

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

JÁN MAZÁK

apresentadas em 16 de Dezembro de 2008¹

1. No presente pedido de decisão prejudicial, o Vergabesenat [secção competente em matéria de contratos públicos] do Oberlandesgericht Düsseldorf (Alemanha) pede ao Tribunal de Justiça que interprete a Directiva 2004/18/CE no contexto das caixas de seguro de doença alemãs instituídas por lei². O órgão jurisdicional de reenvio pretende saber, no essencial, se essas caixas constituem organismos de direito público e, portanto, entidades adjudicantes, e como deve ser qualificado o contrato em questão.

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

Por ‘organismo de direito público’ entende-se qualquer organismo:

I — Quadro jurídico

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

A — *Direito comunitário*

b) Dotado de personalidade jurídica; e

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

c) Cuja actividade seja financiada maioritariamente pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público; ou cuja gestão esteja sujeita a controlo por parte destes últimos; ou em cujos órgãos de adminis-

1 — Língua original: inglês.

2 — Directiva do Parlamento e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (JO L 134, p. 114) (a seguir «Directiva»).

tração, direcção ou fiscalização mais de metade dos membros sejam designados pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público.

público referidas no anexo III, sempre que, com base em notificações dos Estados-Membros, se revelarem necessárias [...]

5. O artigo 1.º da directiva, intitulado «Definições», prevê o seguinte:

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

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

3. A parte III, categoria 1.1, do anexo III da directiva prevê, sob a epígrafe 'Na Alemanha', o seguinte: «Sozialversicherungen (Krankenkassen, Unfall- und Rentenversicherungsträger)/[segurança social (caixas de previdência, companhias de seguros de acidentes e de reforma)]».

[...]

4. O artigo 79.º da Directiva, intitulado «Modificações», dispõe que «a Comissão pode modificar nos termos do n.º 2 do artigo 77.º [...] d) a lista dos organismos e das categorias de organismos de direito

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

[...]

operadores económicos, que tem por objecto fixar os termos dos contratos a celebrar durante um determinado período, nomeadamente em matéria de preços e, se necessário, de quantidades previstas.

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

[...]»

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

6. O artigo 32.º, n.º 2, da directiva dispõe que «para efeitos de celebração de um acordo-quadro, as entidades adjudicantes seguirão as normas processuais referidas na presente directiva [...]»

[...]

7. O artigo 21.º da directiva prevê que «os contratos que tenham por objecto os serviços referidos no anexo II B estão sujeitos apenas ao artigo 23.º e ao n.º 4 do artigo 35.º»

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

8. A categoria n.º 25 do anexo II B tem por objecto «Serviços de saúde e de carácter social».

5. «Acordo-quadro» é um acordo entre uma ou mais entidades adjudicantes e um ou mais

9. O artigo 22.º da directiva dispõe que «os contratos que tenham simultaneamente por objecto a prestação de serviços referidos no

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

10. Finalmente, o artigo 1.º, n.º 4, da Directiva 1999/44/CE³ estabelece que «para efeitos da presente directiva, são igualmente considerados contratos de compra e venda os contratos de fornecimento de bens de consumo a fabricar ou a produzir».

B — *Direito nacional*

11. O sistema de saúde público alemão e a organização e o financiamento das caixas de seguro de doença públicas nesse país estão regulados nos Livros IV e V do Sozialgesetzbuch (Código Social; a seguir «SGB»). O artigo 1.º, n.º 1, do SGB estabelece que estas caixas, como uma comunidade baseada num princípio de solidariedade, têm a tarefa de manter, recuperar ou melhorar a saúde dos beneficiários.

12. As caixas de seguro de doença instituídas por lei são organismos regulados pelo direito público e estão dotados de personalidade jurídica e de autonomia administrativa. Embora as pessoas cobertas pelo regime obrigatório de seguro possam escolher uma caixa de seguro de doença instituída por lei em especial, não podem escolher entre uma caixa de seguro de doença pública e uma privada. As caixas são financiadas (i) pelas contribuições obrigatórias pagas pelos segurados; (ii) pelos pagamentos directos efectuados pelo Estado Federal e (iii) pelos pagamentos obrigatórios do sistema de compensação financeiro composto pelas diferentes caixas de seguro de doença, e do mecanismo de compensação dos riscos.

13. O montante das contribuições depende — até um valor máximo de contribuição — apenas do rendimento do beneficiário. Outros aspectos, tais como idade, história clínica ou o número de pessoas cobertas pelo seguro, não têm qualquer importância. Na prática, a parte da contribuição do segurado é deduzida do seu salário pela entidade patronal e é, em seguida, paga à caixa de seguro de doença — juntamente com a parte da contribuição da entidade patronal. O pagamento e a cobrança das contribuições são obrigatórios por força de disposições de direito público.

14. A percentagem da contribuição não é fixada pelo Estado, mas pelas caixas de seguro de doença instituídas por lei. Estas caixas têm de calcular as percentagens que, combinadas com outros recursos, possam cobrir as

3 — Directiva do Parlamento e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas (JO L 171, p. 12).

despesas estipuladas por lei e garantir a disponibilidade dos meios operacionais e das reservas legais. A fixação da percentagem da contribuição requer a aprovação da autoridade pública de supervisão de cada caixa de seguro de doença e o montante das contribuições é, em alguma medida, estabelecido por lei. O montante deve ser fixado de modo a que as receitas daí resultantes não sejam inferiores nem superiores às despesas. Uma vez que os serviços a prestar estão, na sua maioria, definidos na lei, o nível de despesas não pode ser directamente influenciado - de forma significativa - pela respectiva caixa de seguro de doença.

seguro de doença. A autoridade pública de supervisão pode solicitar a apresentação de documentos e a prestação de informações. O orçamento provisório de cada caixa de seguro de doença deve ser apresentado à autoridade pública de supervisão dentro do prazo previsto.

