# CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL PHILIPPE LÉGER

apresentadas em 16 de Setembro de 1997 *

1. Com o presente processo prejudicial, solicita-se ao Tribunal de Justiça que interprete o termo «organismo de direito público», utilizado pelo legislador comunitário para delimitar o âmbito de aplicação da Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas [1] (a seguir «directiva»).

## I — A legislação comunitária

### *A Directiva 93/37/CEE*

3. A Directiva 93/37, que codifica a Directiva 71/305/CEE do Conselho [2], constitui a regulamentação comunitária de base no domínio das empreitadas de obras públicas.

2. Nos termos da directiva, um «organismo de direito público» constitui uma «entidade adjudicante», noção esta que designa as entidades cuja participação na celebração de um contrato relativo à realização de obras públicas determina a aplicação a esse contrato do regime da directiva.

4. A directiva enuncia as regras comuns que se impõem aos Estados-Membros no domínio técnico, no plano da publicidade que deve ser dada à empreitada que as entidades adjudicantes pretendem atribuir, e no domínio da participação dos empreiteiros nos concursos públicos. Fixa as categorias de procedimentos de adjudicação de empreitadas a que devem recorrer as entidades adjudicantes, bem como as obrigações de informação a cargo destas últimas relativamente aos candidatos, aos proponentes e à Comissão, ou dos Estados-Membros em relação a esta.

* Língua original: francês.

1 — JO L 199, p. 54. Os termos «entidades adjudicantes» e «organismo de direito público» constam igualmente 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 (JO L 209, p. 1, artigo 1.°, alínea b)), e da Directiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de fornecimento (JO L 199, p. 1, artigo 1.°, alínea b)), o que confere à interpretação destas noções um alcance que ultrapassa o simples âmbito da legislação sobre as empreitadas de obras públicas.

2 — Directiva de 26 de Julho de 1971 relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 185, p. 5; EE 17 F1 p. 9), alterada por último pela Directiva 90/531/CEE, de 17 de Setembro de 1990, relativa aos procedimentos de celebração dos contratos de direito público nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (JO L 297, p. 1).

5. No seu artigo 1.°, a directiva procede à definição dos principais termos que delimitam o seu âmbito de aplicação.

6. É assim que a alínea a) enuncia que:

«os "contratos de empreitada de obras públicas" são contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um empreiteiro, por um lado, e uma entidade adjudicante, definida na alínea b), por outro, que tenham por objecto quer a execução quer conjuntamente a execução e concepção das obras relativas a uma das actividades referidas no Anexo II ou de uma obra definida na alínea c), quer a realização, seja por que meio for, de uma obra que satisfaça as necessidades indicadas pela entidade adjudicante» [3].

7. O primeiro parágrafo da alínea b) determina o seguinte:

«são consideradas "entidades adjudicantes" 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 desses organismos de direito público».

8. Os «organismos de direito público», que são portanto entidades adjudicantes do mesmo modo que as autarquias tradicionais, estão assim definidos no segundo parágrafo da alínea b):

«Entende-se por "organismo de direito público" qualquer organismo:

— criado para satisfazer de um modo específico necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial,

— dotado de personalidade jurídica

e

— cuja actividade seja financiada maioritariamente pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organis-

3 — O Anexo II enumera as actividades profissionais da construção e engenharia civil. A alínea c) define uma «obra» como «o resultado de um conjunto de trabalhos de construção ou de engenharia civil destinado a preencher, por si mesmo, uma função económica ou técnica».

mos de direito público, cuja gestão esteja *sujeita a um controlo por parte destes* últimos ou cujos órgãos de administração, de direcção ou de fiscalização sejam compostos, em mais de metade, por membros designados pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público.»

9. O último parágrafo da alínea b) estabelece que:

«As listas dos organismos e das categorias de organismos de direito público que preenchem os critérios referidos no segundo parágrafo da presente alínea constam do Anexo I. Essas listas são tão completas quanto possível e podem ser revistas de acordo com o processo previsto no artigo 35.° Para esse efeito, os Estados-Membros notificarão periodicamente a Comissão das alterações introduzidas nas suas listas.»

*A Directiva 89/665/CEE*

10. A Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras de fornecimentos [4], obriga os Estados-Membros a tomar «*as medidas necessárias para garantir* que as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes possam ser objecto de recursos eficazes e, sobretudo, tão rápidos quanto possível... com base em que essas decisões tenham violado o direito comunitário em matéria de contratos de direito público ou as normas nacionais que transpõem esse direito» [5]. O artigo 5.° prevê que as medidas tomadas pelos Estados-Membros, necessárias para dar cumprimento a essa directiva, devem entrar em vigor antes de 21 de Dezembro de 1991.

*O Regulamento (CEE) n.° 2052/88*

11. O novo artigo 7.°, n.° 1, intitulado «Compatibilidade e controlo», do Regulamento (CEE) n.° 2052/88 do Conselho, de 24 de Junho de 1988 [6] (a seguir «regulamento»), esclarece que:

«As acções objecto de financiamento por parte dos fundos estruturais ou de uma intervenção do BEI ou de outro instrumento financeiro devem ser conformes com as disposições dos tratados e dos actos adoptados

4 — JO L 395, p. 33.

5 — Artigo 1.°

6 — Regulamento relativo às missões dos Fundos com finalidade estrutural, à sua eficácia e à coordenação das suas intervenções, entre si, com as intervenções do Banco Europeu de Investimento e com as dos outros instrumentos financeiros existentes (JO L 185, p. 9). O actual artigo 7.°, n.° 1, foi alterado pelo artigo 1.° do Regulamento (CEE) n.° 2081/93 do Conselho, de 20 de Julho de 1993, que altera o supracitado regulamento (JO L 193, p. 5).

por força dos mesmos, bem como com as políticas comunitárias, incluindo as que se referem às regras de concorrência, à adjudicação de contratos públicos e à protecção do ambiente e ainda com a aplicação do princípio da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres.»

## II — A legislação nacional

12. Na sua decisão de reenvio, o Bundesvergabeamt expõe que, aquando da entrada em vigor do acordo sobre o Espaço Económico Europeu, em 1 de Janeiro de 1994, a República da Áustria era obrigada a transpor para a sua ordem jurídica interna os actos da Comunidade Europeia citados no anexo XVI desse acordo. Nesta data, tratava-se, nomeadamente, das Directivas 71/305 e 89/665, já referidas [7].

13. Resulta da decisão de reenvio que uma transposição das directivas foi efectuada, a nível federal, pela Bundesvergabegesetz (lei federal sobre a adjudicação de contratos públicos, a seguir «BVergG») [8], que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1994, e que, por razões de repartição das competências entre os Länder e o Estado federal, foram também aprovadas outras leis de transposição pelos Länder.

14. Há directivas não constantes do anexo XVI que surgiram em matéria de contratos públicos. Verificando que a sua transposição para a ordem jurídica austríaca não ocorreu, o juiz de reenvio indica que «parte, no entanto, do princípio de que as disposições da BVergG, que são aplicáveis neste domínio, devem doravante ser apreciadas à luz das disposições das directivas europeias nesta matéria» [9]. As principais disposições da BVergG são as seguintes.

15. Nos termos do artigo 1.°, n.° 2, alínea 3):

«A presente lei federal aplica-se aos contratos de empreitada de obras públicas a título oneroso que têm por objecto

...

3) A realização por terceiros, seja por que meio for, de uma obra que corresponda às necessidades definidas pela entidade adjudicante.»

