CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL SIEGBERT ALBER

apresentadas em 7 de Novembro de 2002 [1]

I — Introdução

1. A presente acção por incumprimento tem por objecto a delimitação do âmbito de aplicação pessoal 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 [2] (a seguir «Directiva 93/37»). O Reino de Espanha entende que as empresas comerciais em cujo capital o Estado participe não são consideradas «organismos de direito público», na acepção da directiva em questão, sempre que se encontrem organizadas de acordo com as regras do direito privado.

II — Enquadramento jurídico

2. Nos termos do artigo 1.°, alínea b), da Directiva 93/37 consideram-se «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.

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 organismos 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

1 — Língua original: alemão.
2 — JO L 199, p. 54.

mais de metade, por membros designados pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público».

3. Esta disposição foi transposta para o direito nacional espanhol através da Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas (a seguir «Lei 13/1995») [3]. O artigo 1.°, n.° 3, desta lei dispõe:

«[...] a presente lei aplica-se à adjudicação de empreitadas sempre que nela intervêm organismos autónomos e, ainda, quando intervenham outras entidades de direito público dotadas de personalidade jurídica, ligadas à administração pública ou dela dependentes, desde que estejam preenchidas as seguintes condições:

a) terem sido criados para satisfazer de um modo específico necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial;

b) tratar-se de serviços que sejam maioritariamente financiados pela administração pública ou por outros órgãos de direito público, que tenham a sua gestão sujeita à supervisão por parte dessa administração ou desses órgãos de direito público ou, ainda, cujos órgãos de administração, de direcção ou de fiscalização sejam compostos, em mais de metade, por membros designados pela administração pública ou por outros órgãos de direito público.»

4. O sexto aditamento à Lei 13/1995, que tem por título «Princípios da adjudicação de empreitadas de obras públicas», determina:

«As empresas comerciais cujos capitais sejam directa ou indirectamente detidos, a título maioritário, pela administração pública, pelos seus organismos autónomos ou ainda por entidades de direito público, devem, no exercício da sua actividade e no âmbito das adjudicações de empreitadas, respeitar os princípios relativos à publicidade e à concorrência, a menos que o tipo de procedimento a seguir seja incompatível com esses princípios.»

III — Matéria de facto e procedimento pré-contencioso

5. A Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios SA (a seguir «SIEPSA») foi constituída pelo Reino de Espanha e iniciou a sua actividade em 7 de Abril de 1992. Inicialmente foi constituída

3 — BOE n.° 119, de 19 de Maio de 1995, p. 14601. A lei em causa foi novamente publicada, com um novo texto codificado, em 16 de Junho de 2000 [Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE n.° 148, de 21 de Junho de 2000, p. 21775)]. O conteúdo das disposições referidas *supra* não foi alterado.

para ter a duração de oito anos, contados desde a data do início da sua actividade (artigo 4.° dos respectivos estatutos). Contudo, em 1998/1999 foi alterado o artigo 4.° dos estatutos, para que a sociedade passasse a existir por tempo indeterminado.

6. Nos termos do artigo 2.° dos respectivos estatutos, o objecto social da SIEPSA consiste na execução de programas e acções previstos no «Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios» aprovado pelo Conselho de Ministros. Por um lado, esses programas e acções consistem na selecção e na aquisição de terrenos adequados à construção de novos estabelecimentos prisionais, em nome próprio ou através de terceiros, o que inclui a abertura de concursos e a execução dos trabalhos de planeamento, a realização das obras e os financiamentos respectivos, com vista à entrada em funcionamento dos referidos estabelecimentos. Por outro lado, os mencionados programas e acções abrangem a alienação dos estabelecimentos que já não se mostrem necessários. O Estado espanhol é único accionista da SIEPSA, que é dirigida por um conselho de administração cujos membros são designados pelo Governo espanhol. A SIEPSA está sujeita ao direito privado espanhol, sendo que em matéria de orçamento, contabilidade e controlo financeiro se lhe aplicam as regras de direito público.

7. No âmbito da construção do Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, a SIEPSA abriu um concurso que, apesar de cumprir o disposto na Lei 13/1995 espanhola, é pacífico que não respeitava as exigências previstas na Directiva 93/37 no que tange à publicidade (artigo 11.°)[4], ao prazo de recepção das propostas (artigo 12.°), aos critérios de selecção qualitativa (artigos 24.°, 27.° e 29.°, n.° 3), aos critérios de atribuição e adjudicação dos contratos (artigos 18.° e 30.°) e ao modo de lidar com propostas anormalmente baixas (artigo 30.°, n.° 4).

8. No termo de um procedimento pré-contencioso que não teve êxito, durante o qual, em 6 de Novembro de 1998, remeteu ao Reino de Espanha uma notificação para cumprimento e, em 25 de Agosto de 1999, um parecer fundamentado, a Comissão intentou a presente acção.

IV — Pedidos das partes

9. A Comissão pede que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias se digne:

1) Declarar que, no concurso para execução das obras do Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, aberto pela Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, SA, sociedade abrangida pela definição de entidade adjudicante constante do artigo 1.°, alínea b), da Directiva 93/37/CEE, cujo montante

4 — Os artigos indicados sem outra referência pertencem à Directiva 93/37.

excede largamente o limiar de aplicação da directiva, ao não se submeter ao conjunto das disposições da mesma directiva, e, mais precisamente, às normas sobre publicidade previstas nos n.os 2, 6, 7 e 11 do artigo 11.°, bem como ao disposto nos artigos 12.°, n.° 1, 29.°, n.° 3, 18.°, 27.° e 30.°, n.° 4, o Reino de Espanha não cumpriu as obrigações que lhe impõe o direito comunitário;

2) Condenar o Reino de Espanha nas despesas.