15. As disparidades nas despesas provocadas pelo facto de os beneficiários terem perfis de risco diferentes são consideravelmente atenuadas através da compensação dos riscos. Existe igualmente uma certa «obrigação de solidariedade» entre as caixas de seguro de doença. Deste modo, o Estado garante indirectamente o cumprimento das obrigações de cada caixa de seguro de doença. As caixas de seguro de doença têm uma certa autonomia administrativa e estão sujeitas a controlo estatal. No sistema de saúde alemão, a supervisão administrativa não é limitada a um simples controlo *a posteriori*.

16. Determinadas actuações necessitam de autorização por parte da autoridade de supervisão, tais como alterações aos estatutos das caixas de seguro de doença, fixação das percentagens da contribuição, construção e aquisição de terrenos ou desenvolvimento de software. As autoridades de supervisão estão obrigadas a verificar a gestão comercial, contabilística e operacional das caixas de

17. Uma vez que, no contexto do sistema em questão, o segurado tem direito, através da caixa de seguro de doença, não ao reembolso das despesas, mas ao livre acesso aos serviços correspondentes, segundo um denominado princípio dos «serviços em espécie», as caixas de seguro de doença são encorajadas a concluir com diferentes fornecedores «regimes de assistência» multisectoriais ou interdisciplinares. Estes «regimes de assistência integrada» são concluídos entre as caixas e diferentes fornecedores elegíveis para prestar o tratamento ao segurado. Definem a remuneração das diferentes fórmulas do regime de assistência integrada destinadas a pagar a totalidade dos serviços que o segurado pode solicitar no âmbito do regime. É a caixa de seguro de doença que é parte no contrato do regime de assistência integrada e que deve pagar a remuneração do fornecedor. A participação dos segurados nas diferentes fórmulas do regime é opcional, mas logo que o segurado escolha uma fórmula, deverá recorrer aos serviços do fornecedor com quem a caixa de seguro de doença em questão concluiu tal contrato.

II — Matéria de facto e questões prejudiciais

18. Através de anúncio na revista *Orthopädie-Schuhtechnik* publicada em Junho de 2006, a AOK Rheinland, uma caixa de seguro de doença criada nos termos da lei e que se fundiu com a AOK Hamburg, constituindo assim a demandada no processo principal (a seguir «AOK»), convidou especialistas em calçado ortopédico a apresentarem ofertas de produção e fornecimento de calçado para pessoas com a síndrome do pé diabético, no âmbito do regime de assistência integrada, na acepção do § 140a e seguintes do SGB V, para o período compreendido entre 01.09.2006 e 31.12.2006. Os serviços a prestar estavam, consoante o custo, divididos em diferentes grupos globais, em relação aos quais os proponentes tinham de apresentar os preços. Nos termos das «condições especiais do contrato», determinou-se que o paciente detentor de um cartão de seguro de saúde e da correspondente prescrição médica devia dirigir-se directamente ao respectivo especialista em calçado ortopédico; considerou-se desnecessária uma declaração de assunção das despesas por parte da AOK. A obrigação do contratante consistia na produção e controlo de sapatos ortopédicos adaptados a cada indivíduo, devendo ser fornecidos, antes da tiragem das medidas e na altura da entrega e dos controlos previstos, esclarecimentos pormenorizados. Os pagamentos — para além das contribuições adicionais dos pacientes — deviam ser efectuados pela AOK.

19. A Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik (a seguir

«Oymanns»), uma fábrica de calçado ortopédico, apresentou uma proposta e, na sequência desta, apresentou uma reclamação por violação da legislação relativa à adjudicação de contratos públicos. A AOK rejeitou a reclamação com o fundamento de que as disposições legais relativas às adjudicações não eram aplicáveis. A Oymanns desencadeou um processo de fiscalização da adjudicação de contratos públicos junto da Vergabekammer que indeferiu o pedido de fiscalização. A Oymanns interpôs recurso dessa decisão no órgão jurisdicional de reenvio.

20. O Oberlandesgericht Düsseldorf decidiu suspender a decisão e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

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

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

na acepção do artigo 1.º, n.º 5, da directiva — deve ser interpretado no sentido de que por «concessão de serviços» se deve também entender a adjudicação de um contrato, na qual

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

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

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

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

3. No caso de o fornecimento referido na segunda questão dever ou poder ser classificado como uma «prestação de serviços», o artigo 1.º, n.º 4, da directiva — por contraposição a um acordo-quadro

21. Apresentaram observações escritas a Oymanns, a AOK e a Comissão. Na audiência de 19 de Junho de 2008, foram ouvidas as alegações das partes.

III — Apreciação

que a sua gestão está sujeita a controlo por parte deste último.

A — A primeira questão

22. Com a sua primeira questão, o Oberlandesgericht Düsseldorf pretende essencialmente saber se as caixas de seguro de doença constituem organismos de direito público na acepção da Directiva 2004/18, uma vez que, na Alemanha, se discute a questão de saber se estas, apesar de constarem no anexo III da directiva, não deverão ser consideradas organismos de direito público.