7 — Pp. 2 e 3, ponto 1.1, da respectiva tradução.

8 — BGBl. n.° 462/1993.

9 — P. 4 da respectiva tradução.

16. O artigo 3.° determina o seguinte:

«1) A presente lei federal aplica-se à adjudicação de contratos de empreitada e de concessão de obras públicas cujo montante calculado sem IVA seja igual ou superior a 5 milhões de ecus.

...

3) Nenhum contrato de empreitada de obras públicas pode ser cindido com vista a evitar a aplicação da presente lei federal.»

17. O artigo 6.°, n.° 1, alínea 3), prevê que:

«A presente lei federal aplica-se à adjudicação de contratos por entidades adjudicantes que sejam:

...

3) [Disposição constitucional] empresas na acepção do artigo 126.° b, n.° 2, da B-VG [10], na medida em que tenham sido criadas para satisfazer necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial e em que a participação financeira da Federação nessas empresas seja maioritária — para as outras empresas sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas, na medida em que tenham sido criadas com a referida finalidade, cabe aos Länder fixar a regulamentação relativa à adjudicação dos contratos e velar pela sua aplicação» [11].

18. A BVergG instituiu duas espécies de recursos: um processo de conciliação perante a Bundes-Vergabekontrollkommission (comissão de fiscalização federal das adjudicações) e um processo de recurso perante o Bundesvergabeamt (departamento federal das adjudicações). O processo de conciliação deve preceder obrigatoriamente a interposição de um recurso perante o Bundesvergabeamt. É só na hipótese de o processo de conciliação não permitir dirimir o diferendo entre a entidade adjudicante e os candidatos ou proponentes que se torna possível recorrer para esta última instância.

10 — Lei constitucional federal austríaca.

11 — O juiz de reenvio indica que, nesse texto, «estão em causa empresas, na acepção do artigo 126.° b, n.° 2, da B-VG. Trata-se de empresas nas quais participa a Federação, só ou em conjunto com outras pessoas colectivas que estão sob a alçada do Tribunal de Contas, com um mínimo de 50% do capital social, inicial ou próprio, ou que são dirigidas pela Federação, só ou com outras pessoas colectivas desse tipo. É considerado equivalente a essa participação financeira o domínio de uma empresa por outros meios financeiros, económicos ou estruturais. A competência do Tribunal de Contas abrange igualmente as empresas a montante que preencham as condições fixadas no presente número» (p. 13 da respectiva tradução).

## III — Os factos e o processo nacional

*A Österreichische Staatsdruckerei*

19. Fundada em 1804, a imprensa de Estado austríaca (Österreichische Staatsdruckerei, a seguir «ÖStDr») era, originariamente, uma empresa de Estado. Desde 1981, em virtude da Bundesgesetz vom 1. Juli 1981 über die Österreichische Staatsdruckerei (Staatsdruckereigesetz) (lei federal sobre a imprensa de Estado austríaca, a seguir «StDrG»), a ÖStDr mudou de estatuto. O § 1 da StDrG está assim redigido:

«1) Uma entidade económica própria foi criada sob a firma "Österreichische Staatsdruckerei" (a seguir "Staatsdruckerei"). Tem sede em Viena e é dotada de personalidade jurídica.

2) A Staatsdruckerei tem a qualidade de comerciante na acepção do código comercial. Deve ser inscrita na parte A do registo comercial do tribunal comercial de Viena.

3) As actividades da Staatsdruckerei são exercidas segundo as normas que regem o comércio.»

20. As missões da ÖStDr estão fixadas no artigo 2.° da StDrG. Segundo o n.° 1 deste preceito, consistem na produção exclusiva de documentos impressos, para a administração federal, que estão sujeitos ao segredo ou ao respeito de normas de segurança, tais como os passaportes, as cartas de condução, o jornal oficial federal, as colectâneas federais de leis e de decisões jurisprudenciais, os formulários e o *Wiener Zeitung*. Este domínio de actividade é comummente designado pelo termo «obrigações de serviço público». Estas actividades estão sujeitas a um serviço de fiscalização estatal [12]. Os preços são fixados, a pedido do director-geral da ÖStDr, pelo Conselho Económico [13], o qual é composto por doze membros, dos quais oito são nomeados pela Chancelaria federal ou por diferentes ministérios e quatro pelo conselho de empresa, segundo as regras que regem o comércio [14].

21. Por força do § 2, n.° 2, a ÖStDr pode exercer outras actividades, tais como a produção de outros documentos impressos ou a edição e a distribuição de livros ou de jornais.

12 — Artigo 13.°, n.° 1, da StDrG.

13 — *Ibidem*, artigo 12.° Mais precisamente, a fixação dos preços é confiada pelo Conselho Económico a um comité composto por três dos seus membros: o presidente do Conselho Económico, um dos membros designados pela Chancelaria federal e um dos membros designados pelo Ministério encarregado das Finanças.

14 — *Ibidem*, artigo 12.°, n.° 2.

22. Nos termos do § 3, «No âmbito do objecto social da empresa, a Staatsdruckerei tem poderes para participar em empresas».

*A Strohal Gesellschaft e a Strohal Rotationsdruck*

23. Em Fevereiro de 1995, a ÖStDr adquiriu a totalidade do capital da Strohal Gesellschaft (a seguir «SG»), a qual fundou a Strohal Rotationsdruck (a seguir «SRG» ou «ré») em Outubro do mesmo ano, de cujo capital social, de um montante de 1 000 000 de ÖS, ficou com 999 000 ÖS [15].

24. Resulta das observações escritas da ré que a aquisição da SG pela ÖStDr se explica pela experiência de que a SG beneficia na prática de uma técnica de impressão estranha às actividades da ÖStDr, bem como pela existência de um núcleo de clientela localizado no estrangeiro [16].

25. A SRG acrescenta que foi inscrita, em 4 de Novembro de 1995, no registo das sociedades do Landgericht Eisenstadt, tendo como objecto social a produção de documentos impressos segundo o processo de fabrico em questão [17].

*O projecto Druckzentrum Müllendorf*

26. Diferentes contratos foram adjudicados pela ÖStDr em nome da SRG, então em vias de fundação, a fim de reduzir o período transitório anterior ao início da actividade de uma unidade de impressão conhecida pelo nome de «Druckzentrum Müllendorf», cuja exploração devia ser confiada à SRG [18].

27. Assim, em 18 de Outubro de 1995, a ÖStDr abriu um concurso público relativo a determinadas instalações técnicas do «Druckzentrum Müllendorf» não destinadas à produção, antes de o cancelar na sequência de um processo de conciliação iniciado pela Wirtschaftskammer Österreich (câmara económica da Áustria).

28. Um concurso público limitado foi em seguida aberto, em relação ao qual a ÖStDr fez saber aos proponentes que a SRG era o dono da obra responsável pelo concurso público e pela adjudicação dos contratos [19].

15 — ÖS: xelim austríaco.

16 — N.º 16.

17 — *Ibidem*, n.º 17.

18 — *Ibidem*, n.ºs 21 a 23, pp. 7 e 8 da tradução da decisão de reenvio.

19 — P. 9 da tradução da decisão de reenvio.

29. Um processo de conciliação foi iniciado na sequência do pedido apresentado em 15 de Novembro de 1995 pelo Verband der Industriellen Gebäudetechnikunternehmen Österreichs (associação austríaca das empresas industriais de equipamento de edifícios), com o fundamento, segundo esta última, em que o projecto era uma empreitada de obras públicas, na acepção da BVergG, e cabia portanto no âmbito de aplicação desta lei [20].