10. O Reino de Espanha pede que o Tribunal se digne:

1) Julgar a acção improcedente;

2) Condenar a Comissão nas despesas.

V — Argumentos das partes

11. A Espanha, que nos seus articulados não se referiu especificamente às violações das disposições da Directiva 93/37 que lhe são imputadas, reconheceu depois, expressamente, por carta de 16 de Julho de 2002, que o concurso em apreço não cumpriu as exigências da Directiva 93/37 invocadas pela Comissão. Nesta medida, o litígio tem apenas por objecto a questão de saber se a SIEPSA deve ou não ser considerada entidade adjudicante na acepção da directiva. Assim sendo, os argumentos só serão reproduzidos nas partes que aludem a esta questão.

12. As partes também estão de acordo, no que respeita às duas primeiras condições previstas no artigo 1.°, alínea b), da Directiva 93/37, em que a SIEPSA é dotada de personalidade jurídica e é controlada pelo Estado. Só é controvertida a questão de saber até que ponto a SIEPSA satisfaz necessidades que não têm carácter industrial ou comercial.

A — *Comissão*

13. A Comissão entende que a SIEPSA satisfaz necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial. A Comissão, na análise que levou a cabo, baseia-se mais no objectivo para o qual a SIEPSA foi criada do que naquilo que é a sua actividade efectiva.

14. A Comissão baseia o seu entendimento, antes de tudo, no artigo 2.° dos estatutos da

SIEPSA. De acordo com o mesmo, a SIEPSA foi criada com o fim de executar os planos aprovados pelo Conselho de Ministros no «Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios». A SIEPSA ocupa-se da construção e do equipamento de estabelecimentos prisionais, bem como da alienação de estabelecimentos que já não sejam necessários. Contribui, assim, para a aplicação da política prisional do Estado. A Comissão, remetendo para o acórdão Mannesmann [5], sublinha que a satisfação destas necessidades de interesse geral está estreitamente relacionada com a manutenção da ordem pública e que pertence ao Estado o monopólio da persecução penal e da aplicação de medidas privativas da liberdade.

15. Para além do mais, a SIEPSA depende funcionalmente da administração ministerial. No exercício da sua actividade, sujeita-se às recomendações da direcção-geral da administração dos estabelecimentos prisionais, o que também demonstra que a SIEPSA faz parte do sector público.

16. Sucede, ainda, que, no entender da Comissão, as actividades exercidas pela SIEPSA não têm carácter industrial ou comercial. A construção de estabelecimentos prisionais e a alienação de estabelecimentos que já não sejam necessários não consubstancia uma actividade para a qual exista um mercado geral. No que toca à construção de estabelecimentos prisionais, a procura só existe por parte do Estado, a quem incumbe aplicar a política prisional.

17. Mas ainda que se pretendesse classificar as actividades da SIEPSA como actividades industriais ou comerciais, tal não impediria a aplicação da Directiva 93/37. É que a actividade industrial ou comercial exercida eventualmente apenas consubstancia o meio para satisfação de um interesse geral — que não tem carácter industrial ou comercial — sob a forma da aplicação da política prisional.

18. A Comissão remete ainda para o acórdão BFI Holding [6], nos termos do qual o facto de existirem empresas privadas que eventualmente exercem a mesma actividade que o organismo sob análise não exclui a sua classificação como entidade adjudicante. Nos termos do mesmo acórdão, a falta de concorrência também não é uma condição necessária para efeitos de qualificação como organismo de direito público.

19. Mesmo o facto de a SIEPSA agir eventualmente com fins lucrativos não impede a sua qualificação como entidade adjudicante. Por um lado, o texto da Directiva 93/37 não permite presumir que os organismos que obtêm lucros não satisfazem necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial. Por isso, o facto de serem porventura obtidos lucros não é uma característica essencial de um organismo com carácter industrial ou comercial. Por outro lado, é francamente duvidoso que uma empresa estatal como a SIEPSA prossiga efectivamente fins lucrati-

5 — Acórdão de 15 de Janeiro de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria (C-44/96, Colect., p. I-73, n.° 24).

6 — Acórdão de 10 de Novembro de 1998, BFI Holding (C-360/96, Colect., p. I-6821, n.° 47).

vos. É que a SIEPSA é exclusivamente financiada a partir do orçamento geral do Estado. Foi criada com o objectivo de permitir a aplicação de um plano de política prisional, que é uma área na qual os Estados-Membros normalmente não consideram a obtenção de lucro como prioritária. A Comissão chama a atenção para o facto de a SIEPSA ter apresentado prejuízos consideráveis em 1997 e 1998.

20. A Comissão considera que o Governo espanhol não tem razão quando refere a classificação da SIEPSA resultante do disposto no direito espanhol. Por um lado, a definição de «organismo de direito público» deve ser interpretada de acordo com o direito comunitário, pelo que é irrelevante o que dispõe o direito nacional. Se a Ley 13/1995 exclui a SIEPSA do âmbito de aplicação das regras comunitárias relativas à adjudicação de contratos públicos, então há que concluir que a mesma transpôs erradamente a Directiva 93/37.

21. Por outro lado, o facto de a SIEPSA, de acordo com o direito espanhol, ter uma forma jurídica de direito privado e estar sujeita às respectivas regras não tem qualquer importância. A classificação de um organismo como de direito público não depende da natureza jurídico-pública ou jurídico-privada das regras que regulam a sua constituição e a sua actividade, mas sim do objectivo dessa mesma constituição.

22. De resto, o texto da Directiva 93/37 contradiz a argumentação espanhola. Nos termos do artigo 1.° da mencionada directiva, entende-se por organismo de direito público «qualquer» organismo que preencha as condições previstas na aludida disposição. Consequentemente, não pode relevar o facto de o direito nacional de um Estado-Membro excluir determinado organismo do âmbito de aplicação pessoal da directiva.