24. A AOK, demandada no processo principal, alega que a enumeração do anexo III da Directiva 2004/18 é meramente indicativa. Quanto ao financiamento pelo Estado, este deve ser directamente proveniente dos recursos públicos. Por último, a AOK alega, no essencial, que as autoridades públicas exercem um mero controlo jurídico.

1. Principais argumentos das partes

23. A Oymanns, demandante no processo principal, sustenta que o facto de as caixas de seguro de doenças alemãs estarem enumeradas no anexo III da Directiva 2004/18 constitui uma presunção conclusiva de que o legislador comunitário considerou que estas caixas são organismos de direito público. A Oymanns sustenta essencialmente que a actividade das caixas de seguro de doença é financiada maioritariamente pelo Estado e

25. A Comissão observa que as caixas de seguro de doença são expressamente citadas no anexo III a Directiva e considera, por conseguinte, que devem ser qualificadas como organismos de direito público. Além disso, a Comissão alega, no essencial, que as caixas em causa satisfazem as condições para serem assim qualificadas.

2. Apreciação

Estado, se deixar levar por considerações diferentes das económicas⁷.»

26. Segundo o artigo 1.º, n.º 9, da Directiva 2004/18, para que as caixas de seguro de doença em questão no processo principal possam constituir entidades adjudicantes devem satisfazer os requisitos que caracterizam os organismos de direito público.

27. A este respeito, como o advogado-geral Ruiz-Jarabo Colomer observou nas suas conclusões apresentadas no processo Bayerischer Rundfunk e o.⁴, «a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça exige que o conceito comunitário autónomo de «entidade adjudicante» seja interpretado de modo funcional⁵ e em sentido amplo⁶, tendo em conta o objectivo de excluir simultaneamente o risco de ser dada preferência aos proponentes ou candidatos nacionais em toda e qualquer adjudicação de contratos por entidades adjudicantes e a possibilidade de um organismo financiado ou controlado pelo

28. Em primeiro lugar, as caixas de seguro de doença alemãs instituídas por lei são expressamente mencionadas no anexo III da directiva. O anexo em questão contém uma lista não exaustiva de organismos de direito público dos Estados-Membros que «satisfazem os critérios referidos [no artigo 1.º, n.º 9]» da directiva.

29. Importa observar que os Estados-Membros não podem alterar unilateralmente o Anexo III da directiva. O artigo 1.º, n.º 9, da directiva prevê que os Estados-Membros devem notificar a Comissão das alterações introduzidas nas suas listas de organismos de direito público. Resulta do artigo 79.º da directiva⁸ que só a Comissão tem poderes para alterar «a lista dos organismos e das categorias de organismos de direito público referidas no anexo III, sempre que, com base em notificações dos Estados-Membros, se revelarem necessárias». Quando o faça, a Comissão está obrigada a seguir o procedi-

4 — Conclusões no processo C-337/06, Colect., p. I-11173, n.º 66.

5 — V. acórdão de 10 de Abril de 2008 (C-393/06, Ing. Aigner, Colect., p. I-2339, n.º 37, remetendo para Bayerischer Rundfunk e o., *ibid.*, n.ºs 36 e 37, e a jurisprudência referida). O advogado-geral Ruiz-Jarabo Colomer refere aqui, entre outros, o acórdão de 27 de Fevereiro de 2003, Adolf Truley (C-373/00, Colect., p. I-1931, n.º 41), e de 16 de Outubro de 2003, Comissão/ Espanha (C-283/00, Colect., p. I-11697, n.º 73).

6 — No acórdão Adolf Truley, *ibid.*, n.º 43, o Tribunal de Justiça decidiu que «tendo em conta este duplo objectivo de abertura à concorrência e de transparência, a noção de organismo de direito público deve ser entendida em sentido amplo». O advogado-geral Ruiz-Jarabo Colomer refere aqui: Wollenschläger, F., 'Der Begriff des «öffentlichen Auftraggebers» im Lichte der neuesten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes' [O conceito de entidade adjudicante pública à luz da recente jurisprudência do Tribunal de Justiça], *EWS (Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht)*, N.º 8/2005, p. 345.

7 — O advogado-geral Ruiz-Jarabo Colomer refere aqui: os acórdãos de 3 de Outubro de 2000, University of Cambridge (C-380/98, Colect., p. I-8035, n.º 17); de 12 de Dezembro de 2002, Universale-Bau e.o. (C-470/99, Colect., p. I-11617, n.º 52); e Adolf Truley, referido na nota 5, n.º 42.

8 — Intitulado «Modificações».

mento de comitologia⁹. Resulta dos documentos dos autos que, até à presente data, não foi desencadeado o procedimento de comitologia relativamente às caixas de seguro de doença alemãs.

procedimento de comitologia descrito supra¹².

30. À luz do exposto, considero que o facto de as caixas de seguro de doença alemãs estarem enumeradas no anexo III da directiva permite presumir que estas devem ser consideradas entidades adjudicantes nos termos da directiva¹⁰. Embora a lista constante no anexo III não tenha carácter exaustivo, a sua adopção pelo legislador comunitário indica que determinados organismos devem, na opinião deste, ser classificados como organismos de direito público¹¹. Além disso, a lista constante do anexo III só pode ser alterada de acordo com o

31. Refira-se, a este respeito, que a posição do legislador comunitário é reflectida num acórdão do Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal) de 31 de Janeiro de 2008¹³, onde este tribunal declarou que as caixas de seguro de doença locais são organismos de direito público.

