primeiro lugar, a questão preliminar subjacente que decorre dos fundamentos do pedido de decisão prejudicial e da problemática aí exposta pelo órgão jurisdicional de reenvio, a saber, se a circunstância de as caixas públicas de seguro de doença em causa no processo

principal estarem explicitamente mencionadas no anexo III da Directiva 2004/18 constitui um elemento suficiente para que sejam consideradas, apenas por este facto, organismos de direito público e, portanto, entidades adjudicantes.

42 A recorrente no processo principal assim como a Comissão das Comunidades Europeias invocam a este respeito que a simples inscrição de uma entidade no anexo III da Directiva 2004/18 constitui condição suficiente para efeitos da qualificação desta entidade como organismo de direito público. Tal inscrição constituirá presunção inilidível desta qualificação, que tornará supérfluo qualquer exame suplementar da natureza das características da entidade em causa.

43 Não é possível seguir esta abordagem.

44 Efectivamente, resulta do artigo 234.º, primeiro parágrafo, alínea b), CE que um órgão jurisdicional nacional pode, a todo o momento, interrogar o Tribunal de Justiça sobre a validade de um acto adoptado pelas instituições da Comunidade Europeia, quando entenda que é necessária uma decisão do Tribunal de Justiça a este respeito para o julgamento da causa.

45 Importa a este propósito realçar que a regulamentação comunitária em causa, a saber, a Directiva 2004/18, contém simultaneamente regras substantivas, como as do artigo 1.º, n.º 9, segundo parágrafo, desta directiva que enuncia as condições a que deve corresponder um organismo para ser considerado uma entidade adjudicante na acepção da referida directiva, e medidas para a execução destas regras substantivas, como a inserção, no anexo III da mesma directiva, de uma lista não exaustiva de organismos públicos que se considera preencherem estas condições. Num tal contexto, incumbe ao tribunal comunitário, quando lhe tenha sido apresentado um pedido fundamentado neste sentido por um órgão jurisdicional nacional, assegurar-se da coerência interna do acto comunitário em causa, verificando se a inscrição de determinado organismo na referida lista corresponde a uma aplicação correcta dos critérios substantivos definidos na referida disposição. Esta intervenção do Tribunal de Justiça é exigida pela segurança jurídica, que constitui um princípio geral do direito comunitário.

46 No presente caso, o órgão jurisdicional de reenvio suscita, embora não explicitamente, uma questão de validade da inscrição das caixas públicas de seguro de doença em causa no processo principal no anexo III da Directiva 2004/18. Refere as divergências que existem na jurisprudência e na doutrina alemãs a respeito da questão de saber se esta inscrição constitui uma condição suficiente e exclusiva para efeitos da qualificação destas caixas como organismos de direito público e deixa mesmo entender claramente as suas próprias dúvidas a este respeito. Por estas razões, formula a sua primeira questão sob o ângulo das condições substantivas previstas pelo artigo 1.º, n.º 9, segundo parágrafo, alínea c), da Directiva 2004/18.

47 Por conseguinte, o órgão jurisdicional de reenvio pretende interrogar o Tribunal de Justiça sobre a validade da inscrição do organismo em causa no processo principal no anexo III da Directiva 2004/18, à luz das condições substantivas enunciadas na referida disposição.

48 Para efeitos da resposta a esta questão, cabe recordar que, em conformidade com a jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, os três requisitos impostos pelo artigo 1.º, n.º 9, segundo parágrafo, alíneas a), b) e c), da Directiva 2004/18, que devem estar preenchidos para que uma entidade seja considerada um organismo de direito público, têm carácter cumulativo (acórdão de 10 de Abril de 2008, Ing. Aigner, C-393/06, Colect., p. I-2339, n.º 36 e jurisprudência referida).

