CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER apresentadas em 6 de Setembro de 2007 [1]

I — Introdução

1. Entender a radiodifusão como um meio de informação seria reduzi-la ao seu aspecto mais característico, descurando outros de maior importância, à luz da importância sociocultural adquirida ao longo da sua história. Nas sociedades ocidentais, a conjunção desses sistemas de comunicação com o bem-estar material alcançado parece reavivar a máxima romana *panem et circenses*, com a qual o poeta latino Juvenal [2] troçava da ociosidade comodista do povo romano e do seu desinteresse pelos assuntos políticos [3].

Actualmente, poderia traduzir-se este aforismo substituindo pão por conforto e os jogos do circo romano pela televisão.

2. Ninguém discute já a enorme atracção das imagens, capazes de se infiltrar nos lugares mais recônditos da privacidade; portanto, para evitar que presságios como o de George Orwell na sua novela *1984* [4] convertam a técnica audiovisual numa máquina ao serviço da propaganda, os governos empenham-se em delinear garantias que assegurem um certo grau de objectividade e independência, pelo menos na radiotelevisão pública.

3. As três perguntas que o Oberlandesgericht (tribunal de recurso) de Düsseldorf dirigiu a este Tribunal de Justiça enquadram-se nesse contexto, o da pugna por um serviço público de radiodifusão idóneo e conforme

1 — Língua original: espanhol.

2 — Décimo Juno Juvenal (nascido provavelmente entre 55 e 60 em Aquino e falecido seguramente após 127), autor das «Sátiras», de quem não há mais referências biográficas que confidências esporádicas na sua própria obra. Pelas suas críticas às autoridades teve de sofrer um exílio no fim da sua vida, talvez por ter aludido, numa das suas composições poéticas, a Tito Elio Alcibiades, um mordomo do imperador Adriano; Juvenal, *Sátiras*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas; tradução, estudo introdutório e notas de B. Segura Ramos, Madrid, 1996, p. XIV.

3 — «[...] O mesmo povo, [...] / há tempo que, desde que não vendemos os votos / em ninguém, descarregou as suas preocupações. Pois quem antes / possuía império, fasces, legiões, tudo, agora / contém-se e apenas anseia com avidez por duas coisas, / pão e jogos de circo. [...]» Sátira X, versos 74 a 81.

4 — É comum catalogar esta novela, escrita em 1948 após o trauma da Segunda Guerra mundial, não tanto como uma diatribe contra o totalitarismo, mas como uma advertência para a subtileza com que pode instalar-se um regime desse tipo, valendo-se da manipulação dos meios de comunicação. G. Orwell, 1984, Ed. Destino, S.A., Madrid, 1997.

com as exigências do Estado de direito, em especial com a sua neutralidade, respeitando o pluralismo de opções políticas. Na Alemanha, segundo resulta do despacho de reenvio, essa garantia assenta, em grande medida, na atribuição às entidades públicas de radiodifusão da missão de cobrar e gerir os seus fundos, provenientes da obrigação de pagar determinada imposição pela mera circunstância de possuir uma rádio ou uma televisão.

4. Este modelo de financiamento decorrente de um dever indiscutível de serviço público coloca o dilema de saber se essas entidades de radiodifusão devem ser consideradas como «entidades adjudicantes» no sentido das directivas comunitárias em matéria de contratos públicos ou se, pelo contrário, não merecem esta categoria, ficando dispensadas dos processos de adjudicação.

II — Quadro jurídico

A — *Legislação comunitária*

5. A título preliminar, o órgão jurisdicional de reenvio invocou quer o artigo 1.°, n.° 9, no que se refere ao âmbito de aplicação pessoal, quer o artigo 16.°, alínea b), relativamente ao âmbito de aplicação material, da Directiva 2004/18/CE [5], que codificou os regimes de adjudicação dos contratos públicos no plano comunitário, alegando que, expirado o prazo de transposição da directiva para o direito nacional, sem ter sido efectuada a transposição pertinente, a jurisprudência do Bundesgerichtshof (supremo tribunal alemão) leva-o a interpretar as regras nacionais à luz de qualquer acto legislativo comunitário recentemente adoptado, ainda que não regule o processo de contratação controvertido.

6. Ainda que se aceite a fundamentação do Oberlandesgericht, há que referir o texto original do artigo 1.°, alíneas a) e b), da Directiva 92/50/CEE [6], por duas razões: em primeiro lugar, porque constitui o preceito básico que orientou o legislador alemão para conformar o seu ordenamento jurídico com o comunitário e, por conseguinte, a regulamentação nacional remete para essa disposição; em segundo lugar, pela identidade absoluta das regras paralelas do texto único da Directiva 2004/18.

5 — 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).

6 — Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços (JO L 209, p. 1).

7. A fim de delimitar o seu âmbito de aplicação *ratione personae*, o artigo 1.º, alínea b), da Directiva 92/50, dentro do Título I, dedicado às disposições gerais, considera que são entidades adjudicantes:

«[...] o Estado, as autarquias locais ou regionais, os organismos de direito público, as associações formadas por uma ou mais autarquias ou organismos de direito público.»