32. Não obstante, demonstrarei que as caixas de seguro de doença alemãs devem, em todo o caso, ser classificadas como entidades adjudicantes.

9 — O artigo 79.º da directiva faz referência ao procedimento previsto no artigo 77.º, intitulado «Comité Consultivo», que prevê que são aplicáveis os artigos 3.º e 7.º da Decisão 1999/468/CE do Conselho, de 28 de Junho de 1999, que fixa as regras de exercício das competências de execução atribuídas à Comissão (JO L 184, p. 23), tendo-se em conta o disposto no seu artigo 8.º

10 — Em princípio, uma entidade deve poder apresentar argumentos no sentido de que (já) não deve ser considerada um organismo de direito público na acepção da Directiva, mas isso não foi provado no presente caso.

11 — Esta interpretação parece estar de acordo com o acórdão Adolf Truley, referido na nota 5, onde o Tribunal de Justiça afirmou no n.º 44 que «se determinado organismo não figurar na lista contida no anexo I da Directiva 93/37, há que analisar, em cada caso concreto, a situação jurídica e factual do organismo em causa, a fim de examinar se o mesmo satisfaz ou não uma necessidade de interesse geral». V. também Trepte, P., *Public Procurement in the EU: A Practitioner's Guide*, Segunda Edição, Oxford University Press, 2007, p. 102, secção 2.21: «foi claramente considerado necessário elaborar uma lista das entidades que em todos os Estados-Membros, nessa época, se considerava estarem abrangidas por este conceito. Isto indicaria que essas listas [...] indicam as entidades que, *pelo menos* (sublinhado meu), devem ser consideradas pessoas colectivas de direito público.» Trepte também observa que o Tribunal de Justiça utilizou os organismos incluídos nas enumerações contidas no Anexo para dar exemplos dos tipos de organismos abrangidos e refere os acórdãos de 7 de Março de 1996, BFI Holding (C-360/96, Colect., p. I-6821, n.º 51) e de 10 de Maio de 2001, Agora e Excelsior (C-223/99 e C-260/99, Colect., p. I-3605, n.º 37).

33. A definição de «entidade adjudicante» prevista no artigo 1.º, n.º 9, da Directiva 2004/18/CE reproduz a redacção das directivas anteriores relativas à adjudicação de contratos públicos. De facto, a directiva constitui, em grande medida, uma reformulação ou consolidação das disposições de

12 — V. as conclusões apresentadas pelo advogado-geral Alber no processo University of Cambridge, referido na nota 7, n.º 20. Podemos encontrar uma interpretação semelhante em Chiti, M. P., «The EC Notion of Public Administration: The Case of the Bodies Governed by Public Law», *European Public Law*, Volume 8, Publicação 4, 2002, p. 489. V. também acórdão Adolf Truley, referido na nota 5, n.º 39, onde o Tribunal de Justiça afirmou que «o grau de precisão da lista em causa varia consideravelmente de um Estado-Membro para outro».

13 — 1 BvR 2156/02.

todas as directivas anteriores em matéria de adjudicação de contratos públicos ¹⁴.

34. O Tribunal de Justiça afirmou que, de acordo com a jurisprudência, os requisitos previstos no artigo 1.º, n.º 9, da directiva — nomeadamente, que o organismo (i) tenha sido criado para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral com carácter não industrial ou comercial; (ii) seja dotado de personalidade jurídica; e (iii) que a sua actividade seja financiada maioritariamente pelo Estado — são cumulativos ¹⁵. Contudo, no que diz respeito à terceira condição da «estreita dependência de um organismo em relação ao Estado», o Tribunal de Justiça afirmou que os seus diferentes critérios são alternativos ¹⁶.

35. Resulta dos autos que é pacífico que, no caso presente, foram satisfeitos os dois primeiros dos três requisitos acima referidos.

36. Tendo isto em conta, concentrar-me-ei, por conseguinte, no terceiro elemento da

suficiente dependência do Estado. Em relação a este requisito, é necessário, em especial, verificar se as caixas de seguro de doença (i) são financiadas pelo Estado e/ou se (ii) a sua gestão está sujeita a controlo por parte do Estado.

37. Em primeiro lugar, quanto à primeira alternativa — financiamento pelo Estado — resulta do acórdão *Bayerischer Rundfunk* e o. ¹⁷ que esta definição é suficientemente preenchida não só com o financiamento directo pelo Estado, mas também com o financiamento indirecto. No contexto particular da radiodifusão, o Tribunal de Justiça afirmou que a expressão «financiamento maioritário pelo Estado» deve ser interpretada no sentido de que existe esse financiamento quando (i) as actividades de organismos de radiodifusão públicos, investidos de uma missão de interesse público, independentes dos poderes estatais, autogeridos e organizados de forma a evitar uma influência dos poderes públicos e que não fazem parte da organização do Estado e essas actividades (ii) são financiadas maioritariamente através de uma taxa que onera os detentores de um aparelho receptor, que é aplicada, calculada e cobrada segundo as regras dos acordos de Estado celebrados para esse fim e que não resulta de uma transacção contratual celebrada entre estes organismos e os consumidores.

38. O caso em apreço é semelhante na medida em que as caixas de seguro de

14 — V. acórdão *Ing. Aigner*, referido na nota 5, n.º 51, citando, nesse sentido, o acórdão *Bayerischer Rundfunk* e.o., referido na nota 4, n.º 30.