30. A Bundes-Vergabekontrollkommission concluiu que, não havendo entidade adjudicante na acepção da BVergG, não havia contrato de empreitada de obras públicas e que, por conseguinte, a questão não era da sua competência. Não quis, porém, excluir a eventual necessidade de respeitar o disposto na directiva, na hipótese de a entidade adjudicante beneficiar de auxílios comunitários, nos termos do artigo 7.°, n.° 1, já referido [21].

31. Na falta de acordo amigável, a Mannesmann Anlagenbau Austria AG, a J. L. Bacon GesmbH, Haustechnische Gesellschaft für Sanitär-, Wärme- und Luft-Technische Anlagen GesmbH e a Sulzer Infra Anlagen- und Gebäudetechnik GesmbH (a seguir «autoras») interpuseram recurso para o Bundesvergabeamt, em 7 de Dezembro de 1995, nos termos do artigo 92.° da BVergG [22].

## IV — As questões prejudiciais

32. O Bundesvergabeamt salienta que as disposições relevantes da BVergG foram adoptadas tendo em vista a transposição da Directiva 71/305, com as alterações que lhe foram introduzidas, e que, para a interpretação dessas disposições, convém doravante reportar-se à Directiva 93/37. Por conseguinte, submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Uma disposição legislativa nacional como, neste caso concreto, a do § 3 da Staatsdruckereigesetz, através da qual se atribuem a uma empresa direitos especiais e exclusivos, pode justificar a atri-

20 — *Ibidem.*

21 — Pp. 9 e 10 da tradução da decisão de reenvio.

22 — *Ibidem*, p. 10. Segundo o juiz de reenvio, «Em 21 de Dezembro de 1995, as autoras apresentaram um memorando suplementar em que indicaram que tinham sido informadas, em 7 de Dezembro de 1995, pela entidade adjudicante que o concurso público limitado em causa tinha sido anulado.» Acrescenta que «Simultaneamente deu-se a entender às autoras que iria haver um 'processo aberto acelerado'». As autoras confirmam a exposição dos factos que constam do despacho de reenvio. Todavia, a ré indica que «abriu... um concurso público sob a forma do processo aberto acelerado, publicado no Jornal Oficial... de 7 a 10 de Dezembro de 1995...» e que foi «contra este concurso que as autoras intentaram perante o Bundesvergabeamt... o processo... que originou o presente processo prejudicial» (p. 15 da tradução das respectivas observações). Se há portanto divergências na descrição do processo nacional que está na origem do presente processo, não se comprova que elas sejam de molde a dificultar a tarefa do Tribunal de Justiça, na medida em que, no estado das informações de que tenho conhecimento, as características dos dois processos de concurso público invocados não modificam os termos da discussão que o órgão jurisdicional de reenvio pretende submeter ao Tribunal de Justiça.

buição a esta empresa de missões de interesse geral de natureza não comercial, na acepção do artigo 1.°, alínea b), da Directiva 93/37/CEE, e submeter a empresa no seu conjunto ao âmbito de aplicação da directiva, mesmo quando esta empresa participa também em actividades de mercado como empresa comercial?

2) No caso de essa empresa só estar sujeita ao âmbito de aplicação da Directiva 93/37/CEE relativamente aos direitos especiais e exclusivos que lhe foram atribuídos, ficará a mesma obrigada a observar condições organizativas que impeçam a transferência de recursos financeiros provenientes dos lucros destes direitos especiais e exclusivos para outros ramos de negócio?

3) Quando uma entidade adjudicante inicia um projecto que é qualificado como empreitada de obras públicas na acepção da Directiva 93/37/CEE, a intervenção de um terceiro, à partida não abrangido *prima facie* pelo âmbito de aplicação pessoal da directiva, pode justificar a alteração da qualificação de um projecto como empreitada de obras públicas ou esse procedimento deve ser considerado como uma forma de contornar o âmbito de aplicação pessoal da directiva, não conforme com a finalidade da mesma?

4) Quando uma entidade adjudicante cria empresas para desenvolver actividades comerciais e detém nestas uma participação maioritária que lhe permite o controlo económico das mesmas, transmite-se a estas empresas associadas a qualificação de entidade adjudicante pública?

5) O facto de uma entidade adjudicante transferir para uma empresa em que detém uma participação maioritária e que desenvolve uma actividade puramente comercial, recursos financeiros que obteve no exercício de direitos especiais e exclusivos influencia a posição jurídica da empresa associada, no sentido de esta dever ser considerada e comportar-se no seu conjunto como uma entidade adjudicante pública na acepção da Directiva 93/37/CEE?

6) Se uma entidade adjudicante pública que desempenha quer actividades para satisfação de necessidades de natureza não comercial ou industrial de interesse geral quer actividades comerciais cria instalações industriais com qualquer desses objectivos, a atribuição da sua construção deve qualificar-se como empreitada de obras públicas na acepção

da Directiva 93/37/CEE ou existem no direito comunitário critérios que permitam determinar se tais instalações devem ser consideradas destinadas à satisfação das necessidades de interesse geral ou às actividades comerciais, e, em caso afirmativo, quais?

7) O artigo 7.°, n.° 1, do Regulamento (CEE) n.° 2081/93 do Conselho, de 20 de Julho de 1993, que altera o Regulamento (CEE) n.° 2052/88, relativo às missões dos Fundos com finalidade estrutural, à sua eficácia e à coordenação das suas intervenções, entre si, com as intervenções do Banco Europeu de Investimento e com as dos outros instrumentos financeiros existentes, sujeita os beneficiários de auxílios comunitários ao processo de recurso na acepção da Directiva 89/665/CEE, mesmo quando não sejam em si mesmos entidades adjudicantes na acepção do artigo 1.° da Directiva 93/37/CEE?»

33. Antes de tratar das questões colocadas, deve examinar-se se o Bundesvergabeamt tem competência para apresentar um pedido de decisão prejudicial.

## V — Quanto à admissibilidade do pedido de decisão prejudicial

34. O Bundesvergabeamt descreveu os elementos que o caracterizam e que, em seu entender, justificam a sua qualificação como «órgão jurisdicional», na acepção do artigo 177.° do Tratado e, por conseguinte, a admissibilidade do pedido.

35. As partes, os Estados-Membros intervenientes e a Comissão não contestam, de resto, esta qualificação.

36. Recordo os critérios a que se refere a jurisprudência do Tribunal de Justiça para reconhecer um órgão jurisdicional: a origem legal, o carácter permanente, a jurisdição obrigatória em caso de litígio, a aplicação de normas de direito, a competência do órgão para decidir um processo por uma decisão de natureza obrigatória, a independência dos seus membros, o processo contraditório [23].

37. O Bundesvergabeamt foi instituído por força do artigo 78.°, n.° 1, primeira frase, da BVergG. Nos termos dos artigos 91.° e seguintes, que definem a sua competência,

23 — V., nomeadamente, os acórdãos de 30 de Junho de 1966, Vaassen-Göbbels (61/65, Colect. 1965-1968, p. 401); de 27 de Abril de 1994, Almelo e o. (C-393/92, Colect., p. I-1477), e de 12 de Dezembro de 1996, Processos penais contra X (C-74/95 e C-129/95, Colect., p. I-6609).

conhece dos litígios relativos aos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos tais como estes são organizados pela BVergG. Nem a sua origem legal nem a sua natureza de órgão jurisdicional obrigatório suscitam, pois, quaisquer dúvidas.