23. A referência à distinção entre organismos de direito público e empresas públicas, contida na Directiva 93/38/CEE[7], também não permite sustentar a tese segundo a qual as empresas públicas estão excluídas do âmbito de aplicação da Directiva 93/37. A Comissão, baseando-se no disposto no artigo 2.° da Directiva 93/38, entende que a referência expressa a empresas públicas visa o objectivo de permitir abranger no âmbito de aplicação da Directiva 93/38 as empresas dotadas de direitos de exclusividade que exercem uma actividade relevante nos sectores económicos referidos nessa mesma directiva. O que em nada altera o sentido do conceito de «organismo de direito público», que é o mesmo nas quatro directivas relativas à adjudicação de contratos públicos. Na opinião da Comissão, as «empresas públicas» distinguem-se dos «organismos de direito público» por terem sido criadas com objectivos industriais ou comerciais.

7 — Directiva 93/38/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (JO L 199, p. 84).

B — *Governo espanhol*

24. O Governo espanhol, ao invés, é da opinião que a Directiva 93/37 não é aplicável à SIEPSA. A SIEPSA tem carácter puramente industrial ou comercial, tanto atendendo ao objectivo subjacente à sua criação como às necessidades que efectivamente satisfaz. A SIEPSA foi criada para exercer todas as actividades necessárias à boa execução dos programas e acções previstos no plano de amortização e criação de centros penitenciários. As actividades que efectivamente exerce também têm carácter puramente industrial ou comercial, uma vez que a compra e venda de imóveis, bem como o planeamento e a execução de obras de construção, são actividades puramente industriais ou comerciais. Os valores obtidos com estas operações são exclusivamente aplicados na execução do plano. Nesta medida, a SIEPSA actua com fins lucrativos, o que é típico de uma actuação industrial ou comercial.

25. A expressão «organismo de direito público», contida na Directiva 93/37, visa entidades de natureza jurídico-*pública*. Os organismos públicos espanhóis, porém, no exercício das suas actividades, utilizam tradicionalmente organismos de direito *privado*, que são as chamadas sociedades comerciais estatais (Sociedades Mercantiles Estatales). O seu capital encontra-se, pelo menos maioritariamente, nas mãos do Estado ou de outros organismos públicos. Contudo, independentemente da sua forma jurídica, a sua actividade está sujeita ao direito privado, a menos que determinadas disposições relativas ao orçamento, à contabilidade, ao controlo financeiro e à adjudicação de contratos públicos imponham outra solução. Não dispõem de poderes de autoridade. A SIEPSA é uma destas empresas.

26. A legislação espanhola que procedeu à transposição da Directiva 93/37 excluiu as sociedades comerciais estatais do âmbito de aplicação pessoal das regras relativas à adjudicação de contratos públicos. Na medida em que estas empresas adjudiquem empreitadas, ficam apenas sujeitas à obrigação de assegurar uma determinada publicidade na abertura de concursos e de respeitar as regras da concorrência. O concurso em apreço, aberto pela SIEPSA, cumpriu ambos os deveres.

27. O Governo espanhol invoca ainda o facto de apenas a Directiva 93/38, ao contrário das demais directivas relativas a contratos públicos, distinguir entre organismos de direito público e empresas públicas e de declarar que as regras relativas à adjudicação de contratos públicos também se aplicam a essas empresas públicas. Porém, a Directiva 93/37, que foi adoptada no mesmo dia e é aquela que releva para efeitos do presente processo, contém um regime jurídico distinto, pelo que as empresas públicas como a SIEPSA não caem no seu âmbito de aplicação. Se as empresas públicas devessem ser abrangidas pelo conceito de organismos de direito público, então não se compreenderia a razão pela qual a Directiva 93/38 procede a uma expressa distinção entre essas duas categorias.

28. O Governo espanhol entende ainda que a interpretação da Comissão não tem devidamente em conta a condição da ausência de carácter industrial ou comercial da actividade, à qual é atribuído significado autónomo. Se bastasse que um organismo satisfizesse uma necessidade de interesse geral — como, por exemplo, contribuir para a política de execução de penas —, então a condição contida na directiva, nos termos da qual a actividade não pode ter carácter industrial ou comercial, seria irrelevante. Acontece que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeia já reconheceu, no acórdão BFI Holding [8], que esta condição tem significado autónomo.

VI — Apreciação

29. A Espanha não contesta que o concurso aberto pela SIEPSA não cumpre todas as exigências previstas na Directiva 93/37; porém, considera que a directiva não se aplica a essa sociedade. Assim sendo, só está em discussão a questão da aplicabilidade da Directiva 93/37 à SIEPSA.

30. A resposta a esta questão depende de saber se a sociedade deve ser considerada um organismo de direito público na acepção da directiva. As partes estão de acordo em que a SIEPSA tem personalidade jurídica, é controlada pelo Estado e foi criada especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral. Todavia, divergem quanto à questão de saber se essas necessidades têm ou não carácter industrial ou comercial.

31. A Espanha incide principalmente na actividade efectivamente exercida, que consiste na aquisição e na alienação de imóveis. Defende, por isso, o ponto de vista segundo qual a SIEPSA realiza operações comerciais. A Comissão, em contraposição, atende principalmente ao objectivo da actividade da SIEPSA, que é a construção de estabelecimentos prisionais. Conclui daqui que a missão em causa não tem carácter industrial ou comercial.

32. Nenhuma das directivas relativas à adjudicação de contratos públicos [9] define o conceito de «necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial». Tanto quanto se pôde apurar, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias só se debruçou sobre a interpretação deste critério nos acórdãos BFI Holding [10] e Agorà [11].