15 — V. acórdão *Ing. Aigner*, referido na nota 5, n.º 36, remetendo para o acórdão de 1 de Fevereiro de 2001, Comissão/ França (C-237/99, *Colect.*, p. I-939, n.º 40 e a jurisprudência referida). V. também acórdão *Adolf Truley*, referido na nota 5, n.º 34 e a jurisprudência referida.

16 — V. acórdão *Adolf Truley*, referido na nota 5, n.º 68, remetendo, designadamente, para o acórdão *University of Cambridge*, referido na nota 7, n.º 20, e Comissão/ França, já referido na nota 15, n.º 44.

17 — Referido na nota 4.

doença são financiadas por meio de contribuições obrigatórias fixadas por lei. A este respeito, entendo que não é muito relevante a questão de saber se um organismo recebe os meios financeiros directamente do Estado, por meio de um imposto, ou indirectamente¹⁸, por meio de contribuições obrigatórias fixadas por lei.

39. Resulta dos autos que tal argumento é confirmado pelo facto de, no âmbito das reformas previstas na Alemanha (com vista à simplificação da cobrança das contribuições e da compensação dos riscos), se discutir a cedência da cobrança das contribuições a uma unidade central a nível nacional (instituto de segurança social), que passe a fornecer às caixas de seguro de doença os valores respeitantes a cada beneficiário (após a ponderação dos riscos).

40. Importa observar que, conforme exigido por lei, a grande maioria da população da Alemanha (cerca de 90%) está inscrita numa dessas caixas de seguro de doença e que o

financiamento dessas caixas é assegurado pelo carácter obrigatório da inscrição e das contribuições. A Comissão invocou a informação fornecida pelo Ministro Federal da Saúde alemão, de que as contribuições constituem 95% das receitas das caixas.

41. Acresce que o montante das contribuições depende — até um valor máximo de contribuição — apenas do rendimento do beneficiário. Além disso, uma vez que o seu financiamento é garantido pelo Estado, as caixas gozam de uma posição especial face aos seus concorrentes (as caixas de seguro privadas). A obrigação de prestação do serviço é independente do pagamento efectivo dos prémios de seguro. Neste contexto, os serviços fornecidos pelas caixas de seguro de doença não constituem uma «contraprestação específica» dos serviços de saúde fornecidos, na acepção da jurisprudência do Tribunal de Justiça¹⁹.

42. O órgão jurisdicional de reenvio faz uma distinção entre o presente processo e a situação descrita no processo *Bayerischer Rundfunk* e o.²⁰, com base no facto de a percentagem da contribuição não ser, neste caso, fixada pelo Estado, mas pela caixa de seguro legal.

18 — V., neste sentido, o acórdão de 17 de Dezembro de 1998, *Connemara Machine Turf*, (C-306/97, Colect., p. I-8761, n.º 34). V. também, por exemplo, Brown, A., «Whether German public broadcasters are financed for the most part by the State so as to fall within the EU Procurement Directives: *Bayerischer Rundfunk* (C-337/06)», *Public Procurement Law Review*, N.º 4/2008, p. NA127.

19 — Acórdão *University of Cambridge*, referido na nota 7, n.º 21.

20 — Referido na nota 4.

43. A este respeito, recorde-se que resulta da decisão de reenvio que a fixação de uma percentagem da contribuição exige a aprovação das autoridades públicas de supervisão. Além disso, prevê exactamente de que forma estas percentagens devem ser calculadas e que as receitas daí resultantes não devem ser inferiores nem superiores às despesas. Uma vez que os serviços a prestar estão, na sua maioria, definidos na lei, o nível de despesas - e, consequentemente, a fixação da percentagem da contribuição - não pode ser, em larga medida, directamente influenciado pela respectiva caixa de seguro de doença.

44. Por conseguinte, à luz das considerações que precedem, considero que as caixas de seguro de doença satisfazem a terceira condição (primeira alternativa) uma vez que são, em larga medida, financiadas pelo Estado.

45. Quanto à segunda alternativa, a saber, a dependência do Estado por meio do controlo, o Tribunal de Justiça afirmou no acórdão *Adolf Truley* que, tendo em conta a jurisprudência, «não é de considerar que o critério do controlo da gestão esteja satisfeito na hipótese da existência de um simples controlo a posteriori, uma vez que, por definição, um controlo deste tipo não permite aos poderes públicos influenciarem as decisões do organismo em causa em matéria de contratos públicos»²¹. Contudo, conforme resulta das

considerações nos n.ºs 17 a 19 das presentes conclusões e das apresentadas pelo órgão jurisdicional de reenvio, no regime legal alemão do seguro de doença, a supervisão administrativa não é limitada a um «simples controlo a posteriori» na aceção dessa jurisprudência.

46. O Tribunal de Justiça confirmou no acórdão *Adolf Truley*²² que corresponde ao critério do controlo da gestão «a situação em que, por um lado, os poderes públicos controlam não apenas as contas anuais do organismo em causa mas também a sua gestão corrente na perspectiva da exactidão dos números referidos, da regularidade, da procura de economias, da rentabilidade e da racionalidade» o que parece ser o caso no processo principal. A Comissão salientou acertadamente que o critério do controlo da gestão já resulta da natureza estreitamente vinculada da legislação aplicável, em especial o SGB V. Este também regula as relações jurídicas entre as caixas e os diferentes prestadores de serviços, tais como médicos, dentistas, farmacêuticos, etc. A lei estabelece as tarefas que as caixas de seguro de doença devem realizar, a forma como devem realizar estas tarefas e o modo como se devem financiar. Finalmente, as autoridades de supervisão têm o poder de intervir directamente na organização das caixas de seguro de doença.

