Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção)

12 de setembro de 2013 *

«Contratos públicos — Diretiva 2004/18/CE — Artigo 1.º, n.º 9, segundo parágrafo, alínea c) — Conceito de 'organismo de direito público' — Condição relativa quer ao financiamento da atividade, quer ao controlo da gestão, quer à fiscalização da atividade pelo Estado, por autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público — Ordem profissional dos médicos — Financiamento previsto pela lei através de cotizações pagas pelos membros desta Ordem — Montante das cotizações fixado pela assembleia da referida Ordem — Autonomia da mesma Ordem quanto à determinação do alcance e das modalidades de execução das suas funções legais»

No processo C-526/11,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267.º TFUE, apresentado pelo Oberlandesgericht Düsseldorf (Alemanha), por decisão de 5 de outubro de 2011, entrado no Tribunal de Justiça em 18 de outubro de 2011, no processo

IVD GmbH & Co. KG

contra

Ärztekammer Westfalen-Lippe,

estando presente:

WWF Druck + Medien GmbH,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção),

composto por: T. von Danwitz, presidente de secção, A. Rosas, E. Juhász, D. Šváby (relator) e C. Vajda, juízes,

advogado-geral: P. Mengozzi,

secretário: A. Impellizzeri, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 8 de novembro de 2012,

vistas as observações apresentadas:

— em representação da IVD GmbH & Co. KG, por J. Eggers, Rechtsanwalt,

— em representação da Ärztekammer Westfalen-Lippe, por S. Gesterkamp e T. Schneider-Lasogga, Rechtsanwälte,

* Língua do processo: alemão.

— em representação do Governo checo, por M. Smolek e T. Müller, na qualidade de agentes,

— em representação da Comissão Europeia, por M. Noll-Ehlers, A. Tokár e C. Zadra, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 30 de janeiro de 2013,

profere o presente

Acórdão

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do artigo 1.º, n.º 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 públicos de serviços (JO L 134, p. 114).

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a IVD GmbH & Co. KG (a seguir «IVD») à Ärztekammer Wesfalen-Lippe (Ordem profissional dos médicos da Vestefália-Lippe, a seguir «Ärztekammer»), relativo à decisão desta de adjudicar um contrato a outra empresa, na sequência de um concurso público.

Quadro jurídico

Direito da União

3 Nos termos do artigo 1.º, n.º 9, segundo e terceiro parágrafos, da Diretiva 2004/18:

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

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

b) Dotado de personalidade jurídica; e

c) Cuja atividade 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, direção 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. [...]»

4 No que respeita à República Federal da Alemanha, o referido anexo menciona as associações profissionais, designadamente a Ordem dos Médicos, entre as coletividades criadas pelo Estado, pelos *Länder* ou pelas autoridades locais (parte III, 1.1, segundo travessão).

Direito alemão

5 Nos termos do § 6, n.º 1, pontos 1 a 5, da Lei sobre os profissionais de saúde do *Land* da Renânia do Norte-Vestefália (Heilberufsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen, a seguir «HeilBerG NRW»), a Ärztekammer tem designadamente por funções:

«1. apoiar o serviço público de saúde e o serviço veterinário público no desempenho das suas funções, apresentando, em particular, propostas para todas as questões relativas aos profissionais de saúde e à medicina;

2. apresentar observações a pedido das autoridades de supervisão, assim como dar pareceres e nomear peritos a pedido das autoridades competentes;

3. assegurar um serviço de emergência médica e dentária fora dos horários de consulta, bem como divulgar e regulamentar esse serviço;

4. assegurar e promover a formação profissional contínua dos membros da Ordem, a fim de contribuir para que os seus conhecimentos, aptidões e capacidades necessários ao exercício da profissão ao longo de toda a vida profissional correspondam ao estado atual da ciência e da prática, regulamentar a formação contínua em conformidade com esta lei e certificar qualificações especializadas; [...]

5. promover e implementar — em particular através da atribuição de certificações –, em concertação com os interessados, medidas de garantia da qualidade dos serviços de saúde e veterinários.»

