

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção)
16 de Outubro de 2003 *

No processo C-283/00,

Comissão das Comunidades Europeias, representada por G. Valero Jordana, na
qualidade de agente, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

demandante,

contra

Reino de Espanha, representado por M. López-Monís Gallego, na qualidade de
agente, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

demandado,

* Língua do processo: espanhol.

que tem por objecto obter a declaração de que, no âmbito do concurso para execução das obras do Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, aberto pela Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, SA, sociedade que corresponde à definição de entidade adjudicante constante do artigo 1.º, alínea b), 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 (JO L 199, p. 54), e cujo montante excede largamente o limite previsto na directiva, ao não respeitar todas as disposições da mesma directiva, mais precisamente, as normas sobre publicidade previstas no artigo 11.º, n.ºs 2, 6, 7 e 11, bem como o disposto nos artigos 12.º, n.º 1, 29.º, n.º 3, 18.º, 27.º e 30.º, n.º 4, o Reino de Espanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força da referida directiva,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção),

composto por: J.-P. Puissochet, presidente de secção, R. Schintgen, V. Skouris (relator), N. Colneric e J. N. Cunha Rodrigues, juízes,

advogado-geral: S. Alber,
secretário: R. Grass,

visto o relatório do juiz-relator,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 7 de Novembro de 2002,

profere o presente

Acórdão

- 1 Por petição entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 18 de Julho de 2000, a Comissão das Comunidades Europeias propôs, nos termos do artigo 226.º CE, uma acção na qual pede que seja declarado que, no âmbito do concurso para execução das obras do Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, aberto pela Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, SA (a seguir «SIEPSA»), sociedade que corresponde à definição de entidade adjudicante constante do artigo 1.º, alínea b), 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 (JO L 199, p. 54), e cujo montante excede largamente o limite previsto na directiva, ao não respeitar todas as disposições da mesma directiva, mais precisamente, as normas sobre publicidade previstas no artigo 11.º, n.ºs 2, 6, 7 e 11, bem como o disposto nos artigos 12.º, n.º 1, 29.º, n.º 3, 18.º, 27.º e 30.º, n.º 4, o Reino de Espanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força da referida directiva.

Enquadramento jurídico

Legislação comunitária

- 2 O segundo considerando da Directiva 93/37 refere que «a realização simultânea da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços em matéria de

contratos de empreitadas de obras públicas, celebrados nos Estados-Membros por conta do Estado, das autarquias locais e regionais e de outros organismos de direito público implica, paralelamente à eliminação das restrições, uma coordenação dos processos nacionais de adjudicação de empreitadas de obras públicas».

3 Nos termos do artigo 1.º, alínea b), da Directiva 93/37:

«São consideradas entidades adjudicantes o Estado, as autarquias locais e regionais, os organismos de direito público e as associações formadas por uma ou mais autarquias locais ou regionais ou um ou mais desses organismos de direito público.

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

As listas dos organismos e das categorias de organismos de direito público que preenchem os critérios referidos no segundo parágrafo da presente alínea constam do anexo I. Essas listas são tão completas quanto possível e podem ser revistas de acordo com o processo previsto no artigo 35.º [...]»

- 4 O artigo 11.º, n.ºs 2, 6, 7 e 11 da Directiva 93/37 dispõe:

«2. As entidades adjudicantes que pretendam celebrar um contrato de empreitada de obras públicas por meio de concurso público ou limitado ou, nos casos referidos no n.º 2 do artigo 7.º, de processo por negociação, darão a conhecer a sua intenção através de anúncio.

[...]

6. Os anúncios referidos nos n.ºs 1 a 5 serão elaborados em conformidade com os modelos reproduzidos nos anexos IV, V e VI e especificarão as informações aí pedidas.

As entidades adjudicantes não podem exigir outras condições para além das previstas nos artigos 26.º e 27.º quando pedirem informações sobre as condições de carácter económico e técnico que exigem aos empreiteiros para a sua selecção [...].

7. Os anúncios referidos nos n.ºs 1 a 5 serão enviados pelas entidades adjudicantes, o mais rapidamente possível e pelas vias mais adequadas, ao Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias. [...]

[...]

11. A publicação dos anúncios nos Jornais Oficiais ou na imprensa do país da entidade adjudicante não deve efectuar-se antes da data de envio ao Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias e deve fazer referência a essa data. [...]»

5 O artigo 12.º, n.º 1, da Directiva 93/37 tem a seguinte redacção:

«Nos concursos públicos, o prazo de recepção das propostas fixado pelas entidades adjudicantes não pode ser inferior a cinquenta e dois dias a contar da data de envio do anúncio.»

6 Nos termos do artigo 18.º da directiva:

«A atribuição do contrato far-se-á com base nos critérios previstos no capítulo 3 do presente título, tendo em conta o disposto no artigo 19.º e depois de as entidades adjudicantes terem verificado a aptidão dos empreiteiros não excluídos por força do artigo 24.º, de acordo com os critérios de capacidade económica, financeira e técnica mencionados nos artigos 26.º a 29.º»

7 O artigo 24.º da Directiva 97/37 dispõe, designadamente:

«Podem ser excluídos da participação num processo de adjudicação os empreiteiros que:

- a) Se encontrem em estado de falência, de liquidação, de cessação de actividade, sujeitos a qualquer meio preventivo da liquidação de patrimónios ou em qualquer situação análoga resultante de um processo da mesma natureza nos termos da legislação e regulamentação nacionais;
- b) Tenham pendente processo de declaração de falência, de liquidação, de qualquer meio preventivo da liquidação de patrimónios ou qualquer outro processo da mesma natureza nos termos da legislação e regulamentação nacionais;
- c) Tenham sido condenados por sentença transitada em julgado por qualquer delito que afecte a sua honorabilidade profissional;
- d) Tenham cometido falta grave em matéria profissional, comprovada por qualquer meio que as entidades adjudicantes possam apresentar;

[...]

- g) Tenham incorrido, com culpa grave, em falsas declarações ao prestar as informações exigíveis nos termos do presente capítulo.

[...]»

- 8 Nos termos do artigo 27.º, n.º 1, da Directiva 93/37:

«1. A prova da capacidade técnica do empreiteiro pode ser feita:

[...]