21 — Referido na nota 5, n.º 70.

22 — *Idem.*, n.º 74.

47. Ao contrário da alegação da AOK de que não pode haver um controlo eficaz da gestão, pelo facto de as autoridades públicas não terem competência para anular as decisões das caixas em matéria de adjudicação de contratos públicos, considero que o que é relevante, neste caso, é a dependência geral da entidade adjudicante, e não a questão de saber se existe uma influência sobre contratos específicos. Por conseguinte, não deve ser necessário provar que o controlo da gestão existente se ocupa do processo de adjudicação de contratos²³.

48. É possível traçar vários paralelismos com o acórdão Comissão/ França²⁴. Em primeiro lugar, tal como nesse caso, o presente processo também tem por objecto uma situação em que as actividades das caixas de seguro de doença estão «estritamente enquadradas». Em segundo lugar, tal como afirmou ainda o Tribunal de Justiça nesse processo, também resulta do caso presente que: «sendo as regras de gestão muito detalhadas, a mera vigilância do seu respeito pode, por si só, levar a que se confira um ascendente importante aos poderes públicos». Em terceiro lugar, tal como no presente processo, a autoridade de supervisão tem poderes «para pronunciar a dissolução de [um fundo] [...] e [...] para

suspender os órgãos dirigentes, [assumir ela própria a gestão] e nomear um administrador provisório». Em quarto lugar, no acórdão acima referido, o Tribunal de Justiça afirmou que, mesmo que o exercício dos poderes conferidos à autoridade competente «seja efectivamente excepcional, tal implica, não obstante, um controlo permanente, o único capaz de permitir a descoberta de omissões na gestão».

49. Por último, o facto de o critério do controlo da gestão estar satisfeito no presente processo também é confirmado por um acórdão do Bundesverfassungsgericht²⁵, referido pelo órgão jurisdicional de reenvio, no qual o primeiro tribunal declarou que as caixas de seguro de doença «têm uma autonomia, em termos de margem da sua própria acção, muito limitada», estando-lhes «vedada, em grande medida, a elaboração autónoma de normas em matéria de estatutos, organização, contribuições e benefícios».

50. Resulta das considerações anteriores que as caixas de seguro de doença em questão também satisfazem a (segunda alternativa da) terceira condição uma vez que a sua gestão está sujeita a controlo por parte do Estado.

23 — V. Arrowsmith, S., «*The Law of Public and Utilities Procurement*», Thomson, Sweet & Maxwell, Londres, 2005, p. 260, secção 5.7. A esse respeito, o advogado-geral Alber afirmou, nas suas conclusões apresentadas no processo *University of Cambridge*, referido na nota 7, n.º 37, que «é certo que o Tribunal de Justiça tinha declarado, nos seus acórdãos *Connemara Machine Turf* [...] e *Comissão/Irlanda* [...], que, para que uma entidade possa ser considerada, na Irlanda, como entidade adjudicante, é necessário que exerça um controlo sobre a adjudicação de contratos públicos (tendo sido considerado suficiente, a este respeito, que o controlo seja exercido indirectamente, ou seja, sem disposição que o preveja explicitamente)».

24 — Referido na nota 15, n.ºs 50, 52, 54 e 56.

25 — Acórdão de 9 de Junho de 2004, DVBl. 2004, 1161, 1163.

51. Daí resulta, portanto, que as caixas de seguro de doença alemãs em questão no processo principal constituem organismos de direito público porque são assim enumeradas no anexo III da Directiva 2004/18 e, em todo o caso, preenchem todos os requisitos previstos na jurisprudência do Tribunal de Justiça para serem qualificadas como tal.

54. A AOK sustenta, no essencial, que a questão relevante consiste em saber qual a forma de determinar o valor do elemento «fornecimento» e do elemento «serviços» que formam, conjuntamente, um contrato misto. Num caso como o presente, para além do elemento «valor», é preciso determinar qual dos fornecimentos é «característico do conteúdo do contrato».

B — A segunda questão

52. Como à primeira questão se respondeu na afirmativa, o órgão jurisdicional de reenvio pretende essencialmente saber, com a segunda questão, se o fornecimento em questão é um «contrato de fornecimento» ou um «contrato de serviços». O significado disto é que a classificação como um «contrato de fornecimento» implicaria a plena aplicação das disposições da Directiva 2004/18.

55. A Comissão alega essencialmente que a delimitação entre fornecimento público de produtos e fornecimento público de serviços é regulada pelo segundo parágrafo do artigo 1.º, n.º 2, alínea d), da directiva, que estabelece o critério quantitativo do valor.

2. Apreciação

1. Principais argumentos das partes

53. A Oymanns alega, essencialmente, que o fornecimento de mercadorias que são produzidas individualmente deve ser considerado como um todo para ser um fornecimento de produtos.

56. Em primeiro lugar, ao contrário do órgão jurisdicional de reenvio, considero que a jurisprudência do acórdão Auroux e o.²⁶ — segundo a qual a distinção entre um contrato público de serviços e um contrato de empreitada de obras públicas deve ser determinada com base no *objecto* principal do contrato (critério qualitativo) — não se aplica para

²⁶ — C-220/05, Colect., p. I-385, n.º 37 e 46.

efeitos da distinção entre contrato de fornecimento e contrato de serviços.