6 Resulta da decisão de reenvio e dos autos de que o Tribunal de Justiça dispõe que a mesma lei:

— incumbe igualmente a Ärztekammer, designadamente, de assegurar a manutenção de um nível elevado da profissão, defender os interesses profissionais dos seus membros, assegurar o bom relacionamento entre estes, criar instituições de assistência em benefício dos seus membros e das suas famílias, ou ainda informar o público sobre as suas atividades e sobre temas associados à profissão (§ 6, n.º 1, pontos 6 a 8, 10 e 12);

— confere a qualidade de membro desta Ordem a todos os médicos que exerçam a sua profissão no *Land* da Renânia do Norte-Vestefália ou que aí tenham residência permanente (§ 2);

— confere, em princípio, o direito de voto na assembleia da referida Ordem a todos os membros da mesma (§ 12, n.º 1);

— atribui à Ärztekammer o direito de cobrar cotizações aos seus membros tendo em vista o desempenho das suas funções (§ 6, n.º 4, primeiro período);

— prevê que o montante destas cotizações deve ser fixado por um regulamento adotado pela assembleia da Ordem (§ 23, n.º 1);

— submete este regulamento à aprovação de uma autoridade de supervisão (§ 23, n.º 2), tendo essa aprovação unicamente por objetivo garantir o equilíbrio orçamental da referida Ordem; e

— prevê que a autoridade de tutela exerça, *a posteriori*, um controlo de ordem geral sobre a conformidade com a legislação do modo como a Ärztekammer desempenha as suas funções (§ 28, n.º 1).

Litígio no processo principal e questão prejudicial

7 A Ärztekammer deu início a um processo de concurso público para a impressão e expedição do seu boletim informativo e para a colocação de anúncios e venda de assinaturas, tendo sido publicado um anúncio de concurso no *Jornal Oficial da União Europeia*, em 5 de novembro de 2010. Depois de dois outros proponentes terem sido excluídos, a escolha foi feita entre a IVD e a WWF Druck + Medien GmbH, tendo sido escolhida a proposta desta última.

8 A IDV contestou esta adjudicação através de uma reclamação, e depois através de um recurso para a Vergabekammer, instância administrativa competente em matéria de contratos públicos, alegando que o adjudicatário não tinha apresentado certas referências exigidas pela Ärztekammer. Foi vencida nesta instância, tendo os seus pedidos sido declarados infundados.

9 O Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Regional Superior de Düsseldorf), chamado a pronunciar-se sobre o recurso da decisão da referida instância, decidiu examinar oficiosamente a questão da qualidade de entidade adjudicante da Ärztekammer, questão da qual depende a admissibilidade do recurso interposto pela IVD.

10 O órgão jurisdicional de reenvio considera que as funções de que esta Ordem está investida pelo § 6, n.º 1, pontos 1 a 5, da HeilBerG NRW são funções de interesse geral com caráter não industrial ou comercial. Além disso, resulta dos autos de que o Tribunal de Justiça dispõe que a referida Ordem tem personalidade jurídica. Portanto, estão preenchidas as condições previstas no artigo 1.º, n.º 9, segundo parágrafo, alíneas a) e b), da Diretiva 2004/18.

11 Em contrapartida, esse órgão jurisdicional questiona-se quanto ao ponto de saber se o direito de cobrar cotizações aos seus membros, de que a Ärztekammer dispõe, constitui um financiamento estatal indireto correspondente à primeira condição constante do artigo 1.º, n.º 9, segundo parágrafo, alínea c), desta diretiva.

12 Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, resulta dos acórdãos de 13 de dezembro de 2007, Bayerischer Rundfunk e o. (C-337/06, Colet., p. I-11173), e de 11 de junho de 2009, Hans & Christophorus Oymanns (C-300/07, Colet., p. I-4779), que existe esse financiamento estatal indireto quando o próprio Estado fixa a base e o montante das cotizações ou exerce tal influência, através de disposições que descrevem exatamente as prestações a fornecer pela pessoa coletiva em causa e que enquadram a determinação do montante das cotizações, que essa pessoa coletiva dispõe apenas de uma reduzida margem de apreciação na fixação desse montante.

13 Ora, esse órgão jurisdicional observa que a legislação aplicável não fixa o montante das cotizações cobradas pela Ärztekammer e não determina a extensão e as modalidades de execução das funções que lhe são atribuídas de modo a que a fixação do montante da cotização por esta Ordem apenas pudesse ter lugar numa medida reduzida. Pelo contrário, dado que dispõe de uma ampla margem de apreciação quanto ao desempenho das suas funções, esta Ordem beneficia de uma margem de apreciação equivalente quanto à determinação das suas necessidades de financiamento e, portanto, quanto à fixação do montante das cotizações devidas pelos seus membros. O referido órgão jurisdicional salienta igualmente que, embora exista um sistema de aprovação do regulamento que fixa este montante pela autoridade de supervisão, esta aprovação tem apenas por objetivo assegurar o equilíbrio orçamental da referida Ordem.

14 Tendo em conta estes elementos específicos, o órgão jurisdicional de reenvio considera que a Ärztekammer não corresponde às características salientadas pelo Tribunal de Justiça nos acórdãos mencionados no n.º 12 do presente acórdão e interroga-se sobre se elas são indispensáveis para que esteja preenchida a condição relativa à existência de um financiamento público.