8 — Já referido na nota 6, n.os 32 a 36.

9 — Directiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento (JO L 199, p. 1); Directiva 93/37 (já referida na nota 1); Directiva 93/38 (já referida na nota 7); e 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).

10 — Já referido na nota 6.

11 — Acórdão de 10 de Maio de 2001, Agorà e Excelsior (C-223/99 e C-260/99, Colect. 2001, p. I-3605).

33. No acórdão BFI Holding, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias decidiu que a ausência de carácter industrial ou comercial é um critério que se destina a precisar o conceito das necessidades de interesse geral na acepção do artigo 1.°, alínea b), segundo parágrafo da Directiva 92/50 [12]. Justificou esta decisão, antes de mais, com a necessidade de se atribuir utilidade prática à disposição [13].

34. No acórdão Agorà, o Tribunal reconheceu, reportando-se à lista dos organismos de direito público contida no anexo I da Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas [14], na redacção da Directiva 93/37, que se trata geralmente de necessidades que, por um lado, são satisfeitas de modo diferente da oferta de bens ou de serviços no mercado, e que, por outro, por razões ligadas ao interesse geral, o Estado escolhe satisfazer ele próprio ou em relação às quais pretende manter uma influência determinante [15].

35. Para além disso, o Tribunal de Justiça decidiu em ambos os acórdãos que o conceito de necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial não exclui necessidades que são igualmente satisfeitas ou que o poderiam ser por empresas privadas, mas que a existência de uma concorrência desenvolvida e, em especial, o facto de o organismo em causa agir em situação de concorrência no mercado pode ser um indício em apoio do facto de que não se trata de uma necessidade geral sem carácter industrial ou comercial [16].

36. Nas conclusões que apresentámos nos processos Agorà [17], Universale Bau [18], Truley [19] e Korhonen [20] sugerimos que se aferisse do carácter da necessidade satisfeita por determinado organismo também em função da resposta que fosse dada à questão de saber se o organismo em causa tem de suportar ele próprio os seus eventuais prejuízos, isto é, de saber se esse organismo é ou não economicamente responsável pelas decisões que toma no âmbito da adjudicação das empreitadas. Se a resposta for afirmativa, então existirá um indício de que as decisões do organismo assentam em considerações de carácter económico, devendo partir-se do princípio de que as necessidades têm carácter industrial ou comercial. Porém, se esses prejuízos forem suportados por um serviço público que esteja por detrás do organismo, será de recear que este, na adjudicação de uma empreitada, se possa orientar por considerações não puramente económicas. Neste caso, será posta em causa a concretização

12 — N.° 32.

13 — N.° 35.

14 — JO L 185, p. 5; EE 17 F3 p. 9.

15 — Acórdão Agorà (já referido na nota 11, n.° 37), com remissão para o acórdão BFI Holding (já referido na nota 6, n.os 50 e 51).

16 — Acórdão Agorà (já referido na nota 11, n.° 38); acórdão BFI Holding (já referido na nota 6, n.° 49).

17 — Conclusões de 30 de Janeiro de 2001 apresentadas nos processos apensos Agorà e Excelsior (C-223/99 e C-260/99, Colect. 2001, p. I-3607, n.° 67).

18 — Conclusões de 8 de Novembro de 2001 apresentadas no processo Universale Bau (C-470/99, acórdão de 12 de Dezembro de 2002, Colect., p. I-11617, p. I-11620, n.° 27).

19 — Conclusões de 21 de Março de 2002 apresentadas no processo Truley (C-373/00, acórdão de 27 de Fevereiro de 2003, Colect., p. I-1931, p. I-1935, n.° 95).

20 — Conclusões de 11 de Julho de 2002 apresentadas no processo Korhonen e o. (C-18/01, acórdão de 22 de Maio de 2003, Colect., p. I-5321, p. I-5324, n.° 77).

da livre circulação de mercadorias e de serviços, pelo que o sentido e o objectivo das directivas relativas à adjudicação de contratos públicos impõem a sua aplicação a esse organismo. O Tribunal de Justiça confirmou este princípio no acórdão Agorà [21].

37. Tendo presente esta jurisprudência, pode-se dizer o seguinte acerca da SIEPSA: deve ser dada razão ao Governo espanhol quando este refere que o critério da ausência de carácter industrial ou comercial das necessidades tem um significado autónomo. Para que a directiva seja aplicável à SIEPSA não basta que esta, com a construção de estabelecimentos prisionais, satisfaça uma necessidade de interesse geral.

38. Por outro lado, o objectivo com o qual a SIEPSA foi criada é relevante efectivamente para se poder apurar se satisfaz necessidades sem carácter industrial ou comercial. O texto da Directiva 93/37 exige que o organismo tenha sido criado para satisfazer de um modo específico necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial. Resulta daqui que o organismo fica excluído do âmbito de aplicação da directiva se tiver sido criado para satisfazer necessidades com carácter industrial ou comercial. Não basta que também satisfaça necessidades com carácter industrial ou comercial. Tem, isso sim, de se tratar de um organismo que ofereça bens e serviços no mercado livre, concorrendo assim com outros intervenientes económicos, privados e públicos. Em contrapartida, a directiva já se aplica aos organismos que embora efectivamente satisfaçam necessidades industriais ou comerciais, tenham na realidade sido criados para satisfazer outras necessidades de interesse geral [22].

39. Não existe um mercado livre para os bens e serviços oferecidos pela SIEPSA, que consistem no planeamento e na construção de estabelecimentos prisionais. Por força da pertença ao Estado do monopólio da persecução penal, existe do lado da procura relativa a essas prestações uma única entidade, que é o Estado espanhol; só ele é que necessita de estabelecimentos prisionais. O que acaba de se expor contradiz a hipótese de a SIEPSA satisfazer necessidades com carácter industrial ou comercial.