57. Pelo contrário, o artigo 1.º, n.º 2, alínea d), da directiva estabelece, a este respeito, que «um contrato público que tenha por objecto, simultaneamente, produtos e serviços [...] é considerado um «contrato público de serviços» sempre que o *valor* dos serviços em questão [critério quantitativo] exceda o dos produtos abrangidos pelo contrato» (sublinhado meu)²⁷. A interpretação de que o valor é o único critério para determinar se se trata de um contrato público de fornecimento ou de um contrato público de serviços também é confirmada pelo teor do artigo 22.º da directiva.

58. Uma vez que a questão do valor constitui matéria de facto, deve ser apreciada pelo órgão jurisdicional de reenvio. Contudo, a regra geral é a de que está em causa um contrato de fornecimento se o valor da contrapartida atribuível às mercadorias for igual ou superior ao valor atribuível aos serviços. Caso contrário, trata-se de um contrato público de serviços²⁸.

59. Por conseguinte, é necessário determinar o modo como se integra o fabrico dos sapatos individualmente adaptados no conjunto da prestação (constituída, designadamente, pelo fabrico do calçado e pelos serviços conexos).

60. Não obstante, parece-me, à primeira vista, que o fabrico dos sapatos adaptados a cada indivíduo deve ser considerado parte integrante do fornecimento. A este respeito, o órgão jurisdicional de reenvio alega que o valor do fornecimento dos sapatos, apesar das extensas obrigações de aconselhamento, é superior, segundo uma avaliação provisória, ao valor da prestação de serviços. Além disso, o órgão jurisdicional de reenvio salienta, com razão, o facto de o artigo 1.º, n.º 4, da Directiva 1999/44 equiparar «os contratos de fornecimento de bens de consumo a fabricar» aos contratos de compra e venda, independentemente de estarem, de facto, em causa, na operação concreta, coisas estandardizadas ou individualmente adaptadas (segundo a linguagem nacional, designadas «não comerciáveis»). Isso confirma que a apreciação depende da relação entre o valor do sapato produzido e o valor do aconselhamento.

61. Além disso, a Comissão observa com razão que o Regulamento (CE) n.º 2195/2002, relativo ao Vocabulário Comum para os Contratos Públicos²⁹, onde o calçado ortopédico é mencionado em diversas ocasiões,

27 — Para um caso respeitante tanto a produtos como a serviços, v., por exemplo, acórdão de 18 de Novembro de 1999, Teckal (C-107/98, Colect., p. I-8121).

28 — V. Arrowsmith, S., referido na nota 23, p. 332, secção 6.73; e Trepte, P., referido na nota 11, p. 235, secção 4.107.

29 — Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Novembro de 2002, relativo ao Vocabulário Comum para os Contratos Públicos (CPV) (JO L 340, p. 1).

permite presumir que este constitui um «produto», mesmo que requeira a prestação de aconselhamento³⁰. Por último, em linha com o segundo parágrafo da alínea d), do n.º 2.º do artigo 1.º, pode-se ainda alegar que o contrato em questão no processo principal é um contrato público de fornecimento (fornecimento de produtos, *in casu*, calçado) que, incidentalmente, também abrange uma forma muito especial de «operações de instalação» (fornecimento de serviços, *in casu*, aconselhamento pormenorizado sobre a utilização do produto). Outros exemplos deste tipo de contratos incluem um contrato relativo a um sistema de processamento de dados abrangendo simultaneamente hardware (mercadorias) e software adaptado ou um contrato para o fornecimento simultâneo de produtos (por exemplo, veículos) e da sua manutenção³¹.

C — A terceira questão

63. No caso de o fornecimento referido na segunda questão ser classificado como uma 'prestação de serviços', o órgão jurisdicional de reenvio pretende essencialmente saber, com a sua terceira questão, se uma 'concessão de serviços' — por contraposição a um 'acordo-quadro' — é aplicável nas circunstâncias do processo principal. O órgão jurisdicional de reenvio observa que uma caracterização como «contrato de serviços», baseada na legislação alemã, conduz à aplicação de determinadas disposições relativas às adjudicações, de modo que o pedido da Oymanns obteria, então, pelo menos parcialmente, êxito, enquanto, no caso de ser considerado uma «concessão de serviços», seria à partida indeferido.

62. Consequentemente, a segunda questão deve ser respondida no sentido de que o fornecimento de mercadorias produzidas e adaptadas individualmente à forma exigida pelos respectivos clientes, e sobre cuja utilização estes são aconselhados individualmente, deve ser qualificado como «contrato de fornecimento» ou como «contrato de serviços», dependendo do valor de cada prestação a ter em consideração, o que constitui uma questão de facto que deve ser apreciada pelo órgão jurisdicional de reenvio.

1. Principais argumentos das partes

30 — Furthermore, German law provides that shoes of such type constitute «auxiliary devices», irrespective of whether they are produced serially or custom-made (§ 128 of the SGB V, category 31 «Shoes»).

31 — V. Arrowsmith, S., referido na nota 23, p. 331-332, secção 6.73.

64. A Oymanns alega que o regime de assistência integrada constitui um acordo-quadro, na medida em que se limita a definir o

quadro aplicável aos contratos individuais — que serão concluídos numa fase posterior — e, em especial, os preços.

de que a contrapartida dos serviços a prestar consiste quer unicamente no direito de exploração do serviço, quer nesse direito acompanhado de um pagamento».