15 Neste contexto, o Oberlandesgericht Düsseldorf decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Um organismo [...] (no caso vertente: uma ordem profissional) [...] é 'financiad[o] maioritariamente pelo Estado' ou a sua 'gestão' está 'sujeita a controlo' por parte deste último[, na aceção do artigo 1.º, n.º 9, segundo parágrafo, alínea c), da Diretiva 2004/18/CE], quando:

— a lei atribui ao organismo em causa o poder de cobrar cotizações aos seus membros, sem fixar, no entanto, o montante dessas cotizações, nem [o alcance] das prestações a financiar com a cotização,

— o regulamento das taxas cobradas por esse organismo pela prestação de determinados serviços carece, porém, da aprovação do Estado?»

Quanto à questão prejudicial

16 Com a sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se o artigo 1.º, n.º 9, segundo parágrafo, alínea c), da Diretiva 2004/18 deve ser interpretado no sentido de que um organismo, como uma ordem profissional de direito público, cumpre quer o critério relativo ao financiamento maioritário pelos poderes públicos, uma vez que este organismo é maioritariamente financiado pelas cotizações pagas pelos seus membros, cujo montante a lei aplicável 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, quer o critério relativo ao controlo da gestão pelos poderes públicos, uma vez que a decisão pela qual o mesmo organismo fixa o montante das referidas cotizações deve ser aprovada por uma autoridade de supervisão.

17 Cumpre salientar desde já, à semelhança do órgão jurisdicional de reenvio, que a Ärztekammer é referida no anexo III da Diretiva 2004/18, no qual são identificados, relativamente a cada Estado-Membro, os organismos de direito público e as categorias de organismos de direito público a que se refere o dito segundo parágrafo do n.º 9 do artigo 1.º Com efeito, na parte III deste anexo, consagrada à República Federal da Alemanha, a categoria 1.1, que é relativa às «coletividades […] de direito público criad[a]s pelo Estado, pelos *Länder* ou pelas autoridades locais», no seu segundo travessão, relativo à subcategoria «associações profissionais», menciona designadamente as «ordens dos [...] médicos».

18 No entanto, como recordou o advogado-geral nos n.ºs 20 e 21 das suas conclusões, a inscrição de um dado organismo neste anexo constitui unicamente a aplicação da regra substantiva enunciada no artigo 1.º, n.º 9, segundo parágrafo, da Diretiva 2004/18, sem que daí decorra uma presunção inilidível de que o referido organismo constitui um «organismo de direito público», na aceção desta disposição. Por conseguinte, incumbe ao juiz da União, quando lhe é submetido um pedido fundamentado neste sentido por um órgão jurisdicional nacional, assegurar-se da coerência interna desta diretiva, verificando se a inscrição de um organismo no referido anexo corresponde a uma aplicação correta dessa regra substantiva (v., neste sentido, acórdão Hans & Christophorus Oymanns, já referido, n.ºs 42, 43 e 45).

19 A este respeito, em conformidade com o artigo 1.º, n.º 9, segundo parágrafo, da Diretiva 2004/18, uma entidade constitui um «organismo de direito público», na aceção desta disposição, e, nessa qualidade, está subordinada às disposições desta diretiva quando estiverem preenchidas três condições cumulativas, a saber, que esta entidade tenha sido criada para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral, com caráter não industrial ou comercial [alínea a)], seja dotada de personalidade jurídica [alínea b)] e que a sua atividade seja financiada maioritariamente pelos poderes públicos, a sua gestão seja controlada por estes últimos ou mais de metade dos membros dos seus órgãos de administração, direção ou fiscalização sejam designados pelos poderes públicos [alínea c)].

20 Cada um dos três critérios alternativos enunciados no artigo 1.º, n.º 9, segundo parágrafo, alínea c), da referida diretiva reflete uma estreita dependência em relação aos poderes públicos. Com efeito, essa dependência é suscetível de permitir que estes últimos influenciem as decisões do organismo em causa em matéria de contratos públicos, o que gera a possibilidade de considerações não económicas orientarem estas decisões, e em particular o risco de ser dada preferência aos proponentes ou candidatos nacionais, criando entraves à livre circulação dos serviços e das mercadorias, que a aplicação das diretivas relativas aos contratos públicos visa precisamente impedir (v., quanto às disposições análogas anteriores à Diretiva 2004/18, acórdão de 1 de fevereiro de 2001, Comissão/França, C-237/99, Colet., p. I-939, n.os 39, 41, 42, 44, 48 e jurisprudência referida).