Considera-se organismo de direito público qualquer organismo:

«— criado com o objectivo específico de satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, e

— dotado de personalidade jurídica, e

— financiado maioritariamente pelo Estado, por autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público, ou submetido a um controlo de gestão por parte dessas entidades, ou que tenha um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cujos membros são, em mais de 50%, designados pelo Estado, por autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público.»

8. Em seguida, esta disposição refere que «[a]s listas dos organismos e das categorias de organismos de direito público que preenchem os critérios referidos no segundo parágrafo do presente número constam do anexo I da Directiva 71/305/CEE [7]. Essas listas são tão completas quanto possível e poderão ser revistas nos termos do processo previsto no artigo 30.º-B da citada directiva; [...]»

9. O próprio artigo 1.º, na sua alínea a), enumera os negócios jurídicos contidos *ratione materiae* na directiva, excluindo expressamente:

«[...]

7 — Directiva 71/305/CE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 206, p. 26).

iv) contratos de aquisição, desenvolvimento, produção ou co-produção de programas por parte de organismos de radiodifusão e contratos relativos ao tempo de antena;

[...]»

B — *Direito nacional*

1. A regulamentação sobre contratos públicos

10. Os processos de adjudicação de contratos das entidades públicas alemãs constam da Lei que proíbe restrições da concorrência (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen [8], a seguir «GWB»). O artigo 1.°, alínea b), da directiva, relativo às entidades adjudicantes, tem a sua versão nacional no § 98, n.° 2, da GWB:

«§ 98 Entidades adjudicantes

São entidades adjudicantes públicas na acepção desta secção:

1. entidades territoriais, bem como os seus patrimónios específicos.

2. outras entidades dotadas de personalidade jurídica de direito público ou privado, criadas para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral com carácter não industrial ou comercial, quando sejam financiadas maioritariamente por entidades abrangidas pelos n.os 1 e 3, individualmente ou em conjunto ou de outro modo; ou cuja gestão esteja sujeita a controlo por parte destas últimas; ou em cujos órgãos de administração ou fiscalização mais de metade dos membros sejam designados por essas entidades. Isto é válido quando a entidade que, individualmente ou em conjunto com outras, garante o financiamento maioritário ou nomeou a maioria dos membros de um órgão de administração ou fiscalização é abrangida pelo n.° 1.

3. Associações cujos membros sejam abrangidos pelos n.os 1 e 2;

[...]»

8 — Desde 1 de Janeiro de 1999 está em vigor a versão da Lei posterior à sexta reforma, operada pela Lei 703-4/1 de 26 de Agosto de 1998 (BGBl. I, p. 358).

2. A regulamentação sobre a taxa para a radiotelevisão pública

11. Segundo o despacho de reenvio, o financiamento das entidades públicas de radiodifusão é regulado na Alemanha por dois contratos celebrados entre o Bund e os *Länder*. Os aspectos da taxa de radiodifusão são descritos essencialmente no Staatsvertrag über die Regelung des Rundfunkgebührenwesens (contrato público sobre o regime das taxas de radiodifusão, a seguir «contrato público»), de 31 de Agosto de 1991, alterado em 1996.

12. O seu § 2 dispõe o seguinte:

«1) A taxa de radiodifusão é composta pela taxa de base e pela taxa de televisão. O seu montante é fixado pelo contrato público de financiamento da radiodifusão.

[...]»

13. O § 4 dispõe:

«1) A obrigação de pagamento da taxa de radiodifusão tem início no primeiro dia do mês em que se disponha de um aparelho de recepção de radiodifusão.

2) [...]»

14. Por sua vez, o § 7 do contrato público regula a repartição das receitas obtidas através da taxa:

«1) As receitas provenientes da taxa de base revertem para o organismo de radiodifusão do *Land* e, na medida determinada no contrato público de financiamento da radiodifusão, para a Deutschlandradio e para o Landesmedienanstalt (organismo dos meios de comunicação social do *Land*) em cuja área esteja localizado o aparelho de recepção de radiodifusão.

2) As receitas da taxa de televisão revertem para o organismo de radiodifusão do *Land* e, na medida prevista no contrato público de financiamento da radiodifusão, para o organismo de meios de comunicação social do *Land* em cuja

área esteja localizado o aparelho de recepção de radiodifusão, bem como para a Zweites Deutsches Fernsehen (segundo canal público de televisão, a seguir «ZDF»). [...]

[...]»

15. O órgão jurisdicional de reenvio explica que um segundo contrato público, o «Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag» (contrato público de financiamento da radiodifusão, a seguir «contrato de financiamento») de 26 de Novembro de 1996, estabelece em concreto o montante das taxas, que é fixado com a aprovação dos parlamentos dos *Länder*.

16. A análise e o cálculo do orçamento dos organismos de radiodifusão compete, nos termos dos §§ 2-6 do contrato de financiamento à Kommission zur Überprüfung und Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (comissão para estudo e controlo das necessidades financeiras dos organismos de radiodifusão, a seguir «KEF»), de carácter independente, que elabora, pelo menos de dois em dois anos, um relatório que serve de base à decisão em matéria de taxas dos parlamentos e dos governos dos *Länder* (§ 3, n.º 5, conjugado com o § 7, n.º 2, do contrato de financiamento).