- c) Por uma declaração que descreva as ferramentas, o material e o equipamento técnico que o empreiteiro utilizará na execução da obra;

[...]

- e) Por uma declaração que mencione os técnicos ou os serviços técnicos, quer estejam ou não integrados na empresa, a que o empreiteiro recorrerá para a execução da obra.»

9 Resulta do artigo 29.º, n.º 3, da Directiva 93/37 que a inscrição nas listas oficiais, certificada pelos organismos competentes, constitui uma presunção de aptidão para obras correspondentes à classificação de um empreiteiro, perante as entidades adjudicantes dos outros Estados-Membros, designadamente na acepção do artigo 27.º, alíneas b) e d).

10 O artigo 30.º, n.ºs 1 e 4, da Directiva 93/37 prevê:

«1. Os critérios que a entidade adjudicante tomará como base para a adjudicação de contratos são os seguintes:

a) Ou unicamente o preço mais baixo;

b) Ou, quando a adjudicação se fizer à proposta economicamente mais vantajosa, vários critérios que variam consoante o contrato em questão: por exemplo, o preço, o prazo de execução, o custo de utilização, a rentabilidade e o valor técnico.

[...]

4. Se, em relação a um determinado contrato, as propostas parecerem anormalmente baixas em relação à prestação em causa, a entidade adjudicante solicitará por escrito, antes de rejeitar essas propostas, esclarecimentos sobre os elementos constitutivos das propostas que considere relevantes e verificará esses elementos tendo em conta as explicações recebidas.

A entidade adjudicante pode tomar em consideração justificações inerentes à economia do processo de construção, às soluções técnicas adoptadas, às condições excepcionalmente favoráveis de que o proponente dispõe para executar os trabalhos ou à originalidade do projecto do proponente.

Se os documentos relativos ao concurso previrem a adjudicação do contrato pelo preço mais baixo, a entidade adjudicante deve comunicar à Comissão a rejeição das propostas consideradas demasiado baixas.

[...]»

- 11 O anexo I, V, da Directiva 93/37 contém a lista das categorias de organismos de direito público referidos no artigo 1.º, alínea b), no que respeita à Espanha. Trata-se das categorias seguintes:

«— Entidades Gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social [entidades administrativas e instituições comuns de segurança social],

— Organismos Autónomos de la Administración del Estado [organismos autónomos da Administração do Estado],

— Organismos Autónomos de las Comunidades Autónomas [organismos autónomos das comunidades autónomas],

- Organismos Autónomos de las Entidades Locales [organismos autónomos das autoridades locais],

- Otras entidades sometidas a la legislación de contratos del Estado español [outras entidades abrangidas pela legislação em matéria de contratos de direito público do Estado espanhol].»

12 O artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, 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 (JO L 199, p. 84), tem a seguinte redacção:

«Para efeitos da presente directiva, entende-se por:

1. Poderes públicos: o Estado, as autarquias locais ou regionais, os organismos de direito público e as associações formadas por uma ou mais autarquias ou organismos de direito público.

Considera-se organismo de direito público, qualquer organismo:

- criado para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral com um carácter não 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, quer a respectiva gestão esteja submetida ao controlo destas entidades quer os órgãos de administração, de direcção ou de fiscalização sejam compostos, em mais de metade, por membros designados pelo Estado, por autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público;

2. Empresa pública: qualquer empresa em relação à qual os poderes públicos possam exercer, directa ou indirectamente, uma influência dominante, em virtude da propriedade, da participação financeira ou das normas que lhe são aplicáveis.

Presume-se a existência de influência dominante quando, directa ou indirectamente, em relação a uma empresa, esses poderes:

— detenham uma participação maioritária no capital subscrito da empresa,

ou

— disponham da maioria dos votos correspondentes às acções emitidas pela empresa,

ou

- tenham a possibilidade de designar mais de metade dos membros dos órgãos de administração, de direcção ou de fiscalização da empresa».

Legislação nacional

Regime geral aplicável à SIEPSA

- 13 A Directiva 93/37 foi transposta para o direito interno espanhol pela Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas (lei dos contratos públicos), de 18 de Maio de 1995 (BOE n.º 119, de 19 de Maio de 1995, p. 14601, a seguir «Lei n.º 113/1995»).

- 14 O artigo 1.º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 13/1995 dispõe:

«2. Entende-se por Administração Pública para efeitos da presente lei:

- a) a Administração Central do Estado;
- b) as Administrações das Comunidades Autónomas;
- c) as entidades que constituem a Administração Local.

3. Do mesmo modo, 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.»

- 15 O sexto aditamento à Lei n.º 13/1995, que tem por título «Princípios da adjudicação de empreitadas de obras públicas», tem a seguinte redacção:

«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.»

- 16 Há que referir que, após a propositura da presente acção, o Reino de Espanha adoptou, através do Real Decreto Legislativo 2/2000 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

(decreto-lei real que aprova o texto codificado da lei dos concursos públicos), de 16 de Junho de 2000 (BOE n.º 148, de 21 de Junho de 2000, p. 21775), uma nova versão codificada da lei acima referida, que se limita, contudo, a reunir e a ordenar as disposições anteriores, sem lhe alterar a sua substância.

- 17 O artigo 2.º, n.º 2, da Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (lei do regime jurídico da Administração Pública e do processo administrativo comum), de 26 de Novembro de 1992, alterada pela Ley 4/1999, de 13 de Janeiro de 1999 (BOE, n.º 12, de 14 de Janeiro de 1999, p. 1739, a seguir «Lei n.º 30/1992»), dispõe:

«As entidades de direito público dotadas de personalidade jurídica distinta, ligadas a qualquer dos órgãos da Administração Pública ou que deles dependam são igualmente consideradas como integrando a Administração Pública. A actividade das referidas entidades rege-se pela presente lei quando as mesmas exercem poderes administrativos, estando a parte restante da sua actividade sujeita às regras que presidiram à sua criação.»

- 18 Resulta do décimo segundo aditamento à Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (lei da organização e funcionamento da Administração Central do Estado), de 14 de Abril de 1997 (BOE n.º 90, de 15 de Abril de 1997, p. 11755, a seguir «Lei n.º 6/1997»), que as sociedades comerciais estatais se regem integralmente pelo direito privado, qualquer que seja a sua forma jurídica, salvo nas áreas regidas pelas leis do orçamento, de contabilidade, de controlo financeiro e de concursos públicos, não podendo em caso algum dispor de poderes que impliquem o exercício da autoridade pública.