49 Como resulta da decisão de reenvio, as condições impostas pelo artigo 1.º, n.º 9, segundo parágrafo, alíneas a) e b), da Directiva 2004/18 estão preenchidas no caso em apreço. Com efeito, as caixas públicas de seguro de doença em causa são pessoas jurídicas de direito público, foram criadas por lei para satisfazer especificamente necessidades que se prendem com a saúde pública, que são necessidades de interesse geral, e estas necessidades não têm carácter industrial ou comercial, na medida em que as prestações são fornecidas pelas referidas caixas sem fim lucrativo. Resta, pois, examinar se, pelo menos, uma das condições alternativas previstas nas três hipóteses

que constam do artigo 1.º, n.º 9, segundo parágrafo, alínea c), desta directiva está preenchida no caso em apreço e, em primeiro lugar, a condição relativa ao financiamento maioritário pelo Estado.

50 No tocante a esta condição, importa recordar, em primeiro lugar, que, como resulta do sistema nacional em questão assim como dos despachos do Bundesverfassungsgericht referidos nos n.ºs 24 e 25 do presente acórdão, a protecção da saúde pública é uma tarefa fundamental do Estado e as caixas públicas de seguro de doença estão integradas no Estado e exercem, de facto, indirectamente, missões administrativas do Estado.

51 Impõe-se seguidamente observar que, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a letra do artigo 1.º, n.º 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, Colect., p. I-11173, n.ºs 34 e 49).

52 Cabe realçar, em primeiro lugar, que o financiamento das caixas públicas de seguro de doença em causa no processo principal é assegurado, em conformidade com a legislação nacional pertinente, pelas contribuições dos seus inscritos, incluindo as contribuições pagas em relação a estes últimos pelos empregadores, pelos pagamentos directos das autoridades federais e pelos pagamentos compensatórios entre estas caixas, resultantes do regime de compensação dos riscos. As contribuições obrigatórias dos beneficiários constituem o financiamento amplamente maioritário das referidas caixas.

53 Em segundo lugar, resulta igualmente da decisão de reenvio que as contribuições dos beneficiários são pagas sem contraprestação específica, na acepção da jurisprudência do Tribunal de Justiça (v., neste sentido, acórdão de 3 de Outubro de 2000, University of Cambridge, C-380/98, Colect., p. I-8035, n.ºs 23 a 25). Com efeito, a estes pagamentos não está ligada nenhuma contrapartida contratual concreta, na medida em que nem a

obrigação de contribuição nem o seu montante constituem o resultado de um acordo entre as caixas públicas de seguro de doença e os seus inscritos, estando estes obrigados por força da lei ao pagamento da contribuição pelo simples facto da sua inscrição, a qual também é legalmente imposta (v., neste sentido, acórdão Bayerischer Rundfunk e o., já referido, n.º 45). Além disso, o montante das contribuições é unicamente função da capacidade contributiva de cada beneficiário, não sendo a este respeito pertinentes outros elementos, tais como a sua idade, o seu estado de saúde ou o número de pessoas cobertas em seu nome.

54 Em terceiro lugar, o órgão jurisdicional de reenvio refere que, diversamente da taxa em causa no processo que conduziu ao acórdão Bayerischer Rundfunk e o., já referido, a percentagem das contribuições é fixada, no caso em apreço, não pelos poderes públicos, mas pelas próprias caixas públicas de seguro de doença. Todavia, este observa, correctamente, que a margem de apreciação destas caixas é extremamente reduzida a este respeito, na medida em que estas têm por missão assegurar as prestações previstas pela regulamentação em matéria de segurança social. Assim, dado que as prestações e as despesas que com elas se prendem são impostas por lei e que as referidas caixas não exercem as suas funções com fim lucrativo, a percentagem das contribuições deve ser fixada de tal modo que as receitas delas decorrentes não sejam nem inferiores nem superiores às despesas.

55 Em quarto lugar, cumpre realçar que a fixação das percentagens das contribuições pelas caixas públicas de seguro de doença carece, em todo o caso, da prévia autorização da autoridade pública de supervisão de cada uma delas. Assim, a referida percentagem é, segundo a formulação do órgão jurisdicional de reenvio, em alguma medida, fixada legalmente. No que respeita, por último, às outras fontes de receitas destas caixas, os pagamentos directos das autoridades federais, embora em si mesmos de menor importância, constituem indiscutivelmente um financiamento directo por parte do Estado.