40. A SIEPSA também satisfaz uma outra necessidade, relativamente à qual o Estado espanhol exerce uma influência determinante sobre esta sociedade. A SIEPSA executa o «Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios», que é aprovado pelo Governo, actuando aí de acordo com as instruções da administração pública. Também esta circunstância, tendo em conta a *supra* citada jurisprudência, contribui para que se considere que a SIEPSA satisfaz necessidades sem carácter industrial ou comercial.

21 — Já referido na nota 11, n.º 40.

22 — V. a exposição no guia da Comissão acerca das disposições comunitárias relativas à adjudicação de empreitadas de obras públicas, p. 10, publicado na página da *internet* da Comissão, em www.europa/internal_market, sob o descritor «contratos públicos».

41. O facto de a SIEPSA, no âmbito da sua actividade, ter de adquirir imóveis, em nada altera esta conclusão. A aquisição de novos imóveis e a alienação de imóveis que já não são necessários são apenas meios para a realização do objecto social da SIEPSA, que é a construção de estabelecimentos prisionais para o Estado espanhol. O seu objecto não é o comércio de imóveis.

42. A argumentação das partes não esclarece se a SIEPSA tem de suportar os eventuais prejuízos ou se estes são compensados a partir do orçamento geral do Estado. O Governo espanhol alega que a actividade da SIEPSA tem fins lucrativos. A Comissão contesta e refere que a SIEPSA, em 1997 e 1998, apresentou prejuízos assinaláveis. Não obstante, as suas explicações não contêm nenhuma indicação que permita responder à questão de saber quem deve suportar esses prejuízos.

43. Saber se a SIEPSA tem ou não fins lucrativos não parece ser, à luz da jurisprudência actual, essencial para a sua classificação. De acordo com o entendimento do Tribunal de Justiça, a existência ou não de fins lucrativos é, em todo o caso, um indício da existência de uma actividade industrial ou comercial. O Tribunal de Justiça, no acórdão Agorà, considerou o Ente Fiera um organismo que satisfaz necessidades com carácter industrial ou comercial, apesar de não ter fins lucrativos [23].

44. Na análise da questão de saber por conta de quem é que corre o risco económico das decisões da SIEPSA, é de ter presente a circunstância de a mesma ter sido constituída para executar as decisões do Governo espanhol no que toca aos estabelecimentos necessários à sua política prisional. Estão em causa os pressupostos factuais do exercício do poder repressivo do Estado. O Estado tem de cumprir esta missão de alguma maneira. Foi para isso que o Estado espanhol criou a SIEPSA, incumbindo-a da realização das tarefas com ela relacionadas. Nesta medida, é de partir do princípio de que o Estado espanhol também tem interesse na subsistência da SIEPSA. É que, caso seja declarada a falência desta, o próprio Estado terá de passar outra vez a satisfazer directamente as necessidades de cuja satisfação a SIEPSA foi incumbida. O interesse do Estado na subsistência da SIEPSA traduz-se também na prorrogação da duração da empresa estabelecida no acto da sua constituição. Os estatutos da sociedade, inicialmente constituída para ter a duração de apenas oito anos, contados desde a data do início da sua actividade, foram posteriormente alterados de modo a que a sociedade passasse a existir por tempo indeterminado (v., *supra*, n.º 5). Este interesse na subsistência da SIEPSA permite supor que o Estado espanhol, enquanto único accionista, irá tomar todas as providências destinadas a impedir que seja declarada a falência da SIEPSA [24]. Consequentemente,

23 — Acórdão já referido na nota 11, n.os 40 a 43.

24 — V. as nossas conclusões no processo Korhonen (já referido na nota 20, n.os 80 e 81), a respeito de factos semelhantes.

ainda que não existam mecanismos oficiais de cobertura de eventuais passivos, a SIEPSA, em última análise, não responderá sozinha pelas consequências económicas decorrentes da sua actuação. Nesta medida, poderá existir o perigo de a SIEPSA, no âmbito da adjudicação de empreitadas, se poder orientar por considerações não puramente económicas, o que é suficiente para que se deva assegurar a efectiva livre circulação de mercadorias e de serviços através da aplicação da Directiva 93/37.

45. Concluindo esta parte, cumpre assinalar que as necessidades satisfeitas pela SIEPSA, atendendo aos critérios desenvolvidos até agora pela jurisprudência, não têm carácter industrial ou comercial.

46. O Governo espanhol baseia ainda o seu entendimento no facto de a SIEPSA, de acordo com o direito espanhol, estar apenas sujeita ao direito privado. A legislação que transpôs as directivas relativas à adjudicação de contratos públicos exclui do seu âmbito de aplicação todas as sociedades comerciais estatais.

47. A este propósito, é de notar que a ideia de proceder à distinção segundo o direito aplicável a cada organismo tem apoio no texto do artigo 1.°, alínea b), da Directiva 93/37. Esta disposição menciona, de facto, organismos de direito público. Evidentemente que os organismos sujeitos ao direito privado devem, em princípio, ser excluídos do âmbito de aplicação da directiva.

48. Esta interpretação, porém, não tem suficientemente em consideração a referência que se segue àquela expressão, pela qual se encontram enumeradas as condições de acordo com as quais se deve apurar se determinado organismo é de direito público. Estas condições, de preenchimento cumulativo [25], impõem que os organismos sejam financiados «maioritariamente pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos 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». Resulta daqui que se trata de organismos controlados e dirigidos pelo Estado. Apesar da expressão «organismo *de direito público*», não está em causa saber se o mesmo está sujeito ao direito público ou ao direito privado.