- 19 Por outro lado, a SIEPSA rege-se, designadamente, pelo Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria (texto codificado da lei geral do orçamento),

aprovada pelo Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de Setembro de 1988 (BOE n.º 234, de 29 de Setembro de 1988, p. 28406), pelo Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (texto codificado da lei das sociedades anónimas), aprovado pelo Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de Dezembro de 1989 (BOE n.º 310, de 27 de Dezembro de 1989, p. 40012), pela legislação geral das sociedades anónimas e pelos seus estatutos.

Estatutos da SIEPSA

- 20 A SIEPSA é uma sociedade estatal, constituída por decisão do Conselho de Ministros de 21 de Fevereiro de 1992, sob a forma de sociedade anónima comercial. Criada inicialmente por um período de oito anos, a sociedade passou a ter duração ilimitada após a alteração dos seus estatutos, em Outubro de 1989. No início de 2000, o seu capital era de 85 622 000 000 ESP, subscrito e realizado na íntegra pelo Estado espanhol como único accionista.
- 21 Conforme prevêem os seus estatutos, a sociedade é dirigida e representada por um conselho de administração. Os oito membros deste conselho são nomeados pela assembleia geral de accionistas, mediante proposta dos Ministros da Justiça, da Economia e das Finanças. O presidente é nomeado pelo conselho de administração e escolhido de entre os membros do conselho propostos pelo Ministério da Justiça.
- 22 O objecto social da SIEPSA, segundo a alteração estatutária de 17 de Julho de 1998, consiste no seguinte:

«1. Desenvolvimento e execução dos programas e acções que contém ou poderá conter no futuro o plano de amortização e criação de centros penitenciários,

aprovado por decisão do Conselho de Ministros [...], em relação a tudo o que se refere à construção de centros e dependências penitenciárias realizada pela própria sociedade ou por intermédio de terceiros, bem como a amortização ou a alienação de bens imóveis e de centros que, tendo deixado de estar afectos a serviços ou objectivos penitenciários, sejam atribuídos à sociedade em conformidade com o previsto no plano, a fim de que esta execute, de acordo com as directivas da direcção-geral da administração penitenciária, em especial, as seguintes operações:

- a) exercer todas as actividades de consultadoria e gestão urbanística necessárias à execução do plano acima referido e colaborar com organismos públicos ou privados para os referidos fins;

- b) localizar e adquirir os imóveis adequados ou adaptar, se necessário, os que se revelem aptos para a instalação de novos centros ou dependências penitenciárias e proceder ao pagamento das aquisições efectuadas pela administração penitenciária por todos os meios e para o objectivo indicado;

- c) elaborar projectos de execução de obras, realizar os respectivos projectos e preparar as condições de adjudicação das obras que sejam objecto de concurso;

- d) abrir os concursos e adjudicar os contratos para execução das obras nos termos dos procedimentos legais e efectuar as intervenções necessárias no que se refere à direcção dos trabalhos, controlo de qualidade, medições, certificações e supervisões, bem como tudo o que respeita ao equipamento e ao material auxiliar, com a colaboração de técnicos nomeados pela administração penitenciária;

e) promover e executar os trabalhos de adaptação, construção, edificação e financiamento necessários e prever o equipamento necessário para a instalação dos novos centros e dependências penitenciárias.

2. Alienação de bens imóveis e centros penitenciários que, por terem deixado de estar afectos ao serviço ou às finalidades penitenciárias, lhe sejam entregues pelo Estado [...], os quais, se tal for oportuno para aumentar o lucro que daí pode ser retirado e o valor da sua alienação, podem ser objecto de cessão parcial à Administração Local interessada ou de troca com outros bens da mesma, com a qual podem ser celebrados acordos de colaboração que permitam a referida melhoria e a satisfação de necessidades da sua competência. Os fundos desta forma obtidos são afectados ao financiamento das acções previstas no plano.

[...]>

Procedimento pré-contencioso

- 23 Foi apresentada à Comissão uma denúncia relativa um processo de adjudicação de uma empreitada referente ao Centro Educativo Penitenciário Experimental de Segóvia, aberto pela SIEPSA em conformidade com um projecto aprovado pelo Ministério da Justiça e do Interior, cujo orçamento máximo era de 4 392 399 500 ESP, sem IVA. O anúncio do concurso em questão foi publicado no diário *El País* de 3 de Abril de 1997.

- 24 Por carta de 24 de Setembro de 1997, a Comissão chamou a atenção das autoridades espanholas para o facto de, no referido anúncio de concurso, ter sido ignorado grande número de disposições da Directiva 93/37.
- 25 Na sua resposta de 17 de Dezembro de 1997, as autoridades espanholas afirmaram que a SIEPSA, como sociedade comercial estatal que se rege pelo direito privado, não constitui uma entidade adjudicante na acepção da referida directiva e que, por esse motivo, as disposições da mesma não são aplicáveis ao caso em análise.
- 26 Na sequência desta resposta, a Comissão enviou às autoridades espanholas, em 6 de Novembro de 1998, uma notificação, na qual conclui que a SIEPSA deve ser considerada como entidade adjudicante e que, nessa qualidade, é obrigada a dar cumprimento à totalidade do disposto na Directiva 93/37, apesar do teor da Lei n.º 13/1995.
- 27 Por carta de 26 de Janeiro de 1999, as autoridades espanholas apresentaram as suas observações, insistindo, em primeiro lugar, no argumento de que as sociedades estatais como a SIEPSA estão excluídas do âmbito de aplicação da directiva e da Lei n.º 13/1995, pelo facto de se regerem por normas de direito privado. Em segundo lugar, afirmam que a SIEPSA não preenche a primeira condição do artigo 1.º, alínea b), da Directiva 93/37, uma vez que satisfaz necessidades de interesse geral com carácter comercial. Acresce que as autoridades espanholas consideram que a SIEPSA respeitou suficientemente as regras em matéria de publicidade e de concorrência, ao publicar anúncios de concurso nos órgãos da imprensa diária nacional e local.
- 28 A Comissão, considerando esta resposta insuficiente, emitiu, em 25 de Agosto de 1999, um parecer fundamentado nos termos do artigo 226.º CE, no qual, retomando e completando a argumentação já exposta na notificação de 6 de

Novembro de 1998, conclui que, no âmbito do anúncio de concurso relativo à realização de obras no Centro Educativo Penitenciário Experimental de Segóvia, aberto pela SIEPSA, o Reino de Espanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força de determinadas disposições da Directiva 93/37.