38. A BVergG não contém qualquer disposição que revele que o Bundesvergabeamt seja um órgão de carácter provisório. Aliás, a sua criação por lei demonstra a intenção da República da Áustria de fundar uma instância de carácter duradouro, cuja missão é conhecer do contencioso dos contratos públicos sem limite temporal quanto à sua competência.

39. Além disso, resulta do § 78, n.º 2, que salienta que o Bundesvergabeamt exerce os poderes que lhe foram atribuídos pela BVergG e dos §§ 91 e seguintes, relativos à sua competência, que as decisões deste último são tomadas nos termos de normas jurídicas, visto que ele dirime os litígios que têm origem na violação da BVergG.

40. Nos termos dos §§ 91 e 92, n.º 2, da BVergG, o processo perante o Bundesvergabeamt pode ter início se o processo de conciliação, pressuposto do recurso a esse órgão, tiver dado resultado negativo. Mas, contrariamente às decisões da Bundes--Vergabekontrollkommission, as do Bundesvergabeamt têm carácter obrigatório, como o demonstra, nomeadamente, o poder de anulação de que dispõe nos termos da lei [24].

41. A independência do órgão jurisdicional austríaco e a dos seus membros não me parecem ser contestáveis. Convém, de facto, salientar que o presidente e o seu substituto são magistrados profissionais [25], que a autoridade encarregada da nomeação deve velar para que os seus assessores representem de maneira equitativa as entidades adjudicantes e os adjudicatários [26], que os fundamentos de revogação estão enumerados taxativamente e correspondem a hipóteses objectivas ou, no que toca ao fundamento relativo a uma negligência grave, a incumprimentos cuja importância, tal como a lei a exige, reduz o risco de arbítrio ou de ingerência por parte das autoridades administrativas [27]. Deve acrescentar-se que, nos termos da lei, os membros do Bundesvergabeamt são independentes e não podem receber instruções [28] e que a administração não pode alterar ou anular as suas decisões [29].

42. O critério relativo à exigência de organização de um processo contraditório parece mais incerto, na falta de disposições da lei sobre o assunto.

24 — § 94, n.º 1, da BVergG.
25 — § 78, n.º 4.
26 — *Ibidem*, § 78, n.º 5.
27 — *Ibidem*, § 79.
28 — *Ibidem*, § 80, n.º 1.
29 — *Ibidem*, § 78, n.º 1.

43. O facto de o recurso ao Bundesvergabeamt ser precedido de um processo de conciliação na Bundes-Vergabekontrollkommission, a qual deve ouvir as partes [30], apenas garante o respeito do contraditório perante esta autoridade, mas não perante o Bundesvergabeamt. Além disso, tal como foi enunciada, a regra segundo a qual este último pode obter qualquer informação junto das entidades adjudicantes e dos empresários [31] não garante, de modo algum, o direito de cada parte a ser sistematicamente informada dos fundamentos e das pretensões da outra parte, visto que, segundo o texto, o Bundesvergabeamt é o único destinatário das informações que lhe forem comunicadas a seu pedido. Ora, para ser efectivo, o exercício do contraditório pressupõe que as partes estejam em condições de responder aos argumentos aduzidos pela parte contrária.

44. Todavia, no caso vertente, a decisão de reenvio revela que o presente processo é posterior a um debate contraditório idêntico aos que ocorrem nos órgãos jurisdicionais, pois foram apresentadas alegações escritas pelas partes e, se nada se diz quanto à troca entre elas desses documentos, houve, pelo menos, uma audiência perante o Bundesvergabeamt [32]. Consequentemente, parece-me claro que, de facto, este último actuou em tudo como um órgão jurisdicional, na acepção do artigo 177.° do Tratado.

45. Por estas razões, concluo no sentido da admissibilidade do pedido.

30 — *Ibidem*, § 88, n.° 1.

31 — *Ibidem*, § 84, n.° 1.

32 — P. 19 da tradução da decisão de reenvio.

## VI — Quanto às questões prejudiciais

46. As autoridades públicas têm uma tendência natural, pouco compatível com o objectivo da realização do mercado interno, para privilegiar as empresas nacionais, com a preocupação de manter o emprego e de favorecer o desenvolvimento económico no seu próprio Estado.

47. A legislação comunitária sobre os contratos públicos desenvolveu-se para garantir, no plano comunitário, o respeito dos princípios de livre concorrência e de liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, que têm sido postos em causa por esses comportamentos que são tradicionais e generalizados [33]. O objectivo que lhe está cometido tem em vista garantir aos operadores económicos, seja qual for a sua origem, a igualdade de acesso aos concursos abertos para os contratos propostos, para a realização dos seus projectos, pelos poderes públicos, independentemente da forma que esta possa assumir [34].

33 — Segundo considerando da directiva. V. também, quanto à finalidade prosseguida pela directiva — na altura destes processos, tratava-se da Directiva 71/305 —, os acórdãos de 20 de Setembro de 1988, Beentjes (31/87, Colect., p. 4635, n.° 11), e de 22 de Junho de 1989, Fratelli Costanzo (103/88, Colect., p. 1839, n.° 18).

34 — V., quanto às razões que justificam a adopção de uma regulamentação em matéria de contratos públicos, Brunelli, P.: *Marchés publics et Union européenne — Nouvelles règles communautaires*, 1995, p. 9 e segs. Quanto à prioridade que foi atribuída ao critério material em relação ao critério formal, o Tribunal de Justiça julgou, num processo cuja solução dependia do sentido que fosse dado à noção de Estado, que esta noção «[devia] ter uma interpretação funcional» e que «o objectivo da directiva... seria de facto comprometido se a aplicação do regime da directiva devesse ser excluído pelo facto de um contrato de empreitada de obras públicas ter sido adjudicado por um organismo que, tendo sido criado para executar tarefas que lhe foram conferidas por lei, não se integra formalmente na administração do Estado» (acórdão Beentjes, já referido, n.° 11).

48. É à luz deste objectivo que se deve interpretar a directiva.

*Quanto às primeira, segunda e sexta questões*

49. O carácter de contrato público de uma empreitada de obras públicas, de que depende a aplicação da directiva, pressupõe que um dos contraentes corresponda à definição de «entidade adjudicante», na acepção desse diploma.

52. Com estas questões, o órgão jurisdicional nacional pretende saber, em suma, se uma empresa que consagra uma parte da sua actividade à satisfação de necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, e outra parte a uma actividade de natureza comercial, deve aplicar o regime da directiva à totalidade das empreitadas de obras públicas que adjudica ou somente às que respeitam a instalações exclusivamente afectadas à primeira dessas actividades.

50. A directiva delimitou o seu âmbito de aplicação *ratione personae* em função não só das entidades que são tradicionalmente qualificadas como autarquias, tais como o Estado, as autarquias locais ou regionais ou os estabelecimentos do âmbito do sector público, mas também das entidades públicas ou privadas que prosseguem um objectivo de interesse geral sem carácter industrial ou comercial, que são qualificadas como «organismos de direito público».

53. Trata-se de saber não só se uma empresa como a ÖStDr apresenta as características que justificam que lhe seja atribuída a qualidade de «organismo de direito público», e portanto de «entidade adjudicante», mas também se, em tal hipótese, todas as empreitadas de obras por ela adjudicadas, seja de que natureza for, entram na categoria das empreitadas de obras públicas que, como tais, estão sujeitas à directiva.