17. Através de um regulamento de 18 de Novembro de 1993, relativo ao processo de pagamento das taxas de radiodifusão do Westdeutscher Rundfunk Köln, adoptado nos termos do § 4 n.º 7, do contrato público com a autorização do governo do *Land*, os organismos de radiodifusão dos respectivos *Länder* cobram as taxas ao cidadão através da Gebühreneinzugszentrale der öffentlichen Rundfunkanstalten in der Bundesrepublik Deutschland (central de cobrança de taxas dos organismos públicos de radiodifusão, a seguir «GEZ»), no exercício de funções de autoridade pública.

III — Matéria de facto do processo principal e questões prejudiciais

18. Os recorrentes no Oberlandesgericht Düsseldorf são os organismos de radiodifusão dos *Länder*, membros da Arbeitsgemeinschaft der Rundfunkanstalten Deutschlands (agrupamento dos organismos regionais públicos de radiodifusão alemães, a seguir «ARD»), o organismo público de televisão ZDF, constituído por contrato público de 6 de Junho de 1961, bem como a Deutschlandradio (a seguir «organismos de radiodifusão»).

19. Estes organismos constituíram, em 2002, a GEZ como entidade administrativa de direito público, com competência para receber e contabilizar as taxas de radiodifusão correspondentes a cada organismo de radiodifusão dos *Länder*. Por não ser dotada de personalidade jurídica, a GEZ age em nome e

por conta dos respectivos organismos de radiodifusão.

20. Em Agosto de 2005, a GEZ, após um estudo de mercado, convidou por escrito onze empresas de limpeza a apresentarem propostas vinculativas para a prestação de serviços de limpeza nos seus edifícios e na cantina da Westdeutscher Rundfunk (um dos organismos de radiodifusão integrados na ARD) em Colónia, para o período de 1 de Março de 2006 a 31 de Dezembro de 2008, prevendo-se uma prorrogação tácita anual do contrato. O montante total do contrato foi calculado em mais de 400 000 EUR. Não foi aberto um processo formal de adjudicação comunitário nos termos das disposições nacionais e da directiva aplicável.

21. A empresa Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH (a seguir «GEWA»), recorrida no Oberlandesgericht de Düsseldorf, e o interveniente, H. Warnecke, responderam ao convite da GEZ apresentando uma proposta cada. A primeira era a mais barata em termos de preço. Por deliberação de 9 de Novembro de 2005, o conselho de administração da GEZ aceitou a abertura de negociações com quatro proponentes, entre as quais a recorrida e o interveniente. Decidiu ainda analisar pormenorizadamente a viabilidade económica das propostas segundo o método Kepner-Tregoe, que fixa determinados valores para os critérios de avaliação técnica especializada, comercial e de risco. Segundo esta avaliação, a proposta da recorrida foi classificada em terceiro lugar, e a do interveniente em primeiro lugar.

22. A GEZ comunicou por telefone à GEWA que não lhe adjudicaria o contrato. Esta empresa reclamou, por carta de 14 de Novembro de 2001, alegando que a GEZ, na sua condição de entidade adjudicante, em violação da legislação sobre contratos públicos, não tinha aberto concurso a nível europeu para o contrato de limpeza. A GEZ indeferiu a reclamação.

23. A GEWA interpôs então recurso para a Vergabekammer (secção de adjudicações de contratos públicos) do governo regional (Bezirksregierung) de Colónia, no qual designava a GEZ como recorrida. Com este recurso pretendia que a central de cobrança fosse obrigada a adjudicar o contrato de limpeza num processo formal de adjudicação nos termos da quarta secção da GWB e, a título subsidiário, que fosse efectuada uma nova avaliação segundo o critério da Vergabekammer.

24. A GEWA sustentava que a GEZ, na qualidade de organismo público de radiodifusão, era uma entidade adjudicante na acepção do § 98, n.º 2, da GWB, uma vez

que estes organismos são financiados maioritariamente através das taxas de radiodifusão pagas pelos cidadãos e que a prestação básica de serviços de rádio e televisão, de evidente carácter público, é uma necessidade de interesse geral sem qualquer carácter industrial ou comercial.

25. Sustentava, além disso, que o artigo 1.°, alínea a), iv), da Directiva 92/250/CEE apenas exclui os contratos de aquisição, desenvolvimento, produção ou co-produção de programas por parte de organismos de radiodifusão e os contratos de aquisição de tempo de antena claramente diferentes do objecto da prestação controvertida no processo principal.

26. A referida Vergabekammer admitiu o recurso da GEWA por despacho de 13 de Fevereiro de 2006 e impôs à GEZ e aos organismos de radiodifusão que, no caso de pretenderem manter a sua proposta, apenas o fizessem mediante abertura de um concurso a nível europeu, em obediência aos princípios da igualdade de tratamento e da transparência e em conformidade com a legislação sobre adjudicações.

27. Os organismos de radiodifusão dos *Länder* interpuseram recurso administrativo desta decisão, pedindo a sua anulação, por considerarem o recurso interposto contra a GEZ inadmissível e, em qualquer caso, infundado. Na opinião destes, enquanto organismos públicos de radiodifusão, não são entidades adjudicantes na acepção do § 98, n.° 2, GWB, porque o financiamento da radiodifusão pública é fundamentalmente suportado por taxas pagas pelos utentes.