- 29 O Governo espanhol respondeu ao referido parecer fundamentado por carta de 22 de Novembro de 1999, em que rejeita a análise da Comissão.
- 30 Considerando que as observações apresentadas pelo Governo espanhol evidenciavam que os incumprimentos referidos no parecer fundamentado se mantinham, a Comissão decidiu propor a presente acção.

Quanto ao mérito

Argumentos das partes

- 31 A Comissão refere que, aquando do procedimento seguido para atribuição do contrato de empreitada em questão, não foram preenchidas determinadas condições da Directiva 93/37. Após salientar, a título liminar, que o orçamento máximo ultrapassava o limite previsto na Directiva 93/37, que era então de 5 milhões de ecus, a Comissão refere que o anúncio de concurso apareceu exclusivamente na imprensa nacional, sem ser publicado no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, contra o disposto no artigo 11.º, n.ºs 2, 7 e 11, da Directiva 93/37. Por outro lado, o prazo para apresentação das propostas era apenas de 35 dias, enquanto o artigo 12.º, n.º 1, da directiva prevê um prazo mínimo de 52 dias nos concursos abertos.

- 32 A Comissão afirma ainda que, entre as condições exigidas para que alguém possa apresentar propostas, é necessário, em primeiro lugar, que conste de 25 subgrupos diferentes na qualidade de empreiteiro de obras públicas, em segundo lugar, que disponha de um capital social realizado no montante mínimo de mil milhões de ESP e, em terceiro lugar, que lhe tenham sido adjudicadas, no decurso dos últimos cinco anos, pelo menos quatro empreitadas (das quais pelo menos duas de construção), num montante final mínimo de dois mil milhões de ESP por empreitada, confirmadas pelos correspondentes certificados. Ora, no entender da Comissão, a terceira condição é redundante uma vez que, nos termos do artigo 29.º, n.º 3, da Directiva 93/37, a inscrição nas listas oficiais certificadas constitui uma presunção de aptidão em relação às entidades adjudicantes dos outros Estados-Membros no que respeita à lista das obras executadas durante os últimos cinco anos.
- 33 Seguidamente, a Comissão refere que dos oito critérios de atribuição do contrato constam «a equipa técnica afecta a título permanente aos trabalhos» e «a qualidade de execução das empreitadas adjudicadas pela SIEPSA». A este respeito, salienta que estes dois critérios constam do artigo 27.º da Directiva 93/37 entre os elementos susceptíveis de justificar a capacidade técnica do empreiteiro e de contribuir para a sua selecção, mas que, pelo contrário, não podem servir para determinar a melhor proposta, uma vez que os critérios de atribuição a que se refere o artigo 30.º da directiva só podem incidir sobre a prestação concreta que está em causa. A Comissão conclui daqui que o facto de incluir os dois critérios acima referidos entre os critérios de atribuição do contrato é contrário ao disposto nos artigos 18.º, 27.º e 30.º, n.º 1, da Directiva 93/37.
- 34 Quanto ao critério do preço, a Comissão refere que resulta do caderno de encargos que «será atribuída uma nota negativa, sem que com isso fiquem excluídas, às propostas de montante considerado anormalmente baixo, ou seja, àquelas cujo montante se afastar em mais de dez unidades da média aritmética das propostas seleccionadas». Ora, no entender da Comissão, a penalização automática das propostas consideradas de montante anormalmente baixo produz um efeito equivalente à prática da exclusão automática das referidas propostas, sem possibilidade de justificação do preço, o que constitui uma prática contrária ao artigo 30.º, n.º 4, da Directiva 93/37.

- 35 A Comissão deduz daqui que, ao abrir o concurso em causa, a SIEPSA deveria ter respeitado as disposições pertinentes da Directiva 93/37, dado que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a obrigação decorrente de uma directiva de os Estados-Membros alcançarem o resultado previsto pela mesma bem como o dever, por força do artigo 10.º CE, de tomarem todas as medidas gerais ou especiais capazes de assegurar o cumprimento desta obrigação impõem-se a todas as autoridades dos Estados-Membros. A este respeito, a Comissão remete, designadamente, para o acórdão de 17 de Dezembro de 1998, Comissão/Irlanda (C-353/96, Colect., p. I-8565, n.º 23), do qual resulta que as directivas em matéria de adjudicação de obras públicas ficariam privadas de qualquer efeito útil se o comportamento de uma entidade adjudicante não pudesse ser imputado ao Estado-Membro em questão.
- 36 O Governo espanhol não contesta que o anúncio do concurso relativo ao procedimento de adjudicação da empreitada do Centro Educativo Penitenciário Experimental de Segóvia aberto pela SIEPSA não estava em conformidade com as exigências da Directiva 93/37, mas afirma que esta sociedade não pode ser considerada uma entidade adjudicante na acepção da directiva em causa.
- 37 O Governo espanhol afirma, em geral, que a Directiva 93/37, tal como as Directivas 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), e 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), não inclui as sociedades comerciais sob controlo público, como a SIEPSA, no conceito de organismo de direito público. Esta conclusão é apoiada pela circunstância de a Directiva 93/38 fazer distinção entre o conceito de organismo de direito público, idêntico nas quatro directivas, e o conceito de empresa pública, cuja definição corresponde à de sociedade comercial pública.
- 38 O Governo espanhol refere, a este respeito, que o legislador comunitário tinha consciência de que, no sector privado, numerosas empresas, embora tendo a forma de empresas públicas, prosseguem especificamente um objectivo mera-

mente comercial, apesar da sua sujeição ao Estado, operando no mercado segundo as regras da livre concorrência e em condições de igualdade com as restantes empresas privadas com uma finalidade estritamente lucrativa. É esta, consequentemente, a razão pela qual o legislador limitou o âmbito de aplicação da Directiva 93/37 aos organismos que preenchem cumulativamente as três condições referidas no artigo 1.º, alínea b), da mesma.