56 Por último, no tocante às modalidades de cobrança das contribuições, resulta da decisão de reenvio que, na prática, a parte a cargo do beneficiário é retida no seu salário pelo seu empregador e é paga à caixa pública de seguro de doença competente com a parte da contribuição a cargo deste último. Assim, a cobrança das contribuições

efectua-se sem qualquer possibilidade de intervenção dos beneficiários. O órgão jurisdicional de reenvio refere a este respeito que a cobrança das contribuições é efectuada de forma compulsória, com base em disposições de direito público.

57 Há, pois, que considerar, a par das conclusões às quais chegou o Tribunal de Justiça no n.º 48 do acórdão Bayerischer Rundfunk e o., já referido, que um financiamento, como o em causa no processo principal, de um regime público de seguro de doença, que tem na sua origem actos estatais, é na prática garantido pelos poderes públicos e é assegurado por um modo de cobrança das respectivas contribuições que é regulado por disposições de direito público, preenche a condição relativa ao financiamento maioritário pelo Estado, para efeitos da aplicação das regras comunitárias em matéria de adjudicação de contratos públicos.

58 Tendo em conta esta conclusão, e visto o carácter alternativo das condições impostas pelo artigo 1.º, n.º 9, segundo parágrafo, alínea c), da Directiva 2004/18, não há que examinar se a condição respectiva ao controlo da gestão das caixas públicas de seguro de doença pelos poderes públicos está preenchida no caso em apreço.

59 Deve, pois, responder-se à primeira questão submetida que o artigo 1.º, n.º 9, segundo parágrafo, alínea c), primeira alternativa, da Directiva 2004/18 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 como 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 da aplicação das regras desta directiva.

Quanto à segunda questão

60 Com esta questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, qual é o critério que deve ser aplicado a fim de determinar se um contrato público misto, que tem por objecto simultaneamente o fornecimento de produtos e a prestação de serviços, deve ser considerado um contrato de fornecimento ou um contrato de serviços e se o critério a aplicar a este respeito é unicamente o valor das diferentes partes que compõem o contrato misto em causa. Todavia, resulta da decisão de reenvio que o órgão jurisdicional nacional pergunta igualmente se, em caso de colocação à disposição de mercadorias que são fabricadas e adaptadas individualmente em função das necessidades de cada cliente, e sobre cuja utilização cada cliente deve ser individualmente aconselhado, a confecção das referidas mercadorias deve ser incluída na parte «fornecimento» ou na parte «serviços» deste contrato, para efeitos do cálculo do valor de cada uma das suas componentes.

61 Para responder a esta questão, importa salientar, em primeiro lugar, que quando um contrato tem simultaneamente por objecto o fornecimento de produtos e a prestação de serviços, a Directiva 2004/18 contém no seu artigo 1.º, n.º 2, alínea d), segundo parágrafo, uma regra específica que fixa um critério de delimitação a fim de que o contrato em causa possa ser considerado um contrato de fornecimento ou um contrato de serviços, a saber, o valor respectivo dos produtos e dos serviços incorporados nesse contrato. Este critério tem carácter quantitativo, ou seja, remete concretamente para o valor da contrapartida devida como remuneração da componente «produtos» e da componente «serviços» incorporadas no contrato em causa.

62 Em contrapartida, no caso de um contrato público que versa sobre a prestação de serviços e sobre a execução de obras, o artigo 1.º, n.º 2, alínea d), terceiro parágrafo, da Directiva 2004/18 utiliza outro critério de delimitação, o do objecto principal do contrato em causa. Este critério foi aplicado no acórdão Auroux e o., já referido (n.ºs 37 e 46), no qual estava precisamente em causa um contrato que tinha por objecto obras e serviços.

63 Não resulta nem da regulamentação comunitária aplicável nem da jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça que este critério também deva ser levado em conta no caso de um contrato misto que versa sobre fornecimentos e serviços.

64 Seguidamente, cabe observar que, em conformidade com a definição do conceito de «contratos públicos de fornecimento», constante do artigo 1.º, n.º 2, alínea c), primeiro parágrafo, da Directiva 2004/18, este conceito versa sobre operações como, por exemplo, a compra ou a locação, a respeito de «produtos», sem especificação a este respeito e sem distinguir consoante o produto em questão tenha sido fabricado de modo estandardizado ou de modo individualizado, isto é, segundo as preferências e as necessidades concretas do cliente. Por conseguinte, o conceito de «produto», a que se refere de um modo geral esta disposição, abrange igualmente o procedimento de confecção, independentemente da questão de saber se o produto considerado é colocado à disposição dos consumidores já pronto ou após ter sido fabricado segundo as suas exigências.