51. As questões prejudiciais que foram submetidas ao Tribunal de Justiça dizem respeito ao conteúdo desta noção. A maior parte delas podem agrupar-se segundo o seu objecto em razão dos vínculos estreitos que as unem.

54. Ninguém defende a tese da aplicação selectiva da legislação em função da actividade da entidade adjudicante. As autoras, a Comissão e, nas suas observações orais consagradas à sexta questão, o Governo francês consideram que, se um organismo, como aqui a ÖStDr, exerce uma actividade comercial para além do objecto com vista ao qual foi criado — que seria, no caso vertente, a satisfação de necessidades de interesse geral

sem carácter industrial ou comercial —, a parte comercial da sua actividade entra assim no âmbito da directiva, pois só é determinante o objectivo para o qual o organismo foi criado [35]. Para a ré, bem como para os Governos austríaco e neerlandês, os critérios mencionados no artigo 1.°, alínea b), segundo parágrafo, da directiva não permitem qualificar a ÖStDr como «organismo de direito público») nem submeter à directiva qualquer uma das suas actividades.

A noção de «organismo de direito público»: aplicação cumulativa dos requisitos legais

55. Recorde-se que a directiva se aplica às empreitadas de obras públicas, que são por ela definidas como sendo contratos em que um dos contraentes é uma «entidade adjudicante». Esta última noção abrange os «organismos de direito público».

56. Na sua primeira questão, o juiz de reenvio utiliza a noção de «direitos especiais e exclusivos» para caracterizar o estatuto especial da ÖStDr.

57. A noção de «direitos especiais ou exclusivos», que consta do artigo 90.°, n.° 1, do Tratado, designa as empresas que beneficiam de um monopólio ou que se encontram numa situação privilegiada, que é reconhecida pelo Estado como contrapartida de uma situação de dependência relativamente a ele. Este preceito prescreve aos Estados-Membros que suprimam ou se abstenham de tomar, quanto a tais empresas, medidas contrárias às regras que caibam no âmbito da política comunitária da concorrência.

58. Ainda que, segundo o Governo austríaco, «a produção e a edição dos documentos impressos... se realizem em condições "privilegiadas"...» [36], o que poderia justificar que se recorresse à noção de «direitos especiais ou exclusivos» para designar as missões da ÖStDr, esta expressão não determina a aplicação da legislação sobre as empreitadas de obras públicas, de modo que não tem qualquer utilidade para efeitos de interpretação da directiva.

59. A noção central aqui é a de «organismo de direito público», entendida na acepção de organismo «criado para satisfazer de um modo específico necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial» [37].

35 — V., nomeadamente, p. 16 da tradução das observações escritas da Comissão.

36 — P. 6 da tradução das suas observações escritas.

37 — Artigo 1.°, alíneas a) e b).

60. Há outras duas condições que acrescem a esta última: um «organismo de direito público» deve ser dotado de personalidade jurídica e deve depender estreitamente do Estado, das autarquias locais ou regionais ou de outros organismos de direito público [38].

61. Resulta da própria letra do artigo 1.°, alínea b), segundo parágrafo, da directiva que os três requisitos aí enunciados têm carácter cumulativo.

62. As listas previstas no artigo 1.°, alínea b), terceiro parágrafo, enumeram os organismos que preenchem os critérios em questão.

63. A definição dos organismos austríacos em causa designa «todos os organismos sujeitos ao controlo orçamental da "Rechnungshof" (Tribunal de Contas) sem carácter industrial ou comercial» [39]. Nos termos do artigo 15.°, n.° 6, da StDrG, a ÖStDr está sujeita ao controlo do Tribunal de Contas. Mas o outro critério enunciado no preceito, comparável ao primeiro critério do artigo 1.°, alínea b), segundo parágrafo, da directiva, deve, tal como este, ser clarificado.

A satisfação de necessidades de interesse geral *sem carácter industrial ou comercial*

64. A expressão «necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial» não é fácil de compreender.

65. A noção de «interesse geral» pode ser cotejada, como fez o advogado-geral W. Van Gerven quanto à de «interesse económico geral», que consta do artigo 90.°, n.° 2, do Tratado, com a ideia de «... actividades que beneficiam directamente à colectividade», por oposição aos interesses individuais ou de grupo [40]. Nesta óptica, é lógico considerar que a actividade da ÖStDr consagrada à impressão de documentos administrativos oficiais, tais como os passaportes, os bilhetes de identidade ou as colectâneas legislativas, se destina à satisfação de necessidades de interesse geral.

38 — Este vínculo de dependência pode ser de diferente natureza: a subordinação financeira do organismo, o controlo da sua gestão ou a nomeação de membros dos seus órgãos de administração, de direcção ou de fiscalização [v. artigo 1.°, alínea b), *segundo parágrafo, terceiro travessão, já referido*].

39 — Anexo I, XI, E.1, alínea b), do Acto relativo às condições de adesão do Reino da Noruega, da República da Áustria, da República da Finlândia e do Reino da Suécia e às adaptações dos Tratados em que se funda a União Europeia (JO 1994, C 241, p. 21).

40 — N.° 27 das conclusões apresentadas no processo C-179/90, acórdão de 10 de Dezembro de 1991, Merci convenzionali porto di Genova (Colect., p. I-5889). No seu artigo «La notion de "pouvoir adjudicateur" en matière de marchés de travaux», Valadou P. dá esta definição: «A necessidade de interesse geral pode portanto ser definida como a exigência manifestada pela sociedade (local ou nacional) no seu interesse colectivo». Acrescenta que «há interesse geral a partir do momento em que o interesse em causa se não confunde com o interesse próprio e exclusivo de uma pessoa ou de um grupo de pessoas bem determinado» (*Semaine juridique*, Éd. E, n.° 3, 1991, p. 33).

66. Nesta matéria, a dificuldade está sobretudo em determinar a fronteira que separa as actividades de interesse geral de carácter industrial ou comercial das que não têm esse carácter.

67. O Tribunal de Justiça enunciou — num contexto legal diferente, embora próximo, visto que se tratava das relações entre o Estado e as empresas públicas — uma série de indícios que permitem tentar definir uma linha de separação.

68. O Tribunal de Justiça indicou que «... o Estado pode agir quer no exercício da autoridade pública quer no exercício de actividades económicas de carácter industrial ou comercial, que se traduzem na oferta de bens ou serviços no mercado» [41]. Noutro acórdão, o Tribunal de Justiça fez notar que «... as empresas privadas determinam... a sua estratégia industrial e comercial tendo em conta, nomeadamente, as exigências de rentabilidade. As decisões das empresas públicas, pelo contrário, podem sofrer o impacto de factores de ordem diferente, no âmbito da prossecução, pelas autoridades públicas que podem influenciar essas decisões, dos objectivos de interesse geral» [42].

69. A descrição assim feita das actividades públicas e privadas permite delimitar melhor o tipo de domínio que é abrangido pelos «organismos de direito público» designados pela directiva. O legislador comunitário pretendeu que esta se aplicasse aos organismos que prosseguem a satisfação de necessidades de interesse geral, cuja actividade escape, total ou parcialmente, à lógica do mercado. Pela sua natureza, que as designa como cabendo no âmbito das missões essenciais que são atribuídas aos poderes públicos, certas actividades não podem ficar sujeitas a um critério de rentabilidade e não têm portanto fim lucrativo [43]. Pode pensar-se que, se o legislador traçou a fronteira que separa os organismos cuja actividade está sujeita à regulamentação sobre os contratos públicos dos outros organismos, por meio do critério derivado das «necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial», tal ocorreu porque estes últimos estão sujeitos a uma concorrência por parte de outros operadores económicos que os dissuade de escolher os seus co-contratantes com base em critérios discriminatórios. Por esta razão, os mecanismos coercivos estabelecidos pelo legislador revelam-se menos úteis.