- 39 Ora, embora o referido governo reconheça que a SIEPSA preenche as duas últimas condições do artigo 1.º, alínea b), da Directiva 93/37, afirma que a mesma apresenta as características de uma sociedade comercial, uma vez que as suas finalidades e funções são tipicamente comerciais e que satisfaz, por isso, necessidades de interesse geral com carácter comercial, o que não está em conformidade com o primeiro critério da disposição referida.
- 40 Remetendo, por outro lado, para a lista constante no anexo I, V, da Directiva 93/37, que contém as categorias de organismos espanhóis de direito público que preenchem os critérios enumerados no artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, da referida directiva, o Governo espanhol afirma que a SIEPSA não pertence a nenhuma destas categorias, não sendo um organismo autónomo nem estando sujeita à legislação espanhola em matéria de concursos públicos.
- 41 O Governo espanhol esclarece que a SIEPSA não se enquadra no âmbito de aplicação pessoal da Lei n.º 13/1995, a qual, como resulta do seu artigo 1.º, não inclui nem se refere às sociedades comerciais do Estado. Efectivamente, apenas o sexto aditamento à referida lei faz referência expressa às sociedades estatais, impondo-lhes, assim, a aplicação rigorosa dos princípios da publicidade e da concorrência nos procedimentos de adjudicação de empreitadas realizados pelas mesmas, princípios esses que a SIEPSA respeitou no caso presente.
- 42 No entender do Governo espanhol, esta exclusão do âmbito de aplicação pessoal da regulamentação espanhola relativa aos procedimentos de adjudicação de empreitadas de obras públicas e, consequentemente, da regulamentação comu-

nitária em matéria de concursos públicos explica-se pelo facto de, na ordem jurídica espanhola, os organismos públicos que têm um estatuto de direito privado, categoria constituída pelas sociedades comerciais sob controlo público, como a SIEPSA, terem, em princípio, como missão dar resposta a necessidades de interesse geral, o que explica que estejam sob controlo público, mas que essas necessidades têm carácter comercial ou industrial uma vez que, se assim não fosse, não constituiriam o objecto de uma sociedade comercial.

- 43 No que respeita mais em especial à SIEPSA, o Governo espanhol sublinha que a missão principal que lhe está confiada, ou seja, a construção de novos centros penitenciários adaptados às necessidades da sociedade, constitui uma necessidade de interesse geral com carácter comercial, a qual serve o objectivo último de contribuir para a política penitenciária, que igualmente se enquadra no interesse geral.
- 44 A SIEPSA foi criada para assegurar a execução de todas as acções que se revelem necessárias para a gestão correcta dos programas e operações previstos no plano de amortização e criação de centros penitenciários, quer por si própria quer por intermédio de terceiros. As suas características são as de uma entidade tipicamente comercial, regendo-se mesmo pelo direito comercial, sem prejuízo das excepções previstas designadamente em matéria orçamental, de contabilidade e de controlo financeiro.
- 45 Efectivamente, para alcançar estes objectivos, a SIEPSA realiza operações que devem objectivamente ser qualificadas de comerciais, como a localização e a aquisição de imóveis para a instalação de novos centros, a promoção e a execução de trabalhos de adaptação e de construção.
- 46 O Governo espanhol afirma que, ao exercer estas actividades, a SIEPSA realiza um lucro e que a realização de transacções com o objectivo de obtenção de lucros é uma actividade tipicamente comercial que só pode ser desenvolvida por uma sociedade sujeita ao jogo das regras comerciais do sector privado, com o qual tem

necessariamente de entrar em contacto. Acrescenta que a actividade desta sociedade não pode ser qualificada de administrativa, uma vez que o seu objectivo é o de obter meios ou recursos económicos como todo e qualquer empresário e que o mesmo vale quando os referidos recursos sejam aplicados, no fim de contas, noutras finalidades de interesse geral.

47 Invocando o n.º 47 do acórdão de 10 de Novembro de 1998, BFI Holding (C-360/96, Colect., p. I-6821), no qual o Tribunal de Justiça esclareceu que a falta de concorrência não é uma condição necessária para efeitos da definição de um organismo de direito público, o Governo espanhol afirma que, sofrendo ou não a concorrência do mercado, a SIEPSA exerce uma actividade de natureza comercial, o que a exclui pura e simplesmente do conceito de entidade adjudicante empregue pela Directiva 93/37.

48 No entender do mesmo governo, a sujeição das sociedades comerciais do Estado como a SIEPSA ao direito privado não é tanto a causa mas a consequência da sua própria natureza. A este respeito, esclarece que o carácter comercial desta sociedade não lhe é conferido pela sua sujeição ao direito privado, mas que é precisamente o carácter comercial da sua actividade que lhe confere as suas características e que tem por consequência sujeitá-la ao direito privado.

49 O Governo espanhol considera que a sua tese é a única que respeita a definição autónoma do critério do carácter diferente do carácter industrial ou comercial das necessidades de interesse geral, tal como resulta dos n.ºs 32 e 36 do acórdão BFI Holding, já referido. Afirma que, uma vez que o Estado serve o interesse geral e que é detentor de uma participação maioritária nas sociedades comerciais do Estado, é lógico pensar que estas sempre servirão, em maior ou menor medida, o interesse geral. Ora, se é suficiente que o organismo desempenhe uma missão de interesse geral, como a de contribuir para a aplicação das penas, para que seja qualificado como entidade adjudicante, então o critério segundo o qual essa missão deve ter um carácter não industrial nem comercial não faz qualquer sentido.