65 Esta abordagem é corroborada pelo artigo 1.º, n.º 4, da Directiva 1999/44, que qualifica de «contratos de compra e venda», em geral e sem distinção, os «contratos de fornecimento de bens de consumo a fabricar ou a produzir».

66 Há, pois, que responder à segunda questão submetida que, quando um contrato público misto tem por objecto simultaneamente produtos e serviços, o critério a aplicar a fim de determinar se o contrato em causa deve ser considerado um contrato de fornecimento ou um contrato de serviços é o valor respectivo dos produtos e dos serviços incorporados nesse contrato. Em caso de colocação à disposição de mercadorias que são fabricadas e adaptadas individualmente em função das necessidades de cada cliente, e sobre cuja utilização cada cliente deve ser individualmente aconselhado, a confecção das referidas mercadorias deve ser incluída na parte «fornecimento» do referido contrato, para efeitos do cálculo do valor de cada uma das suas componentes.

Quanto à terceira questão

67 A terceira questão deve ser entendida como visando, essencialmente, saber se, na hipótese de a prestação de serviços se revelar, no contrato em causa no processo principal, preponderante relativamente ao fornecimento de produtos, e tendo em conta as características expostas na decisão de reenvio, há que qualificar a adjudicação do contrato entre uma caixa pública de seguro de doença e um fabricante especializado de calçado ortopédico de «concessão de serviços», na acepção do artigo 1.º, n.º 4, da

Directiva 2004/18, ou de «acordo-quadro», na acepção do artigo 1.º, n.º 5, da referida directiva.

68 Em conformidade com a definição constante do artigo 1.º, n.º 4, da Directiva 2004/18, a concessão de serviços é um contrato que apresenta as mesmas características que um contrato público de serviços, salvo o facto de a contrapartida da prestação dos serviços consistir quer unicamente no direito de exploração do serviço quer nesse direito acompanhado de um preço.

69 Por seu turno, o acordo-quadro é definido no artigo 1.º, n.º 5, da Directiva 2004/18 como um acordo que tem por objecto estabelecer os termos, designadamente no que respeita aos preços e, eventualmente, às quantidades previstas, que devem reger os contratos a celebrar entre uma ou várias entidades adjudicantes e um ou vários operadores económicos durante um determinado período.

70 Resulta destas definições que os conceitos considerados apresentam características muito próximas, de tal modo que não é fácil estabelecer antecipadamente uma distinção clara entre si. A qualificação jurídica de um contrato depende, pois, dos elementos concretos que caracterizam o caso em análise.

71 Em todo o caso, resulta da definição, antes referida, da concessão de serviços que esta se caracteriza por uma situação na qual um direito de exploração de determinados serviços é transferido por uma entidade adjudicante para um concessionário, dispondo este último, no quadro do contrato celebrado, de uma certa liberdade económica no tocante a determinadas condições de exploração deste direito e estando assim, paralelamente, amplamente exposto aos riscos que se prendem com esta exploração. Em contrapartida, um acordo-quadro caracteriza-se por uma situação na qual a actividade do operador económico parte no acordo é enquadrada, na medida em que todos os contratos a celebrar pelo referido operador durante um determinado período devem respeitar as condições previstas nesse acordo.

72 Este elemento de distinção é confirmado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, em conformidade com a qual se está perante uma concessão de serviços quando o modo de remuneração acordado se prende com o direito de o prestador explorar a sua própria prestação e implica que este assuma o risco ligado à exploração dos serviços em questão (acórdão de 18 de Julho de 2007, Comissão/Itália, C-382/05, Colect., p. I-6657, n.º 34 e jurisprudência referida).