41 — Acórdão de 6 de Junho de 1987, Comissão/Itália (118/85, Colect., p. 2599, n.º 7). Note-se que a distinção entre as actividades que cabem no âmbito dos poderes públicos e as que, embora sendo exercidas por pessoas colectivas de direito público, cabem no domínio privado decorre sobretudo dos acórdãos que foram proferidos pelo Tribunal de Justiça acerca da aplicabilidade das regras de concorrência do Tratado a certas actividades. V., por exemplo, os acórdãos de 19 de Janeiro de 1994, SAT Fluggesellschaft (C-364/92, Colect., p. I-43), e de 18 de Março de 1997, Diego Calì e Figli (C-343/95, Colect., p. I-1547).

42 — Acórdão de 6 de Julho de 1982, França, Itália e Reino Unido/Comissão (188/80, 189/80 e 190/80, Recueil, p. 2545, n.º 21).

43 — Sobre esta questão, v. nomeadamente o artigo, supracitado, de Valadou P., n.º 12; Flamme, M.-A., e Flamme, P.: «Enfin l'Europe des marchés publics», *Actualité juridique — Droit administratif*, 20 de Novembro de 1989, p. 653; Lee, P.: *Public procurement*, 1992, pp. 56 e 57.

70. No caso vertente, a actividade confiada à ÖStDr pela StDrG consiste na produção de documentos administrativos oficiais, dos quais alguns servem para identificar as pessoas, ao passo que outros são utilizados para a difusão dos diplomas legislativos, regulamentares e administrativos do Estado, de modo que a função desses documentos está estreitamente ligada à ordem pública e ao funcionamento institucional da República da Áustria. A natureza específica das necessidades que a ÖStDr esté encarregada de satisfazer, que estão assim ligadas ao exercício de prerrogativas de poder público, explica que a sua actividade se realize em condições que escapem em grande parte à concorrência, visto que, por um lado, ela assume a forma de um monopólio [44] e, por outro, ainda que sejam determinados segundo as regras que regem o comércio, os seus preços são fixados por uma autoridade que emana principalmente dos poderes públicos [45]. O Estado deve poder beneficiar, simultaneamente, de uma garantia de fornecimento e de condições de produção que assegurem o respeito de normas de confidencialidade e previnam os riscos de reprodução ilícita dos documentos impressos.

O critério finalista

72. Deve verificar-se, em seguida, se a ÖStDr foi criada «para satisfazer de um modo específico» as necessidades às quais tem o encargo de responder.

73. A finalidade da criação do organismo é o único elemento determinante, segundo a letra da lei, para que este possa ser considerado um «organismo de direito público», na acepção da directiva. O que conta é, naturalmente, o objectivo efectivamente prosseguido. A finalidade anunciada de satisfação de necessidades de carácter industrial ou comercial, que porventura dissimulasse actividades de interesse geral, com o fito de escapar às regras coercivas da lei, não pode ser aceite pelo juiz nacional.

71. Por estas razões, penso que a ÖStDr prossegue a satisfação de «necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial», na acepção da directiva.

74. Esta condição significa que é o exercício desta actividade que deve ter constituído o motivo da criação do organismo.

75. É certo que «de um modo específico» não quer dizer «de um modo exclusivo», de maneira que o organismo pode exercer outras actividades, sem por isso escapar à qualificação de «organismo de direito público». Mas parece-me necessário comprovar que este deve efectivamente a sua existência à prossecução desse objectivo específico.

44 — P. 6 da tradução das observações escritas do Governo austríaco.

45 — V. o n.º 20 das presentes conclusões. Trata-se, portanto, de uma fixação administrativa dos preços, o que quer dizer que estes últimos não podem ser modificados sem uma decisão formal da autoridade pública. Além disso, a decisão de fixação dos preços parece dever ter em conta considerações relativas à missão específica da ÖStDr. Assim, numa formulação algo sibilina, a StDrG esclarece que os preços tomam em consideração «as capacidades de disponibilidades necessárias», o que dá a entender que o seu nível cobre os custos provocados pela manutenção de uma capacidade de produção suficientemente importante para satisfazer as necessidades do Estado, ainda que esses factores de produção fiquem por vezes subutilizados.

76. Se assim for, será feita a prova da natureza específica da sua missão, a qual justifica que os contratos que adjudica sejam abrangidos pela legislação comunitária.

77. Além de não resultar da letra da directiva, o critério da parte relativa de actividade do organismo que é consagrada à satisfação de necessidades sem carácter industrial ou comercial, defendido pelos Governos austríaco e neerlandês [46], parece-me ser de molde a facilitar a fraude à lei. Com efeito, uma entidade pode perfeitamente ter sido criada com o objectivo de satisfazer necessidades de natureza pública, ao mesmo tempo que exerce actividades puramente industriais ou comerciais. Ora, se estas últimas missões forem dominantes na sua actividade, a leitura que assim é proposta terá por efeito subtrair o organismo no seu conjunto ao regime da directiva. Bastará, portanto, que uma autarquia recorra a esta prática de uma maneira sistemática para fazer escapar a totalidade das empreitadas de obras públicas à aplicação da legislação comunitária.

78. É certo que não se pode minimizar o argumento segundo o qual a aplicação por meio de interpretação extensiva desta legislação a actividades puramente industriais ou comerciais constitui uma pesada imposição, que pode parecer injustificada, já que os organismos constituídos para exercer actividades idênticas não estão sujeitos a isso.

79. É ao escolher o instrumento jurídico apropriado aos objectivos prosseguidos pelas autarquias que este inconveniente poderá ser evitado. Visto que o objectivo que preside à criação do organismo determina o regime jurídico aplicável aos contratos que ele será levado a celebrar, cabe aos seus criadores, preocupados em evitar os efeitos indesejáveis deste regime sobre as actividades que lhe não estão submetidas, limitar o respectivo objecto social. Cabe-lhes também fazê-lo evoluir se, tal como acontece no caso vertente, a aplicação da legislação sobre os contratos públicos à parte de actividade puramente industrial ou comercial da empresa for considerada demasiado limitativa.

Natureza jurídica da ÖStDr e regime aplicável

80. A ÖStDr foi fundada para responder às encomendas de imprensa do Estado [47]. É dotada de personalidade jurídica [48]. Está, ademais, sujeita a um serviço de fiscalização estatal [49], bem como ao controlo do Tribunal de Contas [50], o que se explica, segundo as

46 — Para defender a ideia de que a ÖStDr não é um «organismo de direito público», o Governo austríaco indica, nomeadamente, que «... a parte das actividades "privilegiadas" da ÖStDr não representa mais do que 15% a 20% da sua actividade global» (p. 7 da tradução das respectivas observações escritas).

47 — N.os 2 e segs. das observações escritas da ré.

48 — V. o n.º 19 das presentes conclusões.

49 — V. o n.º 20 das presentes conclusões.

50 — V. o n.º 63 das presentes conclusões.

declarações que foram prestadas na audiência pela ré, pelo facto de a maioria das acções ter ficado nas mãos do Estado austríaco. Por conseguinte, parece-me que a ÖStDr deve ser qualificada como um «organismo de direito público».