- 50 O Governo espanhol conclui, por isso, que há que aplicar à SIEPSA o mesmo tratamento que é dado às empresas que fornecem gás, electricidade ou água, sectores que dão resposta a necessidades sociais essenciais e que se encontram actualmente nas mãos de empresas totalmente privadas. Realça a este respeito que estas empresas realizam igualmente outros objectivos de interesse geral de carácter mais amplo, uma vez que garantem, designadamente, o bom funcionamento de áreas essenciais à produção nacional.
- 51 Em contrapartida, a Comissão considera que a SIEPSA preenche todas as condições previstas no artigo 1.º, alínea b), da Directiva 93/37 e, consequentemente, que constitui uma entidade adjudicante na acepção da referida directiva.
- 52 A título liminar, refere que o âmbito de aplicação pessoal da Directiva 93/37 é determinado pela própria directiva e não por disposições nacionais e que a qualificação da SIEPSA segundo o direito espanhol é, por isso, irrelevante. A Comissão recorda que, quando os Estados-Membros transpõem as directivas comunitárias para o direito interno, são obrigados a respeitar o sentido dos termos e dos conceitos que delas constam, a fim de garantir a uniformidade da interpretação e da aplicação dos textos legais comunitários nos diferentes Estados-Membros. Consequentemente, as autoridades espanholas são obrigadas a dar à expressão «organismo de direito público», utilizada na Directiva 93/37, a acepção que a mesma tem em direito comunitário. Assim, no entender da Comissão, se a Lei n.º 13/1995 exclui a SIEPSA do âmbito de aplicação das regras do direito comunitário em matéria de adjudicação de empreitadas de obras públicas é porque a Directiva 93/37 não foi correctamente transposta para o direito espanhol.
- 53 Por outro lado, a Comissão afirma que a interpretação funcional do conceito de «entidade adjudicante» e, consequentemente, de «organismo de direito público» adoptada pela jurisprudência assente do Tribunal de Justiça implica que este segundo conceito englobe as sociedades comerciais sob controlo público, desde que preencham as condições previstas no artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, da Directiva 93/37.

- 54 No que se refere à alegada distinção feita pela Directiva 93/38 entre os conceitos de organismo de direito público e de empresa pública, a Comissão refere que esta directiva não explicita o conceito de organismo de direito público, definido do mesmo modo nas quatro directivas em questão, antes alarga o âmbito de aplicação pessoal das disposições comunitárias em matéria de concursos públicos a determinados sectores (água, energia, transportes e telecomunicações) excluídos das Directivas 93/36, 93/37 e 92/50, a fim de englobar determinadas entidades com uma actividade importante nos referidos sectores, isto é, as empresas públicas e as que beneficiam de direitos exclusivos ou especiais atribuídas pelas autoridades. Há que recordar, por outro lado, que o conceito de empresa pública sempre foi diferente do de organismo de direito público, na medida em que os organismos de direito público são criados para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial, enquanto as empresas públicas actuam para satisfazer necessidades de carácter industrial ou comercial.
- 55 A Comissão rejeita igualmente a interpretação do Governo espanhol que faz depender o conceito de «organismo de direito público» das listas contidas no anexo I da Directiva 93/37 para cada Estado-Membro, tendo como resultado que um conceito comunitário acaba por ter significados diferentes consoante o modo como as diferentes listas do anexo I foram elaboradas.
- 56 No entender da Comissão, a interpretação preconizada pelo Governo espanhol é contrária ao objectivo principal da Directiva 93/37, enunciado no seu segundo considerando, sendo igualmente contrária ao artigo 1.º, alínea b), terceiro parágrafo, da referida directiva, nos termos do qual as listas «são tão completas quanto possível». A Comissão afirma que esta expressão só pode ser entendida no sentido de que significa que as listas não são exaustivas e que esta interpretação foi confirmada pelo Tribunal de Justiça no n.º 50 do acórdão BFI Holding, já referido. A Comissão conclui daqui que o facto de as sociedades do Estado não figurarem, directa ou indirectamente, na lista dos «organismos de direito público» do anexo I, V, da Directiva 93/37 não significa que estejam excluídas deste conceito, definido no artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, da referida directiva.

- 57 No que respeita mais especialmente às condições enunciadas no artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, da Directiva 93/37, a Comissão salienta que esta disposição não faz qualquer referência ao regime, público ou privado, segundo o qual foram constituídos os organismos de direito público, nem à forma jurídica adoptada, mas interessa-se antes por outros critérios, entre os quais o objectivo com que os organismos em questão foram criados.
- 58 Ora, a Comissão considera que a SIEPSA foi especificamente criada para satisfazer uma necessidade de interesse geral sem carácter industrial ou comercial, isto é, para contribuir para a execução da política penitenciária do Estado, através da gestão de programas e de acções previstos no plano de amortização e de criação de centros penitenciários aprovado pelo Conselho de Ministros.
- 59 Invocando o n.º 24 do acórdão de 15 de Janeiro de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e o. (C-44/96, Colect., p. I-73), a Comissão afirma que este interesse geral, estreitamente relacionado com a ordem pública, com o funcionamento do Estado, incluindo a própria essência do Estado, na medida em que este detém o monopólio do poder de repressão que consiste na aplicação das penas privativas de liberdade, não apresenta carácter comercial nem industrial.
- 60 Além disso, a Comissão rejeita o argumento do Governo espanhol segundo o qual as sociedades que, como a SIEPSA, intervêm no mercado estando sujeitas aos princípios da livre concorrência do mesmo modo que as empresas privadas e com a mesma finalidade lucrativa têm um objectivo puramente comercial e, por esse motivo, estão excluídas do âmbito de aplicação das directivas comunitárias relativas aos concursos públicos. Em especial, a Comissão refere-se, a título de exemplo, à adjudicação de empreitadas de construção de estabelecimentos prisionais públicos ou à alienação do património penitenciário do Estado, que constituem dois dos objectos sociais da SIEPSA e não podem ser considerados como actividades sujeitas à concorrência do mercado.