28. Acrescentam que não existe um controlo estatal na acepção do § 98, n.° 2, GWB, dado que apenas existe um controlo legal subsidiário e limitado. Acresce que os membros dos conselhos de administração dos organismos de radiodifusão representam diversos grupos sociais relevantes. A ausência de uma maioria nos conselhos de direcção afasta qualquer influência do Estado na adjudicação do contrato público.

29. A GEWA, ao invés, defende a decisão da Vergabekammer.

30. Por considerar que o resultado do litígio depende da interpretação do artigo 1.° da Directiva [92/50], o Vergabesenat do Oberlandesgericht (secção competente para a adjudicação de contratos públicos do tribunal de segunda instância de Düsseldorf) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, ao abrigo do artigo 234.° CE,

primeiro parágrafo, as seguintes questões prejudiciais:

«1) A condição do 'financiamento pelo Estado' referida no artigo 1.º, [alínea b), segundo parágrafo, terceiro travessão, primeira alternativa, da Directiva 92/50] deve ser interpretada no sentido de que, o financiamento indirecto dos organismos independentes através do pagamento de uma taxa imposta pelo Estado e paga pelas pessoas que dispõem de aparelhos de radiodifusão constitui um financiamento na acepção dessa condição, atendendo à garantia constitucional de que incumbe ao Estado assegurar o financiamento e a subsistência desses organismos?

2) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão, o artigo 1.º, [alínea b), segundo parágrafo, terceiro travessão, primeira alternativa, da Directiva 92/50] deve ser interpretado no sentido de que a condição do 'financiamento pelo Estado' exige que o Estado exerça uma influência directa na adjudicação de contratos pelo organismo que financia?

3) Em caso de resposta negativa à segunda questão, o artigo 1.º, [alínea b), segundo parágrafo, terceiro travessão, primeira alternativa, da Directiva 92/50] deve ser interpretado, à luz do artigo [1.º, alínea a), iv),] no sentido de que só as prestações de serviços referidas nesta última disposição estão excluídas do âmbito de aplicação da directiva e de que outras prestações de serviços que não respeitem especificamente à programação mas tenham carácter acessório e auxiliar entram no âmbito de aplicação da directiva (argumento *a contrario*)?»

IV — Tramitação do processo no Tribunal de Justiça

31. O pedido de decisão prejudicial deu entrada na secretaria do Tribunal de Justiça em 7 de Agosto de 2006.

32. Apresentaram observações escritas a GEWA, os organismos de radiodifusão, os governos alemão, polaco e austríaco, bem como o Órgão de Fiscalização da Associação Europeia de Comércio Livre (a seguir, a «AECL») e a Comissão Europeia.

33. Na audiência de 14 de Junho de 2007, apresentaram observações orais os representantes legais dos organismos de radiodifusão,

da GEWA, bem como os agentes do Governo alemão, do Órgão de Fiscalização da AECL e da Comissão Europeia.

V — Análise das questões prejudiciais

A — *Delimitações prévias*

34. Apesar de o órgão jurisdicional de reenvio ter formulado três questões, parece conveniente abordar em conjunto as duas primeiras [9], pois ambas dizem respeito ao âmbito de aplicação pessoal e ao artigo 1.°, alínea b), segundo parágrafo, terceiro travessão, primeira alternativa, da Directiva 92/50 [10].

35. Os organismos de radiodifusão alemães são de opinião que não são financiados com fundos públicos e invocam uma pretensa analogia entre a regulamentação sobre a contratação pública objecto do presente litígio e os artigos 87.° e 88.° CE, relativos aos auxílios de Estado, que exigem o seu pagamento «com recursos estatais».

36. No entanto, como indica com razão a Comissão, não creio que a diferente natureza das duas regulamentações nem o fim que prosseguem autorizem uma comparação tão audaciosa, pois enquanto no que se refere aos auxílios o Tratado CE pretende evitar qualquer distorção da concorrência injustificada num mercado concreto provocada pela utilização de dinheiros públicos, em matéria de adjudicações é questionada a subsunção de uma entidade no conceito de «entidade adjudicante» para determinar se está sujeita aos processos de adjudicação.

37. Observa-se, portanto, a falta de «identidade de razão» nesses dois domínios jurídicos, pelo que a sua comparação por analogia não procede.

38. Por último, embora a terceira pergunta não tenha relevância para qualificar os organismos de radiodifusão alemães como entidades adjudicantes, segundo eles próprios alegam nas observações escritas, a sua análise é de alguma utilidade em caso de resposta afirmativa à primeira pergunta e negativa à segunda, porque, ao solicitar a interpretação do artigo 1.°, alínea a), iv), da Directiva 92/50, o Oberlandesgericht pretende determinar o âmbito de aplicação material, o que é lógico, ainda que pareça evidente.

9 — Nesta linha colocam-se o Governo austríaco e, abordando-as embora em separado, igualmente o Governo polaco.

10 — Nos n.os 5 e 6 destas conclusões explico esta opção.

B — *Quanto à primeira e segunda questões prejudiciais*

39. O litígio diz respeito ao modelo alemão de dotação de recursos económicos aos organismos de radiodifusão. Trata-se, pois, de estudar as características primordiais do sistema, para verificar se as receitas desses organismos são «estatais» na acepção da Directiva 92/50 e da jurisprudência do Tribunal de Justiça.