81. Visto que a empresa tem direito a esta qualificação, a totalidade das suas empreitadas de obras está sujeita às disposições da directiva. Com efeito, o artigo 1.°, alínea a), não define os contratos de empreitada de obras públicas e não determina portanto o âmbito de aplicação da directiva segundo a actividade em relação à qual os contratos são adjudicados, mas em função das características do organismo que contratou com o empreiteiro. É portanto neste sentido que me parece que se deve responder à primeira e à sexta questão.

82. Em consequência, a segunda questão, que foi formulada para a hipótese de a ÖStDr estar sujeita à directiva apenas quanto à sua actividade de natureza pública, não carece de resposta.

*Quanto à terceira, quarta e quinta questões*

83. Estas questões dizem respeito, em suma, às condições que as filiais de uma «entidade adjudicante» devem preencher para serem elas próprias qualificadas como «entidades adjudicantes», bem como à incidência da intervenção de uma filial que não reúna essas condições sobre a qualificação de um projecto de contrato de empreitada de obras públicas que tenha sido iniciado por uma «entidade adjudicante».

84. Mais especificamente, o juiz de reenvio pretende saber, em primeiro lugar, se o artigo 1.°, alínea b), da directiva pode ser interpretado no sentido de permitir qualificar como «organismos de direito público» as entidades que caibam numa das categorias seguintes:

— as empresas criadas, com vista a satisfazer necessidades de carácter industrial ou comercial, por um «organismo de direito público», e cujo capital social este último detenha mais de metade;

— as empresas que exerçam actividades comerciais, cujo capital social seja detido em mais de metade por um «organismo de direito público», e que recebam deste meios financeiros provenientes do exercício por ele de uma actividade destinada a satisfazer necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial.

85. A letra da directiva já toma em consideração, no teor da definição que dá dos «orga-

nismos de direito público», o caso do financiamento maioritário de uma pessoa colectiva por uma autarquia ou por um «organismo de direito público». Mas, como se viu, as três condições enunciadas pelo artigo 1.°, alínea b), segundo parágrafo, são cumulativas e, por conseguinte, não basta que um organismo seja dotado de personalidade jurídica e financiado maioritariamente por um «organismo de direito público» para ser qualificado de «organismo de direito público». Ainda é necessário, além disso, que tenha sido criado com vista a satisfazer necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial.

86. À noção de «entidade adjudicante» foi atribuída uma acepção mais lata, em 1989, a fim de não limitar a regulamentação comunitária somente às autarquias [51], quando muitas entidades jurídicas, ao mesmo tempo que não respeitavam esse critério formal, dispunham de competências incluídas no âmbito das missões tradicionais das autarquias. O legislador comunitário confirmou assim o entendimento que havia sido perfilhado na jurisprudência do Tribunal de Justiça, caracterizada por uma interpretação funcional da noção de «entidade adjudicante» [52]. A mesma lógica exige que esta não abranja os organismos que, se bem que estejam na dependência dessa entidade, exerçam actividades puramente privadas [53].

87. Por conseguinte, nem o domínio económico de uma empresa por uma «entidade adjudicante», nem o fornecimento a esta empresa de meios financeiros pela «entidade adjudicante» a sujeitam ao regime da legislação sobre os contratos públicos, desde que a sua actividade continue a ser puramente comercial. Como salienta com razão o Governo austríaco, tal fornecimento cabe antes no âmbito do direito comunitário sobre os auxílios de Estado [54].

88. O juiz austríaco pergunta igualmente ao Tribunal de Justiça se a qualificação de contrato de empreitada de obras públicas atribuída a um projecto de obras pode ser modificada na sequência da intervenção de um terceiro que não tenha a qualidade de «entidade adjudicante», na acepção da directiva, com o risco de esta maneira de proceder poder vir a constituir um meio de escapar à aplicação da directiva.

51 — A Directiva 71/305 qualificava como «entidades adjudicantes» o Estado, as autarquias locais e certas pessoas colectivas de direito público. A Directiva 89/440/CEE do Conselho, de 18 de Julho de 1989, que altera a Directiva 71/305/CEE (JO L 210, p. 1), substituiu nomeadamente a noção de «pessoas colectivas de direito público» pela de «organismos de direito público», tal como vêm mencionados na Directiva 93/37.

52 — Acórdão Beentjes, já referido.

53 — V. n.os 64 e segs. das presentes conclusões.

54 — P. 11 da tradução das observações escritas. Deve, no entanto, acrescentar-se, para ser completo, que, por força do artigo 2.° da directiva, entidades que não tenham a qualidade de «entidades adjudicantes» podem ficar sujeitas às disposições deste diploma quando os contratos de empreitada de obras que adjudicaram sejam subsidiados directamente em mais de 50% por uma «entidade adjudicante». Ainda é necessário, além disso, que os contratos em causa constem «da classe 50, grupo 502 da nomenclatura geral das actividades económicas das Comunidades Europeias (NACE)» ou sejam «contratos de obras de construção de hospitais, de instalações desportivas, recreativas e de ocupação de tempos livres, estabelecimentos de ensino e edifícios para uso administrativo» (artigo 2.°, n.° 2). Trata-se aqui de uma derrogação ao princípio segundo o qual a directiva se aplica aos contratos de empreitada de obras que sejam adjudicados por uma «entidade adjudicante». Se encarar pronunciar-se sobre a aplicação desta disposição ao processo que lhe foi submetido, o juiz nacional terá que examinar se o contrato de empreitada de obras controvertido, que, manifestamente, não diz respeito à construção de edifícios do tipo dos que vêm enumerados no fim do n.° 2 do artigo 2.°, cabe no âmbito do grupo 502, já referido, da NACE, o qual abrange nomeadamente as empresas de engenharia civil. Compete-lhe também verificar o nível dos subsídios que tenham sido eventualmente pagos pela ÖStDr à SRG.

89. A resposta a esta questão pressupõe que as circunstâncias exactas do «aparecimento» do terceiro — para reproduzir a terminologia utilizada pelo juiz nacional — na execução do projecto sejam esclarecidas.

90. Resulta da decisão de reenvio que o concurso público que esteve na origem do presente processo prejudicial foi aberto pela ré, já que a ÖStDr cancelou o anterior concurso público.

91. A SRG é portanto a entidade adjudicante encarregada de celebrar o contrato constitutivo da empreitada de obras litigiosa. Ora, esta não apresenta, segundo o juiz de reenvio, as características de uma «entidade adjudicante», o que exclui a aplicação do regime da directiva.

92. Como já disse, a celebração pela ÖStDr, no âmbito do mesmo projecto, dos contratos anteriores a este justificava-se pela preocupação de reduzir o período transitório anterior ao início da actividade da unidade de impressão da SRG, então em vias de fundação. Além disso, a ÖStDr previu «uma cláusula em todos os contratos de prestações, nos termos da qual poderia em qualquer momento... transferir para um terceiro à sua escolha todos os direitos e obrigações resultantes dos contratos de prestações» [55].

93. Estes factos tendem a demonstrar que, desde o início, o projecto em causa cabia no domínio de actividade da SRG, o que permite situar diferentemente a acção da ÖStDr, *já que, segundo toda a probabilidade,* esta participava na realização de um projecto que estava incluído, na sua totalidade, no objecto social da sua filial.

94. A adjudicação do contrato de empreitada de obras não parece portanto ter ocorrido por conta da ÖStDr, mas, pelo contrário, em benefício da SRG, o que justifica que tal contrato não caiba no âmbito de aplicação da directiva.