- 61 A Comissão considera, aliás, que resulta do n.º 47 do acórdão BFI Holding, já referido, que, mesmo admitindo que a SIEPSA exerça uma actividade sujeita à livre concorrência, este elemento não exclui que a mesma possa ser qualificada como entidade adjudicante.
- 62 Por outro lado, a Comissão afirma que a argumentação do Governo espanhol de que todas as actividades da SIEPSA são comerciais carece de fundamento.
- 63 Em primeiro lugar, a Comissão refere que, ao contrário do que afirma o Governo espanhol, a actividade exercida pela SIEPSA não é equiparável à do sector privado. Esta sociedade não oferece estabelecimentos prisionais no mercado (inexistente) de estabelecimentos penitenciários, antes actua como delegada da Administração do Estado para a assistir numa missão tipicamente estatal: a construção, gestão e liquidação do património penitenciário. A Comissão salienta a este respeito que, conforme resulta dos seus estatutos, a SIEPSA obedece, no cumprimento da sua missão, às orientações da Direcção-Geral da Administração Penitenciária e que a alienação de bens imóveis e a utilização dos montantes que daí resultam são feitos em conformidade com as orientações provenientes da Direcção-Geral do Património do Estado.
- 64 Em segundo lugar, a Comissão observa que o Governo espanhol separa a necessidade de construção de centros penitenciários (da qual infere a sua natureza de interesse geral com carácter comercial) do objectivo último que consiste em contribuir para a política penitenciária (que qualifica de interesse geral). A Comissão salienta que esta separação, além de ser artificial, uma vez que as duas necessidades estão estreitamente ligadas, é contrária ao raciocínio seguido pelo Tribunal de Justiça noutros processos, nos quais declarou que a recolha e o processamento dos resíduos domésticos (acórdão BFI Holding, já referido), ou a impressão de documentos administrativos oficiais (acórdão Mannesmann Anlagenbau Austria e o., já referido), constituem necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial, sem dissociar estas actividades dos seus objectivos últimos: a saúde pública e a protecção do ambiente, por um lado, e a ordem pública e o funcionamento institucional do Estado, por outro.

- 65 Em terceiro lugar, a Comissão afirma que, mesmo que a SIEPSA opere eventualmente com um fim lucrativo, essa finalidade não exclui que a sociedade em causa possa satisfazer necessidades de interesse geral sem carácter industrial nem comercial. Em seu entender, embora possa suceder que a procura do lucro constitua um elemento distintivo da actividade da sociedade, de forma alguma resulta da redacção da Directiva 93/37 que essa finalidade impeça que se considerem como destituídas de carácter industrial ou comercial as necessidades de interesse geral para a satisfação das quais foi criada a SIEPSA.
- 66 A isto acresce que é duvidoso que a procura do lucro seja um objectivo para uma sociedade estatal como a SIEPSA, que é exclusivamente financiada através de fundos públicos e que foi criada para elaborar e executar um plano de amortização e de criação de centros penitenciários. Com efeito, a Comissão considera evidente que, num sector como este, a obtenção de lucros não constitui um elemento que um Estado-Membro considere prioritário. Em apoio da sua afirmação, salienta que resulta dos «Relatórios económicos e financeiros do sector público estatal», elaborados relativamente aos exercícios de 1997 e 1998 pela Intervención General del Estado, que a SIEPSA registou prejuízos consideráveis durante estes exercícios.
- 67 Em todo o caso, a Comissão afirma que, mesmo pressupondo que a SIEPSA exerça actividades de natureza comercial, essas actividades são apenas um instrumento que permite satisfazer uma necessidade de interesse geral sem carácter industrial ou comercial, ou seja, a execução da política penitenciária do Estado, para cuja a satisfação foi especificamente criada esta sociedade.

Apreciação do Tribunal de Justiça

- 68 Conforme se refere no n.º 36 do presente acórdão, o Governo espanhol não contesta que o anúncio do concurso relativo à adjudicação da empreitada do

Centro Educativo Penitenciário Experimental de Segóvia aberto pela SIEPSA não estava em conformidade com as exigências da Directiva 93/37, mas afirma que esta directiva não é aplicável aos procedimentos de adjudicação de concursos públicos realizados pela mesma sociedade, dado que esta não pode ser considerada um organismo de direito público e, conseqüentemente, uma entidade adjudicante na acepção da referida directiva.

- 69 A título liminar, deve recordar-se que, segundo jurisprudência assente, para ser qualificada como organismo de direito público na acepção do artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, da Directiva 93/37, uma entidade deve satisfazer os três requisitos cumulativos aí enunciados, ou seja, deve ser um organismo criado para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial, dotado de personalidade jurídica e estreitamente dependente do Estado, de autarquias locais ou de outros organismos de direito público (acórdãos Mannesmann Anlagenbau Austria e o., já referido, n.ºs 20 e 21, e de 15 de Maio de 2003, Comissão/Espanha, C-214/00, Colect., p. I-4667, n.º 52).
- 70 No caso concreto, embora as partes estejam de acordo quanto ao facto de a SIEPSA satisfazer os requisitos referidos nos segundo e terceiro travessões do artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, da Directiva 93/37, discordam quanto à questão de saber se as necessidades de interesse geral para cuja satisfação foi especificamente criada a SIEPSA estão destituídas de carácter comercial.
- 71 A este respeito, deve, em primeiro lugar, recordar-se que, no acórdão Comissão/Espanha, já referido, o Tribunal de Justiça rejeitou os argumentos do Governo espanhol assentes no facto de, em conformidade com a legislação espanhola aplicável no caso concreto, isto é, o artigo 1.º, n.º 3, da Lei n.º 13/1995, conjugado com o sexto aditamento à mesma lei, as sociedades comerciais sob controlo público, como a SIEPSA, estarem excluídas do âmbito de aplicação pessoal tanto da legislação espanhola como da legislação comunitária em matéria de concursos públicos.