1. Uma obrigação de pagamento regulada por normas de direito público

40. Os organismos de radiodifusão defendem que o pagamento da taxa é deixado à escolha do utilizador, que pode evitar o pagamento, prescindindo de ter aparelho receptor. O Governo alemão partilha esta ideia, ao entender que existe uma obrigação directa entre os organismos e o consumidor, que não afecta o orçamento do Estado, uma vez que a GEZ cobra a taxa, mas não paga o dinheiro cobrado ao Tesouro. Ambos rejeitam, portanto, neste caso, o financiamento «pelo Estado».

41. Mas as alternativas do artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, terceiro travessão, da Directiva 92/50 são concebidas como uma presunção sujeita ao financiamento maioritariamente público. Verificada essa premissa, supõe-se a dependência, pelo que não é necessário exigir outras condições de aplicação, como, por exemplo, que o financiamento provoque uma influência directa do Estado na adjudicação de contratos públicos. A análise desta condição enquadra-se na segunda alternativa, relativa ao controlo, pois permite avaliar a sua intensidade [11].

42. Além disso, esta reflexão é corroborada pela distinção feita no acórdão University of Cambridge entre os montantes pagos com ou sem contraprestação [12], uma vez que apenas visava servir de critério ao órgão jurisdicional de reenvio desse processo para determinar se estava preenchida a referida premissa da presunção, ou seja, o financiamento maioritariamente público.

43. Dos dois pontos anteriores deduz-se a improcedência da segunda questão, tal como foi formulada pelo Oberlandesgericht, e a conveniência de a tratar em conjunto com a primeira questão.

11 — Acórdão de 1 de Fevereiro de 2001, Comissão/França (C-237/99, Colect., p. I-939, n.os 48 e segs.).

12 — Acórdão de 3 de Outubro de 2000 (C-380/98, Colect., p. I-8035, n.os 22 a 25).

44. Regressando ao mérito da causa, não se discute neste processo que a taxa tenha sido imposta por contratos de direito público («Staatsverträge»): o Contrato e o Contrato de financiamento [13].

45. Não se contesta tão-pouco que um «Staatsvertrag» seja um acto de direito público do ordenamento jurídico alemão [14].

46. Por conseguinte, a relação jurídica que vincula o possuidor de uma televisão ou de um rádio com os organismos de radiodifusão enquadra-se no direito público, configurando-se quase como um tributo, porque a obrigação de pagamento surge com a simples posse de um receptor de ondas de rádio ou de televisão, autêntico «facto tributável» típico em qualquer cobrança fiscal, na qual o telespectador se converte em sujeito passivo. Pouco importa, aliás, a denominação que esse encargo tenha no direito nacional [15].

47. Assim, quer o funcionamento quer a existência dos organismos de radiodifusão estão ligados à acção do legislador, expressão máxima da sujeição ao Estado, pelo que a referência, como primeira alternativa do financiamento maioritário pelo Estado, na disposição analisada, não é fruto do acaso, mas da lógica segundo a qual a subordinação económica reflecte por antonomásia essa «estreita dependência de um organismo em relação ao Estado» referida pelo Tribunal de Justiça [16]. Encaixar-se-ia aqui a famosa frase do jurista alemão von Kirchmann, denunciando que o direito não pertence ao âmbito das ciências, uma vez que bastam «três palavras rectificativas do legislador» para que «bibliotecas inteiras se convertam em lixo» [17], que também salienta a força do poder legislativo.

48. À luz da exposição precedente, perfila-se o carácter público dos recursos dos organismos de radiodifusão cobrados pela GEZ; além disso, há quem reconheça a esta central de cobranças a qualidade de entidade estatal, apesar da falta de personalidade jurídica, invocando o poder de liquidar a taxa e de a reclamar coercivamente [18], que constituem prerrogativas próprias de funções ligadas à

13 — N.os 11 e segs. destas conclusões.

14 — Na doutrina alemã, Maurer, H., Allgemeines Verwaltungsrecht, 12.ª ed., revista e ampliada, Ed. C.H. Beck, Munique, 1999, pp. 352 e segs.

15 — Enquanto o Governo alemão observa que a palavra «Gebühr» (taxa) não é adequada para designar a obrigação de pagamento, parte da doutrina enquadra-a no direito fiscal como «Abgabe» (direito ou encargo); Boesen, A., *Vergaberecht: Kommentar zum 4. Teil des GWB*, Editorial do Bundesanzeiger, 1.ª ed., Colónia, 2000, p. 151, n.º 73.

16 — Acórdãos já referidos, University of Cambridge, n.º 20, e Comissão/França, n.º 44.

17 — Von Kirchmann, J.-H., *La jurisprudencia no es ciencia*, tradução espanhola e introdução de Antonio Truyol y Sierra, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, p. 54.

18 — Frenz, W., «Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten als Beihilfeempfänger und öffentliche Auftraggeber», in *WRP — Wettbewerb in Recht und Praxis*, 3/2007, p. 269.

soberania nacional, que intensificam o seu carácter público.

49. Mas esse carácter, ainda que constitua um indício importante no sentido de um sustento económico do Estado, não o demonstra suficientemente, como sugerem os organismos de radiodifusão, pelo que há que analisar outras particularidades do sistema alemão de subvenção da radiodifusão estatal.