95. O Bundesvergabeamt invoca o risco de fraude à lei que poderia ser constituído pelo recurso a um terceiro para escapar à legislação comunitária sobre os contratos públicos.

96. Na medida em que a legislação comunitária sobre os contratos de empreitada de obras públicas delimita o seu âmbito de aplicação em função, nomeadamente, da qualidade dos signatários do contrato, tal risco não é de excluir totalmente.

55 — P. 8 da tradução da decisão de reenvio.

97. Já fiz notar, todavia, que cabe ao juiz que se ocupa do litígio comprovar a veracidade dos fundamentos invocados que estão na origem da criação do organismo que celebrou o contrato controvertido. A apreciação dos factos a que o juiz venha a proceder decidirá da qualificação jurídica relevante [56].

98. Assim é útil que o juiz verifique *in concreto* se uma empresa não terá sido constituída por uma «entidade adjudicante» para celebrar contratos de obras com a única finalidade de evitar a aplicação da legislação comunitária. O objectivo efectivo da criação da empresa, que, em tal hipótese, seria a celebração de contratos de empreitada de obras públicas, pode assim conduzir o órgão jurisdicional a decidir que o contrato litigioso foi adjudicado por conta da «entidade adjudicante», o que justificaria a aplicação da directiva.

99. A «entidade adjudicante» pode assim optar por se dirigir a uma empresa já constituída. Nesse caso, a fraude à lei parece mais difícil de distinguir se, como é provável, a empresa for escolhida entre aquelas cuja constituição se não destinou de modo algum ao exercício de uma actividade tendo em vista a satisfação de necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial, pois então os contratos que ela celebrar não estão incluídos tradicionalmente no âmbito da legislação comunitária.

100. O juiz verificará se existe realmente uma ligação entre as obras projectadas e o objecto social da empresa. É claro que se deve presumir que uma empresa que celebre um contrato para a realização de obras que não contribuem para a sua própria actividade age por conta de outrem. Na hipótese de uma «entidade adjudicante» poder ser identificada como sendo o verdadeiro beneficiário, as disposições comunitárias relativas aos contratos públicos devem logicamente aplicar-se.

*Quanto à sétima questão*

101. Com esta questão, o juiz nacional pretende saber se o financiamento comunitário de um projecto de obras está subordinado ao respeito, pela empresa beneficiária, da legislação comunitária sobre os contratos públicos, ainda que esta, no caso vertente a SRG, não seja um «organismo de direito público» e não tenha portanto a qualidade de «entidade adjudicante».

102. O teor do artigo 7.°, n.° 1, do regulamento pode ser compreendido de duas maneiras diferentes. Ou a Comunidade, quando procede ao financiamento de uma

56 — V. n.os 72 e 73 das presentes conclusões.

acção, se certifica de que os destinatários do auxílio respeitam a legislação comunitária que lhes é aplicável ou então a legislação comunitária mencionada no texto torna-se aplicável aos operadores que beneficiam desse financiamento, ainda mesmo que, em outras circunstâncias, esta lhes não fosse aplicável.

103. A primeira leitura parece-me ser a única possível.

104. O texto não diz que as disposições comunitárias relativas aos contratos públicos se impõem doravante a todos os operadores económicos que desejem beneficiar de um financiamento comunitário para a execução de acções previstas no regulamento.

105. O preceito refere-se à «compatibilidade» e à «conformidade», com a legislação comunitária sobre os contratos públicos, das acções que pretendam obter um financiamento da Comunidade. A conformidade das acções pressupõe, antes de tudo, que estas caibam no âmbito de aplicação definido por cada um dos diplomas comunitários aplicáveis. A acção de um organismo que não reúna as características legais de um «organismo de direito público», na acepção da directiva, é evidentemente compatível com esta última, visto ele não estar sujeito ao regime que ela estabelece.

106. O carácter muito geral do reenvio milita igualmente neste sentido. A extensão indiferenciada da legislação a todos os operadores que actuem no âmbito de acções financiadas pela Comunidade pode fazer correr o risco de criar dificuldades de interpretação dos textos pouco conformes com a segurança jurídica.

107. Sobretudo, a aplicação das directivas sobre os contratos públicos a organismos cuja actividade seja puramente industrial ou comercial seria dificilmente justificável tendo em vista a finalidade desta legislação, que é — recorde-se — garantir a igualdade de acesso dos operadores económicos aos contratos propostos por autarquais públicas ou por organismos que exerçam actividades de carácter público.

108. A preocupação do legislador parece ser fazer com que as despesas efectuadas pela Comunidade no âmbito das políticas estruturais sejam estritamente limitadas aos operadores que respeitem as regras do direito comunitário e não sirvam para dar qualquer caução a comportamentos que lhe sejam contrários.

109. Por conseguinte, deve considerar-se que o organismo beneficiário de um financiamento comunitário, que não tenha a qualidade de «organismo de direito público», na acepção da Directiva 93/97, não é obrigado a acatar as disposições da directiva, já referida, relativa aos processos de recurso em matéria de contratos de direito público.

## Conclusão

110. À luz destas considerações, proponho ao Tribunal de Justiça que responda às questões que foram colocadas da seguinte maneira:

«1) A Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, deve ser interpretada no sentido de que:

— constitui um "organismo de direito público", na acepção do artigo 1.°, alínea b), desse texto, uma imprensa dotada de personalidade jurídica, criada tendo em vista a produção exclusiva de documentos administrativos oficiais destinados ao Estado, que garante o respectivo controlo, nomeadamente mediante a detenção de mais de metade do seu capital social, e fixa os preços dos referidos documentos, ainda que esta parte da sua actividade se tenha tornado minoritária em relação à sua actividade global;

— as suas disposições são aplicáveis a todos os contratos de obras adjudicados por um "organismo de direito público", na acepção do artigo 1.°, alínea b), desse texto.

2) O artigo 1.°, alínea b), da Directiva 93/37 deve ser interpretado no sentido de que não constitui um "organismo de direito público", na acepção desse texto, a empresa criada, com o único fim de satisfazer necessidades de carácter industrial ou comercial, por um "organismo de direito público" que detenha mais de metade do seu capital social, ainda que esta empresa receba do referido organismo meios financeiros provenientes do exercício por este último de uma actividade consagrada à satisfação de necessidades de interesse geral sem carác-

ter industrial ou comercial. O facto de essa empresa celebrar um contrato relativo a obras, no âmbito de um projecto global orientado de início por um "organismo de direito público", não tem como consequência a sujeição do referido contrato às disposições da Directiva 93/37, a menos que o contrato tenha sido celebrado por conta do "organismo de direito público".

2) O artigo 7.°, n.° 1, do Regulamento (CEE) n.° 2052/88 do Conselho, de 24 de Junho de 1988, relativo às missões dos Fundos com finalidade estrutural, à sua eficácia e à coordenação das suas intervenções, entre si, com as intervenções do Banco Europeu de Investimento e com as dos outros instrumentos financeiros existentes, com as alterações que lhe foram introduzidas pelo artigo 1.° do Regulamento (CEE) n.° 2081/93 do Conselho, de 20 de Julho de 1993, deve ser interpretado no sentido de que uma empresa beneficiária de um investimento comunitário não está sujeita aos processos de recurso estabelecidos pela Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras de fornecimentos, se não constituir um "organismo de direito público", na acepção do artigo 1.°, alínea b), da Directiva 93/37.»