49. Nas conclusões que apresentámos nos processos Truley [26] e Korhonen [27] expusemos por que razão não consideramos que uma interpretação da noção de necessidades de interesse geral dependente do modo como o Estado-Membro em causa define o

25 — V., a este propósito, o acórdão BFI Holding (já referido na nota 6, n.° 29).

26 — Já referido na nota 19, n.os 42 a 44.

27 — Já referido na nota 20, n.° 57.

seu domínio de actividade seja compatível com o sentido e com o objectivo das directivas em matéria de contratos públicos. A autonomia do direito comunitário e o objectivo da sua aplicação uniforme indicam que a noção de necessidades de interesse geral deve ser entendida e interpretada como conceito jurídico autónomo de direito comunitário. Este ponto de vista é apoiado pelo sentido e pelo objectivo das directivas relativas aos processos de adjudicação de contratos, que consiste em contribuir para o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno.

50. O exemplo que se passa a expor talvez permita ilustrar este raciocínio. Se dependesse da área do direito à qual os organismos estão sujeitos segundo as regras nacionais, então as autoridades de um Estado-Membro poderiam facilmente subtrair-se à aplicação das directivas relativas à adjudicação de contratos públicos. Bastaria, para o efeito, constituir uma sociedade, por exemplo, uma sociedade anónima de «fornecimentos», à qual fosse exclusivamente aplicável o direito privado, e atribuir-lhe como objecto social o fornecimento de mobiliário de escritório, de papel, etc. aos serviços do Estado. Apesar de, nesse caso, o Estado ser único accionista e poder influenciar todas as decisões da sociedade anónima de «fornecimentos», não estaria obrigado a abrir concursos, pois a sociedade não estaria sujeita ao direito público, mas sim ao direito privado. É evidente que esta situação não é compatível com o sentido e o objectivo das directivas relativas à adjudicação de contratos.

51. A determinação do âmbito pessoal de aplicação da Directiva 93/37 não pode, por isso, depender da questão de saber se o organismo está sujeito, de acordo com o direito nacional, ao direito público ou ao direito privado. Consequentemente, para o presente processo é irrelevante o facto de a SIEPSA estar exclusivamente sujeita ao direito privado espanhol.

52. O Governo espanhol, por fim, compara ainda o texto da Directiva 93/38 com o das outras directivas relativas à adjudicação de contratos. Chama a atenção para o facto de a Directiva 93/38, para além de referir os «poderes públicos», ainda mencionar as «empresas públicas». A definição de «poderes públicos» é idêntica à de «entidades adjudicantes», contida nas demais directivas relativas à adjudicação de contratos públicos. Uma vez que as Directivas 93/36, 93/37 e 93/38 foram adoptadas no mesmo dia, devem os conceitos de «poderes públicos» e de «entidades adjudicantes» ser interpretados no mesmo sentido. Daqui conclui o Governo espanhol que as «empresas públicas» não podem ser «entidades adjudicantes», na acepção da Directiva 93/37. Uma vez que o conceito de «empresas públicas» não consta da Directiva 93/37, esta não se aplica a tais empresas.

53. É verdade que a Directiva 93/37 não refere expressamente se é ou não aplicável às «empresas públicas». Contudo, tais empresas podem ser subsumidas na definição legal de entidades adjudicantes. Pois,

como resulta do exemplo da SIEPSA, também elas podem ter sido criadas para satisfazer de um modo específico necessidades de interesse geral (sem carácter industrial ou comercial), ser dotadas de personalidade jurídica e — como se vislumbra desde logo da definição legal contida no artigo 1.°, n.° 2, da Directiva 93/38 — ter como característica o facto de os poderes públicos sobre ela poderem «exercer, directa ou indirectamente, uma influência dominante, em virtude da propriedade, da participação financeira ou das normas que lhe são aplicáveis». Coloca-se, assim, a questão de saber se a omissão de um regime jurídico expresso relativo às «empresas públicas», na Directiva 93/37, permite concluir que este diploma se lhes não aplica.

54. De facto, a referência a «empresa pública», no artigo 1.° da Directiva 93/38, só faz sentido se não estiver abrangida pela definição de «poderes públicos», na acepção dessa mesma disposição. E uma vez que a definição de «poderes públicos» coincide com a de «entidades adjudicantes» nas demais directivas relativas à adjudicação de contratos públicos, também é de presumir que ambas as normas devem ser interpretadas do mesmo modo. Mas neste caso, os organismos abrangidos pela noção de «empresa pública» não poderão ser «entidades adjudicantes» na acepção da Directiva 93/37. O texto das disposições tende a corroborar, à primeira vista, o entendimento do Governo espanhol.

55. Porém, ao nível da análise sistemática é de ter presente que a Directiva 93/38 contém um regime jurídico especial aplicável apenas a certos sectores económicos. Só se aplica aos sectores do abastecimento de água e energia, dos transportes e das telecomunicações. As Directivas 92/50, 93/36 e 93/37, ao invés, aplicam-se a todas as actividades do Estado. Nesta medida, a Directiva 93/38 consubstancia uma excepção. Os regimes de excepção não são, em princípio, susceptíveis de servir de referência para a interpretação de normas gerais. Isto contraria a interpretação restritiva do conceito de «entidade adjudicante», na acepção da Directiva 93/37, defendida pelo Governo espanhol, e representa um argumento a favor da inclusão das «empresas públicas» no âmbito de aplicação dessas normas.

56. A evolução histórica das disposições relativas à adjudicação de contratos públicos também contraria a interpretação defendida pelo Governo espanhol.