2. Um financiamento indirecto

50. Os organismos de radiodifusão e o Governo alemão concordam em que a Directiva 92/50 apenas diz respeito aos pagamentos realizados *directamente* a cargo do orçamento de Estado [19] e não às transferências mediatas de recursos financeiros de qualquer entidade pública ou outra entidade adjudicante. Alegam igualmente que no presente caso o pagamento da taxa circula unicamente entre o consumidor e os organismos de rádio e televisão, sem nenhuma intervenção do Estado, que não participa nesse fluxo de capitais.

51. Discordo profundamente de tal interpretação.

52. Em primeiro lugar, o Governo alemão põe a tónica numa acepção «translativa» e simplista do financiamento, que apenas inclui a transferência, o cheque, o depósito bancário ou a transferência material de sacos de dinheiro num veículo blindado a partir do Tesouro até à sede da entidade subvencionada.

53. Além de não existir uma diferença substancial entre o facto de o Estado receber a taxa para a restituir às entidades financiadas e o de lhes atribuir um poder de cobrança [20], convém não esquecer que o próprio Estado cria a estrutura para impor o encargo, pois determina a obrigação de pagamento e fixa o seu montante através de uma comissão independente, a KEF, mas

19 — Dreher, M. «Öffentlich-rechtliche Anstalten und Körperschaften im Kartellvergaberecht», NZBau — *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergabe*, 6/2005, p. 302.

20 — Opitz, M., «Vergaberechtliche Staatsgebundenheit des öffentlichen Rundfunks?», NVwZ — *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, n.º 9/2003, p. 1090.

sujeito a ratificação e a uma eventual alteração pelos *Länder*, que têm a última palavra [21].

54. Em segundo lugar, o artigo 1.°, alínea b), segundo parágrafo, terceiro travessão, primeira alternativa, da Directiva 92/50 não se reduz aos modos de financiamento directo, pois a única modulação do verbo financiar provém do advérbio «maioritariamente» («überwiegend», em alemão; «majoritairement» em francês; e «for the most part» em inglês), sem que exista qualquer alusão à forma, mediata ou imediata, de levar a cabo a contribuição em dinheiro às entidades subvencionadas.

55. Para concluir, existe um certo apoio jurisprudencial implícito à possibilidade de existência de um sustento económico indirecto do Estado, uma vez que o Tribunal de Justiça reconheceu relativamente à segunda alternativa do terceiro travessão da disposição o controlo mediato do Estado [22] que pode estender-se à primeira alternativa, tendo especialmente em conta a equivalência das três alternativas [23], como recordou com razão o Governo alemão.

21 — Frenz, W., obra citada, p. 272. Os organismos de radiodifusão, nas suas observações, mencionam um recurso de constitucionalidade pendente no Bundesverfassungsgericht (tribunal constitucional alemão) interposto da revisão à baixa introduzida pelos *Länder* na proposta de aumento do montante da taxa.

22 — Acórdão de 17 de Dezembro de 1998, Connemara Machine Turf (C-306/97, Colect., p. I-8761, n.° 34).

23 — Acórdão Comissão/França, já referido, n.° 49.

3. Um financiamento sem contrapartida

56. O acórdão University of Cambridge, já referido, definiu o financiamento público, acrescentando uma distinção fundamental, consoante a entidade receptora do auxílio fique obrigada ou não a uma contraprestação específica, pois só se lhe faltar tal compensação se preenche a condição do financiamento público [24].

57. Com base neste precedente e em apoio da sua tese de que o consumidor paga sem intermediários aos organismos de radiodifusão, estes organismos e o Governo alemão defendem que por esse pagamento o utilizador obtém como «contraprestação específica» o direito de captar as imagens e as ondas da televisão e da rádio públicas alemãs; apoiam-se nesta construção para negar o carácter público do financiamento controvertido [25].

24 — N.° 21 do acórdão.

25 — Hailbronner, K., «Öffentliches Auftragswesen», in Grabitz, E./Hilf, M., *Das Recht der Europäischen Union*, Ed. C.H. Beck, Munique, 2006, B 4, p. 22, n.° 121.

58. Para contrariar este raciocínio basta trazer à colação que os recursos gerados pela taxa televisiva, atendendo à sua origem legal, não são privados. Pode objectar-se que, se a regulamentação legal dos montantes pagos pelo consumidor determinasse o carácter público dos fundos cobrados, então os honorários dos arquitectos, dos advogados e dos médicos considerar-se-iam despesas públicas e indirectas no sentido das directivas relativas às adjudicações. Mas, ao aplicar este silogismo, se a análise da alternativa do financiamento público se ativesse unicamente à origem privada do dinheiro, nem os pagamentos aos institutos de marcas e patentes, nem os cadastros e os registos da propriedade imobiliária, para citar apenas algumas entidades relativamente às quais o interessado paga directamente o serviço que lhe é prestado pela autoridade pública e, em suma, nenhum imposto, poderiam ser considerados fundos públicos na acepção da Directiva 92/50.

59. Mesmo que se alegasse que os fundos públicos também são entregues em troca da programação emitida nos canais de rádio e de televisão estatais, a argumentação não merece crédito. Os montantes (públicos) pagos aos organismos de radiodifusão não instauram nem reforçam uma dependência semelhante à das relações comerciais normais, pois representam uma medida complementar [26] na qual se baseia o funcionamento das referidas entidades, sem que o Estado espere nem receba o contravalor na forma de uma prestação concreta.