65. A AOK alega, no essencial, que o fornecimento em causa no contexto do regime de assistência integrada constitui uma concessão de serviços; o acordo-quadro não se aplica na medida em que a caixa de seguro de doença perde o controlo — em virtude da conclusão do contrato com o fornecedor — sobre o resto do procedimento.

68. Por outro lado, um «acordo-quadro» define-se como «um acordo entre uma ou mais entidades adjudicantes e um ou mais operadores económicos, que tem por objecto fixar os termos dos contratos a celebrar durante um determinado período, nomeadamente em matéria de preços e, se necessário, de quantidades previstas».

66. A Comissão sustenta, essencialmente, que o acordo entre a caixa de seguro de doença e um fornecedor constitui um acordo-quadro.

2. Apreciação

67. Por um lado, a directiva define uma «concessão de serviços» como «um contrato com as mesmas características que um contrato público de serviços, com excepção

69. Em primeiro lugar, concordo com a Oymanns que o acordo em questão não pode ser uma concessão de serviços uma vez que é a caixa de seguro de doença — e não o paciente, apesar das pequenas contribuições adicionais — que deve pagar a remuneração. A este respeito, remete-se para o acórdão de 13 de Outubro de 2005, Parking Brixen³². O regime de assistência integrada não pode ser classificado como uma concessão de serviços, porque esta envolve uma transferência do direito de exploração de um determinado

³² — C-458/03, Colect., p. I-8585, n.º 39 e 40.

serviço e o concessionário suporta a totalidade ou a grande parte do risco económico relativo à exploração. No presente caso, o fornecedor não está obrigado a prestar quaisquer serviços antes de celebrar um contrato individual com um segurado. Por conseguinte, não obtém como compensação qualquer direito prévio de exploração de um serviço³³. O fornecedor está obrigado a fornecer o seu serviço, mediante solicitação do segurado, sem, contudo, qualquer possibilidade de negociar o preço ou a sua própria compensação, que foi acordada com a caixa de seguro de doença e lhe será paga por esta. Assim, o fornecedor não suporta nenhum risco económico na aceção da jurisprudência comunitária acima referida.

solicitará os seus serviços constitui precisamente uma das características de um acordo-quadro, de acordo com o artigo 1.º, n.º 5, da directiva. Gostaria de acrescentar que, mesmo que o órgão jurisdicional de reenvio classifikasse o fornecimento em questão como um «contrato de serviços», o fornecimento em questão continuaria a qualificar-se como um acordo-quadro e não como uma concessão de serviços.

70. Considero que a Comissão tem razão ao classificar o acordo entre a caixa de seguro de doença e um fornecedor como um exemplo quase clássico de acordo-quadro, porque estipula os requisitos em matéria de fornecimento e de aconselhamento relativos aos serviços que serão prestados ao longo de um determinado período de tempo. O fornecedor só está obrigado a fornecer o calçado, e a caixa de seguro de doença a pagar a compensação, com base nos contratos individuais subsequentes. O facto de o fornecedor desconhecer, de antemão, se e em que medida o segurado

71. Face ao exposto, a terceira questão deve ser respondida no sentido de que, no caso de o fornecimento de mercadorias referido na segunda questão ser classificado como uma «prestação de serviços», o artigo 1.º, n.º 4, da directiva — por contraposição a um «acordo-quadro» na aceção do artigo 1.º, n.º 5, da directiva — deve ser interpretado no sentido de que um fornecimento de mercadorias como o que está em questão no processo principal não deve ser considerado uma «concessão de serviços».

33 — No acórdão de 7 de Dezembro de 2000, Telaustria Verlag (C-324/98, Colect., p. I-745, n.º 30) (respeitante à anterior Directiva 93/38), o Tribunal de Justiça definiu o direito de exploração de um serviço como «direito de explorar, tendo em vista a sua remuneração, a sua própria prestação». No caso vertente, o adjudicatário não tem de organizar e manter qualquer infra-estrutura onerosa (instalações, pessoal, aparelhos) cuja amortização tenha de ser efectuada através da remuneração dos contratos individuais.

IV — Conclusão

72. Por conseguinte, proponho ao Tribunal de Justiça que responda às questões prejudiciais do Oberlandesgericht Düsseldorf (Alemanha) da seguinte forma:

- 1) As caixas de seguro de doença alemãs em questão no processo principal constituem organismos de direito público porque são assim enumeradas no anexo III da Directiva 2004/18/CE do Parlamento e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços e, em todo o caso, preenchem todos os requisitos previstos na jurisprudência do Tribunal de Justiça para serem qualificadas como tal;
- 2) O fornecimento de mercadorias produzidas e adaptadas individualmente à forma exigida pelos respectivos clientes e sobre cuja utilização estes são aconselhados individualmente deve ser qualificado como «contrato de fornecimento» ou como «contrato de serviços», dependendo do valor de cada prestação a ter em consideração, o que constitui uma questão de facto que deve ser apreciada pelo órgão jurisdicional de reenvio;
- 3) No caso de o fornecimento de mercadorias referido na segunda questão ser classificado como uma «prestação de serviços», o artigo 1.º, n.º 4, da Directiva 2004/18 — por contraposição a um «acordo-quadro» na acepção do artigo 1.º, n.º 5, dessa directiva — deve ser interpretado no sentido de que um fornecimento de mercadorias como o que está em causa no processo principal não deve ser considerado uma «concessão de serviços».