57. É verdade que as Directivas 93/36, 93/37 e 93/38 foram, todas elas, adoptadas no dia 14 de Junho de 1993. É, por isso, de

presumir que o legislador quis atribuir sempre o mesmo sentido às noções utilizadas. Mas, neste contexto, coloca-se a questão de saber — seguindo a tese espanhola — porque é que não utilizou o conceito de «poderes públicos» também nas Directivas 93/36 e 93/37, visto a definição deste conceito corresponder ao de «entidades adjudicantes» nas outras duas directivas?

58. Cumpre, pelo contrário, referir o facto de a terminologia das Directivas 93/36 e 93/37 corresponder à adoptada na Directiva 92/50, relativa aos contratos públicos de serviços. É, por isso, evidente que a Directiva 93/38 deve ser considerada como um regime jurídico especial em relação aos demais diplomas relativos à adjudicação de contratos públicos, não se devendo daí retirar quaisquer conclusões no que toca à interpretação das demais directivas.

59. De resto, toda a evolução do direito relativo à adjudicação de contratos públicos aponta para esta tese. A matéria das empreitadas de obras públicas, regulada pela Directiva 93/37, foi previamente tratada pelas Directivas 71/304/CEE [28] e 71/305, tendo esta última sido alterada pela Directiva 89/440/CEE [29]. Os contratos públicos de fornecimento regulados pela Directiva 93/36 eram anteriormente objecto da Directiva 77/62/CEE [30], que, por sua vez, foi alterada pelas Directivas 80/767/CEE [31] e 88/295/CEE [32]. A matéria da Directiva 93/38, contudo, só consideravelmente mais tarde veio a ser regulada, o que aconteceu por intermédio da Directiva 90/531/CEE [33]. Esta sucessão cronológica impede também que se utilize o regime jurídico contido na Directiva 93/38 para efeitos de interpretação da Directiva 93/37.

60. As definições legais contidas no artigo 1.°, alínea b), da Directiva 93/37, incluindo o conceito de «entidade adjudicante», remontam a uma proposta de alteração apresentada pelo Parlamento Europeu no âmbito da consulta relativa à alteração da Directiva 71/305 proposta pela Comissão. A Comissão, na sua pro-

28 — Directiva 71/304/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à supressão das restrições à livre prestação de serviços no domínio das empreitadas de obras públicas e à adjudicação de empreitadas de obras públicas por intermédio de agências ou de sucursais (JO L 185, p. 1; EE 06 F1 p. 129).

29 — Directiva 89/440/CEE do Conselho, de 18 de Julho de 1989, que altera a Directiva 71/305/CEE, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 210, p. 1).

30 — Directiva 77/62/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1976, relativa à coordenação dos processos de celebração dos contratos de fornecimento de direito público (JO L 13, p. 1; EE 17 F1 p. 29).

31 — Directiva 80/767/CEE do Conselho, de 22 de Julho de 1980, que adapta e completa, no que diz respeito a certas entidades adjudicantes, a Directiva 77/62/CEE que coordena os processos de celebração dos contratos de fornecimento de direito público (JO L 215, p. 1; EE 17 F1 p. 83).

32 — Directiva 88/295/CEE do Conselho, de 22 de Março de 1988, que altera a Directiva 77/62/CEE relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos de fornecimento de direito público e revoga certas disposições da Directiva 80/767/CEE (JO L 127, p. 1).

33 — Directiva 90/531/CEE do Conselho, 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).

posta, limitava-se a aludir a «pessoas colectivas» [34]. O Parlamento Europeu introduziu o conceito de «órgão de direito público» [35] (posteriormente alterado para «organismo»), de modo a garantir uma aplicação o mais abrangente possível da directiva relativa à adjudicação de empreitadas de obras públicas. A adopção desta definição legal visava substituir as listas referidas no artigo 1.°, alínea b), da Directiva 71/305, que estabeleciam quem deveria ser considerado entidade adjudicante. Visava garantir uma aplicação sem lacunas da directiva [36]. Previa-se alargar o âmbito de aplicação da directiva de modo a abranger as obras executadas por terceiros que, total ou parcialmente, directa ou indirectamente, fossem financiadas com fundos públicos [37].

61. Assim, há que reconhecer que o conceito de «entidade adjudicante» já existia muito antes da adopção da Directiva 93/38. Ainda que o legislador não tenha utilizado, na directiva relativa aos sectores, a terminologia usual no âmbito da adjudicação de contratos públicos, não se pode retirar desse regime jurídico especial quaisquer conclusões quanto à interpretação dos conceitos utilizados uniformemente nas outras directivas. Nesta medida, a adopção simultânea das três directivas de 1993 não demonstra que o legislador também teria referido expressamente as «empresas públicas» nas Directivas 93/36 e 93/37 caso quisesse incluí-las no respectivo âmbito de aplicação pessoal.

62. O sentido e o objectivo da Directiva 93/37 também contrariam a interpretação do Governo espanhol, decorrente da comparação com a Directiva 93/38. Tal como já foi mencionado, o legislador quis substituir a lista das entidades adjudicantes por uma definição de alcance geral, de modo a esclarecer que estas disposições se aplicam a todos os organismos que preencham determinadas condições, ainda que não constem da lista das entidades adjudicantes. Ora, excluir toda uma área da actividade estatal, como é o caso da das empresas públicas, só porque estas não são expressamente mencionadas, contraria o referido objectivo.

63. Tal como já se aludiu *supra*, o motivo pelo qual a Directiva 93/37 é aplicável respeita também às «empresas públicas», na acepção da Directiva 93/38. Também estas são empresas que, apesar de organizadas de acordo com critérios da economia privada, são controladas e geridas pelo

34 — Proposta de directiva do Conselho para alteração da Directiva 71/305/CEE, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, COM(86) 679 final, de 23 de Dezembro de 1986, pp. 6 e 22.

35 — Proposta de alteração n.° 4, relatório do Comité de Política Económica, Monetária e Industrial, documentos relativos às sessões do Parlamento Europeu, 1988-1989, documento A 2-37/88, p. 6, e respectiva fundamentação, p. 31.