60. Em resumo, não apenas rejeito a teoria de que o pagamento da taxa incumbe ao utilizador como contraprestação pelo acesso a uma programação pública, mas também a ideia de que o apoio económico do Estado é retribuído mediante a contrapartida do serviço de radiodifusão público.

4. Uma actividade livre de concorrência

61. Embora sem precisar o que se entende por «organismo de direito público criado com o objectivo específico de satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial» [27], o Governo austríaco e o Órgão de Fiscalização da AECL

26 — Segundo o acórdão University of Cambridge, já referido, n.º 25.

27 — Acórdão de 10 de Novembro de 1998, BFI Holding (C-360/96, Colect., p. I-6821, n.os 48 a 50).

integram com razão o estudo da posição concorrencial dos organismos de radiodifusão no contexto desta questão prejudicial.

62. Atendendo à estrutura da cobrança da taxa de radiodifusão, prevista numa lei especial e com as prerrogativas de direito público referidas (pagamento e possível execução coerciva), não pode validamente sustentar-se que os recursos financeiros destinados a satisfazer a necessidade de interesse geral de uma programação pública, que é indiscutivelmente assegurada pelos organismos de radiodifusão, não são gerados independentemente das condições de mercado. Os meios pecuniários de que são dotados através da imposição não provêm, portanto, do exercício de uma actividade em disputa com os seus concorrentes, mas são fornecidos pela colectividade [28], sem preocupações com a utilização efectiva que o consumidor faça da sua oferta de programas audiovisuais.

63. Esta forma protegida de operar no comércio liberta os organismos de radiodifusão da incerteza relativa às suas receitas, dado que gozam da garantia do Estado, concedida através dos orçamentos elaborados pela KEF. Portanto, mesmo dando razão à tese que defende a origem privada dos fundos, a maneira como essas entidades confiam na existência de um fluxo de recursos pecuniários não é diferente daquela em que o capital é colocado directamente à sua disposição pelo Estado.

64. Em resposta à pergunta que formulei na audiência para saber se essa garantia de financiamento dos organismos de radiodifusão que o Estado alemão está constitucionalmente obrigado a prestar se estende à dívidas contraídas [29], o Governo alemão rejeitou categoricamente tal eventualidade. No entanto, como referiu a Comissão, essa questão nem sequer se coloca, uma vez que a KEF examina regularmente os pedidos financeiros dos organismos de radiodifusão, cobrindo-os amplamente; assim, também não necessitam recorrer ao crédito privado numa situação crítica de insolvência, o que reforça, pois, o aspecto público da subvenção.

5. Outros elementos de apreciação

65. Da exposição precedente decorre o carácter público dos meios económicos que

28 — Seidel, I., «Öffentliches Auftragswesen», in Dauses, M., *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, Editorial C.H. Beck, Munique, 2006, p. 27, n.º 82; Boesen, A, obra citada, p. 152.

29 — Até à data, a exigência de um mecanismo público de compensação de dívidas tinha sido referida apenas no âmbito da análise do primeiro travessão do artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, das directivas comunitárias sobre contratos públicos, relativo à satisfação do interesse geral; acórdão de 10 de Maio de 2001, Agorà e Excelsior (C-223/99 e C-260/99, Colect., p. I-3605, n.º 40).

sustentam o trabalho dos organismos de radiodifusão. No entanto, há que acrescentar algumas reflexões.

66. Assim, em primeiro lugar, a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça exige que o conceito comunitário autónomo de «entidade adjudicante» seja interpretado de modo funcional [30] e em sentido amplo [31], tendo em conta o objectivo de excluir simultaneamente o risco de ser dada preferência aos proponentes ou candidatos nacionais em toda e qualquer adjudicação de contratos por entidades adjudicantes e a possibilidade de um organismo financiado ou controlado pelo Estado, se deixar levar por considerações diferentes das económicas [32].

67. Neste contexto, em resposta a uma pergunta que lhes dirigi na audiência, os organismos de radiodifusão indicaram que nenhuma das onze empresas contactadas pela GEZ para apresentar propostas vinculativas estava localizada noutro Estado-Membro. Este dado, por si só, revela que os receios do legislador comunitário não eram infundados.

68. Em segundo lugar, os organismos de radiodifusão, apoiados por parte da doutrina alemã [33], insistem no mandato constitucional de imparcialidade que os protege de qualquer ingerência dos poderes públicos na sua gestão.

69. Sem que haja necessidade de comentar as virtudes do artigo 5.º, n.º 1, da Lei Fundamental alemã, que conseguiu implantar um serviço público de radiodifusão de qualidade, verifica-se que não há nenhuma incompatibilidade entre esse mandato e a obrigação controvertida que incumbe a esses organismos de respeitar e seguir os processos de adjudicação previstos nas directivas comunitárias.

70. Nas observações apresentadas no presente processo prejudicial não se invocou nenhuma razão que demonstrasse que a sujeição dos organismos de radiodifusão às regras das directivas pudesse pôr em perigo a sua neutralidade. Além disso, a liberdade de

30 — Acórdão BFI Holding, já referido, n.º 62; acórdãos de 17 de Dezembro de 1998, Comissão/Irlanda (C-353/96, Colect., p. I-8565, n.º 36); de 12 de Dezembro de 2002, Universale-Bau, (C-470/99, Colect., p. I-11617, n.º 53); de 27 de Fevereiro de 2003, Adolf Truley (C-373/00, Colect., p. I-1931, n.º 41); e de 16 de Outubro de 2003, Comissão/Espanha (C-283/00, Colect., p. I-11697, n.º 73).