21 À luz destes objetivos, cada um destes critérios deve ser interpretado de modo funcional (v., no que respeita às disposições análogas anteriores à Diretiva 2004/18, acórdãos, já referidos, Comissão/França, n.º 43 e jurisprudência referida, e Bayerischer Rundfunk e o., n.º 40), isto é, independentemente das modalidades formais da sua aplicação (v., por analogia, acórdão de 10 de novembro de 1998, BFI Holding, C-360/96, Colet., p. I-6821, n.os 62 e 63), e deve ser entendido como criando uma dependência estreita em relação aos poderes públicos.

22 Antes de mais, no que respeita ao primeiro critério enunciado no artigo 1.º, n.º 9, segundo parágrafo, alínea c), da Diretiva 2004/18, relativo ao financiamento maioritário pelos poderes públicos, o conceito de financiamento visa uma transferência de meios financeiros efetuada sem contraprestação específica, com o objetivo de apoiar as atividades da entidade em causa (v., quanto às disposições análogas anteriores à Diretiva 2004/18, acórdão de 3 de outubro de 2000, University of Cambridge, C-380/98, Colet., p. I-8035, n.º 21).

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 dela são devedoras, e cujas modalidades de cobrança se incluem nas prerrogativas do poder público (v., neste sentido, acórdão Bayerischer Rundfunk e o., já referido, n.os 41, 42, 44, 45 e 47 a 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 as suas 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 & Christophorus Oymanns, já referido, n.os 53 a 56).

26 Cumpre, no entanto, observar que a situação de um organismo como a Ärztekammer não pode ser equiparada à descrita no número anterior do presente acórdão.

27 Com efeito, embora as funções desse organismo sejam enumeradas pela HeilBerG NRW, resulta, no entanto, da decisão de reenvio que a sua situação é caracterizada pela grande autonomia que esta lei lhe concede para determinar a natureza, o alcance e as modalidades de execução das ações que empreende com vista ao desempenho das suas funções, e portanto para fixar o orçamento necessário para o efeito e, consequentemente, o montante das cotizações que cobrará aos seus membros. A

circunstância de o regulamento que fixa este montante dever ser aprovado por uma autoridade pública de supervisão não é determinante, uma vez que esta autoridade se limita a verificar que o orçamento do organismo em causa está equilibrado, isto é, que este último, através das cotizações dos seus membros e dos seus outros recursos, garante receitas suficientes para cobrir todas as despesas associadas ao seu funcionamento segundo as modalidades que ele mesmo adotou.

28 Além disso, como salientou o advogado-geral nos n.os 65 e 66 das suas conclusões, esta autonomia relativamente aos poderes públicos é ainda reforçada no caso em apreço pelo facto de o referido regulamento ser adotado por uma assembleia constituída pelos próprios cotizados.

29 Em seguida, no que respeita ao segundo critério enunciado no artigo 1.º, n.º 9, segundo parágrafo, alínea c), da Diretiva 2004/18, relativo ao controlo da gestão pelos poderes públicos, há que recordar que, em princípio, um controlo *a posteriori* não cumpre este critério, uma vez que não permite que os poderes públicos influenciem as decisões do organismo em causa em matéria de contratos públicos (v., neste sentido, acórdão de 27 de fevereiro de 2003, Adolf Truley, C-373/00, Colet., p. I-1931, n.º 70). É, portanto, o caso, em princípio, de um controlo geral de legalidade efetuado *a posteriori* por uma autoridade de supervisão e, *a fortiori*, de uma intervenção desta autoridade sob a forma de uma aprovação da decisão deste organismo que fixa o montante das cotizações que garantem, no essencial, o seu financiamento, e que se limita a verificar que o orçamento do referido organismo está equilibrado.

30 Afigura-se, pois, que, ainda que a lei estabeleça as suas funções e a maneira como deve ser organizado maioritariamente o seu financiamento, por um lado, e preveja que a decisão pela qual fixa o montante das cotizações devidas pelos seus membros deve ser aprovada por uma autoridade de supervisão, por outro, um organismo como a Ärztekammer dispõe concretamente de uma autonomia organizacional e orçamental que se opõe a que se considere que se encontra num estado de dependência estreita relativamente aos poderes públicos. Consequentemente, as modalidades de financiamento deste organismo não constituem um financiamento maioritário pelos poderes públicos e não permitem um controlo da gestão do mesmo organismo por estes.

31 Tendo em conta as considerações precedentes, há que responder à questão submetida que o artigo 1.º, n.º 9, segundo parágrafo, alínea c), da Diretiva 2004/18 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 da 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.

Quanto às despesas

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

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

O artigo 1.º, n.º 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 públicos 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 da 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.

Assinaturas