36 — V. fundamentação do supra-referido relatório, p. 31.

37 — V. exposição do relator Beumer na sessão do Parlamento Europeu do dia 17 de Maio de 1988, Sessões do Parlamento Europeu, 17 de Maio de 1988, n.° 2-365, p. 83.

Estado. Esta influência do Estado justifica a sua inclusão no âmbito de aplicação da directiva.

64. A Directiva 93/38, ao contrário das outras directivas relativas a contratos públicos, apenas se aplica a sectores determinados. Os respectivos mercados caracterizavam-se em 1990 — ou seja, o ano em que foram regulamentados pela primeira vez estas matérias — por uma multiplicidade de formas de organização dos organismos aí activos. O fornecimento de água e de energia e a prestação de serviços nas áreas dos transportes e das telecomunicações eram garantidos em parte por organismos estatais e em parte por empresas privadas, às quais os respectivos Estados-Membros tinham concedido direitos de exclusividade. A privatização de amplos sectores do Estado ainda se encontrava no início. De modo a abranger o grande número existente na época de formas de constituição e de organização das entidades, optou o legislador por não utilizar a terminologia usual de «entidades adjudicantes», introduzindo, em vez disso, os conceitos de «poderes públicos» e «empresa pública». Por esta via, por um lado, esclareceu que não era determinante a forma de organização e, por outro, garantia que a Directiva 93/38 se aplica a todos os organismos que actuam nestes sectores, logo que preencham as condições previstas. Deste modo, visou-se exactamente o mesmo objectivo que nas outras directivas relativas a contratos públicos, nas quais se define o conceito de entidades adjudicantes de modo a abranger os organismos de direito público.

65. Existem duas comunicações da Comissão que demonstram que precisamente os sectores regulamentados pela Directiva 93/38 têm passado por grandes transformações. Na comunicação *Os contratos públicos na União Europeia* [38], de 1998, a Comissão expôs o seguinte:

«Após a liberalização de vários sectores abrangidos pelo âmbito de aplicação da Directiva 93/38/CEE, cumpre analisar a extensão da abertura à concorrência dos sectores liberalizados, com vista a permitir decidir se as disposições vinculativas aplicáveis às entidades adjudicantes, contidas na directiva, ainda se justificam. *Estas regras foram adoptadas em virtude da falta de condições de concorrência derivada da intervenção estatal, nos termos da qual era atribuído a um agente económico certo monopólio.* Em contrapartida desta posição privilegiada, que o Estado garante, estabeleceram-se deveres em matéria de publicidade e de cumprimento de regras processuais no âmbito da adjudicação de empreitadas. Caso se reconheça que em determinado sector já existe concorrência em termos efectivos, então dever-se-á proceder à revogação das disposições vinculativas previstas na directiva.

38 — COM(1998) 143 final, de 11 de Março de 1998.

A Comissão deu início ao processo de liberalização dos sectores abrangidos pela Directiva 93/38/CEE [...] Há agora que ter em conta os desenvolvimentos e as novas orientações do mercado que daí resultaram. As empresas que, do mesmo modo que as empresas privadas que se regem apenas por critérios económicos, operam no mercado em condições efectivas de concorrência, devem ser excluídas do âmbito de aplicação da directiva.»

66. Em 1999, a Comissão declarou a Directiva 93/38 inaplicável a uma parte considerável do sector das telecomunicações [39]. Esta comunicação confirma que a Directiva 93/38 contém um regime jurídico especial, que tem em conta as especificidades, à época, dos mercados nos sectores em causa. Consequentemente, este diploma não consagra uma delimitação entre os intervenientes económicos, genericamente aplicável, antes contém o regime jurídico aplicável a um caso especial.

67. Nesta medida, pelo facto de a Directiva 93/37 não incluir expressamente no seu âmbito de aplicação as «empresas públicas», não se pode concluir que estas não são abrangidas pelo conceito de «entidade adjudicante». Também esta objecção do Governo espanhol deve ser rejeitada.

68. Nestes termos, deve considerar-se que a SIEPSA é um organismo de direito público, na acepção do artigo 1.°, alínea b), da Directiva 93/37. Uma vez que o Governo espanhol reconheceu as diversas violações do disposto na Directiva 93/37 que a Comissão individualizadamente lhe imputou, deve ser deferido o pedido da Comissão.

VII — Despesas

69. Em virtude do exposto, deve a acção ser julgada procedente. Nos termos do artigo 69.° do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo o Reino de Espanha sido vencido e a Comissão apresentado o respectivo requerimento, deve aquele ser condenado nas despesas.

39 — Comunicação da Comissão ao abrigo do artigo 8.° da Directiva 93/38/CEE; lista dos serviços considerados excluídos do âmbito de aplicação da Directiva 93/38/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, ao abrigo do seu artigo 8.° (JO 1999, C 156, p. 3).

VIII — Conclusões

70. Nos termos do exposto, propõe-se que o Tribunal de Justiça decida do seguinte modo:

1) Ao não ter respeitado, no concurso para execução das obras do Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, aberto pela Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, SA, sociedade abrangida pela definição de entidade adjudicante constante do artigo 1.°, alínea b), da Directiva 93/37/CEE, cujo montante excede largamente o limiar de aplicação da directiva, as disposições da Directiva 93/37/CEE e, mais precisamente, as normas sobre publicidade previstas nos n.os 2, 6, 7 e 11 do artigo 11.°, bem como o disposto nos artigos 12.°, n.° 1, 29.°, n.° 3, 18.°, 27.° e 30.°, n.° 4, o Reino de Espanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do direito comunitário.

2) O Reino de Espanha é condenado nas despesas.