31 — Wollenschläger, F., «Der Begriff des 'öffentlichen Auftraggebers' im Lichte der neuesten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes», EWS (*Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*), n.º 8/2005, p. 345.

32 — Acórdãos, já referidos, University of Cambridge, n.º 17; Universale-Bau, n.º 52; e Adolf Truley, n.º 42.

33 — Dreher, M., obra citada, p. 303; Hailbronner, K., obra citada, p. 22, n.º 123.

imprensa da radiodifusão e a sua imparcialidade nunca constituíram critérios para avaliar a qualidade de entidade adjudicante dos organismos de direito público [34].

71. Por último, não se discute o predomínio absoluto do financiamento dos organismos de radiodifusão através da taxa em relação às outras fontes de receitas, em especial à publicidade, pelo que, dadas as explicações expostas, chega-se à conclusão de que a forma pela qual os organismos de televisão cobrem as suas despesas cumpre o requisito de financiamento maioritário pelo Estado do artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, terceiro travessão, primeira alternativa, da Directiva 92/50.

6. Resposta à primeira e segunda questões prejudiciais

72. À luz das reflexões precedentes, convido o Tribunal de Justiça a responder às duas primeiras questões do Oberlandesgericht Düsseldorf do seguinte modo: o financiamento indirecto de organismos através do pagamento de taxas pelas pessoas que dispõem de receptores de radiodifusão constitui um financiamento na acepção da disposição controvertida, cuja análise não permite exigir outros critérios suplementares como por exemplo uma influência directa do Estado na adjudicação de contratos públicos pelo organismo que financia.

C — *Quanto à terceira questão prejudicial*

73. Com esta questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende averiguar se o artigo 1.º, alínea a), iv), da Directiva 92/50 inclui no seu âmbito de aplicação os serviços de carácter acessório e auxiliar, que não sejam específicos da programação.

74. Já assinalei a utilidade da resposta se a qualidade de «entidade adjudicante» for conferida aos organismos de radiodifusão. Ao solicitar a interpretação dessa disposição, o Oberlandesgericht tenta precisar o seu âmbito de aplicação material para decidir se este exclui os serviços de limpeza das instalações desses organismos.

34 — Seidel, I., obra citada, p. 27, n.º 82.

75. A redacção da disposição é tão clara que bastaria invocar o adágio *in claris non fit interpretatio*. A disposição dispensa da obrigação de sujeitar aos processos de adjudicação os contratos estreitamente ligados ao conteúdo dos programas de rádio e de televisão (aquisição, desenvolvimento, produção, co-produção e relativos à aquisição de tempo de antena).

76. Dado que se trata de uma excepção à regra geral, requer uma interpretação restritiva, e por conseguinte, qualquer outra actividade além das expressamente mencionadas deve ser formalizada num negócio jurídico, celebrado na sequência de um concurso público.

77. Esta dedução é confirmada pela evolução legislativa comunitária, segundo se deduz da comparação dos considerandos das Directivas 92/50 e 2004/18. Assim, o vigésimo quinto considerando da Directiva 2004/18 matizou o sucinto décimo primeiro considerando da Directiva 92/50, contemplando «outros serviços preparatórios, tais como os relativos aos cenários ou às produções artísticas necessárias à realização do programa». Em contrapartida, não engloba o «fornecimento de material técnico necessário» para elaborar esses programas.

78. Por conseguinte, se o material especializado não é abrangido pela excepção, também não podem sê-lo os serviços de limpeza dos edifícios dos organismos de radiodifusão.

79. Em suma, quer a interpretação literal quer a interpretação autêntica advogam a utilização do argumento *a contrario* para definir o âmbito material da Directiva 92/50 relativamente aos contratos celebrados com os organismos de radiodifusão alemães.

80. Permito-me uma última observação, pois é no contexto desta disposição, mais do que no seu modo de financiamento, que há que procurar o respeito da garantia constitucional de imparcialidade dos organismos de televisão alemães [35]; por isso, o legislador comunitário previu a excepção relativa aos programas para ter em conta motivos de ordem cultural e social, como declara o vigésimo quinto considerando da Directiva 2004/18.

35 — V., igualmente, Boesen, A., obra citada, p. 152, n.º 75.

VI — Conclusão

81. À luz das considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que responda às questões prejudiciais do Oberlandesgericht Düsseldorf, declarando que:

«1) A condição do 'financiamento pelo Estado' contida no artigo 1.°, 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 interpretada no sentido de que abrange o financiamento efectuado de modo indirecto a certos organismos através do pagamento de taxas pelas pessoas que dispõem de receptores de radiodifusão, sem que possa ser sujeita a outras exigências como, por exemplo, uma influência directa do Estado na adjudicação de contratos públicos pelo organismo que financia.

2) O artigo 1.°, alínea a), iv), da Directiva 92/50, apenas exclui do seu âmbito de aplicação os serviços que menciona, incluindo todos os outros de carácter acessório e auxiliar que não sejam específicos da programação.»