73 No caso em apreço, o contrato em causa no processo principal é um contrato dito de «assistência integrada», previsto nos §§ 140a a 140e do SGB V, celebrado entre uma caixa pública de seguro de doença e um operador económico. Nos termos deste contrato, o operador económico assume a obrigação de servir os beneficiários que a ele se dirijam. Concomitantemente, os preços para as diferentes fórmulas de prestações estão definidos no referido contrato, bem como a sua duração. As quantidades a respeito das diferentes prestações não estão fixadas, mas esta previsão não é exigida pelo conceito de concessão de serviços. A caixa pública de seguro de doença é a única devedora da remuneração do prestador. Verifica-se, pois, que as condições do exercício da actividade do operador económico estão definidas no contrato em causa no processo principal, de modo que o referido operador não dispõe do grau de liberdade económica que caracteriza uma situação de concessão de serviços nem está exposto a um risco considerável relacionado com a exploração das suas prestações.

74 É certo que se poderia observar que o operador económico está, no caso em apreço, exposto a um certo risco, na medida em que os seus produtos e serviços poderão não ser pretendidos pelos beneficiários. Todavia, este risco é reduzido. Com efeito, o operador económico não corre o risco que se prende com a cobrança da sua remuneração e a insolvência do seu co-contratante individual, uma vez que a caixa pública de seguro de doença é legalmente o único devedor da sua retribuição. Além disso, mesmo devendo estar suficientemente equipado com vista às suas prestações, não deve previamente suportar despesas consideráveis antes da celebração do contrato individual com um beneficiário. Por último, o número de beneficiários que sofrem da síndrome do «pé diabético», susceptíveis de recorrer a este operador económico, é conhecido antecipadamente, de modo que pode haver uma previsão razoável a respeito do recurso a este operador económico.

75 Por conseguinte, o risco preponderante ligado à exploração das actividades em questão, elemento que caracteriza a situação de um concessionário no quadro de uma concessão de serviços, não é no caso em apreço suportado pelo operador económico.

76 Há, pois, que responder à terceira questão submetida que, na hipótese de a prestação de serviços se revelar, no contrato em questão, preponderante relativamente ao fornecimento de produtos, um acordo, como o causa no processo principal, celebrado entre uma caixa pública de seguro de doença e um operador económico, no qual são definidas as remunerações das diferentes formas de tomada a cargo que devem ser asseguradas por este operador assim como a duração da aplicação do acordo, assumindo o referido operador a obrigação de satisfazer os pedidos dos beneficiários e sendo a referida caixa, por seu turno, a única devedora da remuneração das intervenções desse mesmo operador, deve ser considerado um «acordo-quadro» na acepção do artigo 1.º, n.º 5, da Directiva 2004/18.

Quanto às despesas

77 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional nacional, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efectuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Quarta Secção) declara:

1) O artigo 1.º, n.º 9, segundo parágrafo, alínea c), primeira alternativa, 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, 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 como 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 da aplicação das regras desta directiva.

2) **Quando um contrato público misto tem por objecto simultaneamente produtos e serviços, o critério a aplicar a fim de determinar se o contrato em causa deve ser considerado um contrato de fornecimento ou um contrato de serviços é o valor respectivo dos produtos e dos serviços incorporados nesse contrato. Em caso de colocação à disposição de mercadorias que são fabricadas e adaptadas individualmente em função das necessidades de cada cliente, e sobre cuja utilização cada cliente deve ser individualmente aconselhado, a confecção das referidas mercadorias deve ser incluída na parte «fornecimento» do referido contrato, para efeitos do cálculo do valor de cada uma das suas componentes.**

3) **Na hipótese de a prestação de serviços se revelar, no contrato em questão, preponderante relativamente ao fornecimento de produtos, um acordo, como o causa no processo principal, celebrado entre uma caixa pública de seguro de doença e um operador económico, no qual são definidas as remunerações das diferentes formas de tomada a cargo que devem ser asseguradas por este operador assim como a duração da aplicação do acordo, assumindo o referido operador a obrigação de satisfazer os pedidos dos beneficiários e sendo a referida caixa, por seu turno, a única devedora da remuneração das intervenções desse mesmo operador, deve ser considerado um «acordo-quadro» na acepção do artigo 1.º, n.º 5, da Directiva 2004/18.**

Assinaturas