- 72 Mais precisamente, para determinar se esta exclusão garante uma transposição correcta do conceito de «entidade adjudicante», constante do artigo 1.º, n.º 1, da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos (JO L 395, p. 33), o Tribunal de Justiça, considerando que o âmbito de aplicação pessoal desta directiva coincide, designadamente, com o da Directiva 93/37, remeteu para o alcance do conceito de «organismo de direito público» utilizado, designadamente, no artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, da directiva referida em segundo lugar (neste sentido, acórdão Comissão/Espanha, já referido, n.ºs 48, 50 e 51).
- 73 Neste contexto, o Tribunal de Justiça salientou que, segundo jurisprudência assente, à luz do duplo objectivo de abertura à concorrência e de transparência prosseguido pela referida directiva, este conceito deve ser objecto de uma interpretação simultaneamente funcional e em sentido amplo (neste sentido, acórdão Comissão/Espanha, já referido, n.º 53).
- 74 Foi nesta perspectiva que, nos n.ºs 54 e 55 do acórdão Comissão/Espanha, já referido, o Tribunal de Justiça declarou que, segundo jurisprudência assente, para efeitos de resolver a questão da eventual qualificação de uma entidade como organismo público na acepção do artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, da Directiva 93/37, há que verificar unicamente se a entidade em causa reúne os três requisitos cumulativos enunciados na referida disposição, dado que o estatuto de direito privado desta entidade não constitui um critério para excluir a sua qualificação como entidade adjudicante na acepção da referida directiva.
- 75 O Tribunal de Justiça esclareceu ainda que esta interpretação, que é a única susceptível de salvaguardar plenamente o efeito útil da Directiva 93/37, não equivale a ignorar o carácter industrial ou comercial das necessidades de interesse geral cuja satisfação é assegurada pela entidade em causa, uma vez que este aspecto é necessariamente tido em conta para determinar se a entidade em causa satisfaz ou não o requisito enunciado no primeiro travessão do artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, da Directiva 93/37 (neste sentido, acórdão Comissão/Espanha, já referido, n.ºs 56 e 58).

- 76 Esta conclusão também não pode ser contrariada pela ausência de referência expressa na Directiva 93/37 à categoria específica de «empresas públicas» que é, contudo, utilizada na Directiva 93/38. Como referiu correctamente a Comissão, esta segunda directiva foi adoptada com a finalidade de alargar a aplicação das normas comunitárias em matéria de concursos públicos aos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, que não eram abrangidos pelas restantes directivas. Nesta perspectiva, o legislador comunitário adoptou, utilizando os conceitos de «poderes públicos», por um lado, e de «empresas públicas», por outro, uma abordagem funcional, análoga à utilizada nas Directivas 92/50, 93/36 e 93/37. Desta forma, pôde assegurar-se de que estão incluídas no âmbito de aplicação pessoal da Directiva 93/38 todas as entidades adjudicantes que operam nos sectores regulamentados pela mesma, desde que preencham determinados critérios, sendo a este respeito irrelevante a forma e o regime jurídico dessas entidades.
- 77 No que se refere, por outro lado, à relevância do argumento do Governo espanhol segundo o qual a SIEPSA não se enquadra nas categorias de organismos espanhóis de direito público enumeradas na lista referida no anexo I da Directiva 93/37, há que recordar que, no n.º 39 do acórdão de 27 de Fevereiro de 2003, Adolf Truley (C-373/00, Colect., p. I-1931), o Tribunal de Justiça decidiu que esta lista de modo algum tem carácter exaustivo, variando consideravelmente o seu grau de precisão de um Estado-Membro para outro. Daqui concluiu o Tribunal de Justiça que, se determinado organismo não figurar na referida lista, 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 (acórdão Adolf Truley, já referido, n.º 44).
- 78 Além disso, no que respeita mais em especial ao conceito de «necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial» constante do artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, primeiro travessão, da Directiva 93/37, deve recordar-se que o Tribunal de Justiça já teve ocasião de esclarecer o alcance deste conceito no contexto de diversas directivas comunitárias relativas à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos.

- 79 Assim, o Tribunal de Justiça decidiu que este é um conceito de direito comunitário e deve, por isso, ser objecto de uma interpretação autónoma e uniforme em toda a Comunidade, a qual deve ser procurada tendo em conta o contexto da disposição em que se insere e o objectivo prosseguido pela legislação em causa (neste sentido, acórdão Adolf Truley, já referido, n.ºs 36, 40 e 45).
- 80 Por outro lado, resulta de jurisprudência assente que constituem, em geral, necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial, na acepção do artigo 1.º, alínea b), das directivas comunitárias relativas à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos, as 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 opta por satisfazer ele próprio ou em relação às quais pretende manter uma influência determinante (v., designadamente, acórdãos Adolf Truley, já referido, n.º 50, e de 22 de Maio de 2003, Korhonen e o., C-18/01, Colect., p. I-5321, n.º 47).
- 81 Resulta igualmente da jurisprudência que a existência ou a ausência de uma necessidade de interesse geral sem carácter industrial ou comercial deve ser apreciada tomando em conta a totalidade dos elementos de direito e de facto relevantes, tais como as circunstâncias que presidiram à criação do organismo em causa e as condições em que o mesmo exerce a sua actividade, incluindo, designadamente, a ausência de concorrência no mercado, a ausência de um fim lucrativo a título principal, a falta de assunção dos riscos ligados a essa actividade bem como o eventual financiamento público da actividade em causa (neste sentido, acórdãos, já referidos, Adolf Truley, n.º 66, e Korhonen e o., n.ºs 48 e 59).
- 82 Efectivamente, como o Tribunal de Justiça declarou no n.º 51 do acórdão Korhonen e o., já referido, se o organismo opera em condições normais de mercado, prossegue um fim lucrativo e suporta as perdas associadas ao exercício da sua actividade, é pouco provável que as necessidades que visa satisfazer não sejam de natureza industrial ou comercial.

- 83 Assim, é tendo em conta os critérios desta forma desenvolvidos pela jurisprudência que há que analisar a questão de saber se as necessidades de interesse geral que a SIEPSA tem por objectivo satisfazer assumem ou não carácter diferente do industrial ou comercial.
- 84 É pacífico que a SIEPSA foi especificamente criada para assumir, em exclusividade, a execução dos programas e acções previstos no plano de amortização e criação de centros penitenciários, para efeitos de execução da política penitenciária do Estado espanhol. Para esse fim, e como resulta dos seus estatutos, exerce todas as actividades que se revelem necessárias para efeitos da construção, da gestão e da liquidação do património penitenciário desse Estado.
- 85 Dado que as necessidades de interesse geral de que a SIEPSA se encarrega de satisfazer constituem, por isso, uma condição necessária ao exercício do poder repressivo do Estado, estão intrinsecamente ligadas à ordem pública.
- 86 Esta relação intrínseca manifesta-se nomeadamente pela influência determinante que o Estado exerce no desempenho da missão confiada à SIEPSA. Com efeito, é pacífico que a SIEPSA executa um plano de amortização e de criação de centros penitenciários aprovado pelo Conselho de Ministros e que exerce a sua actividade em conformidade com as orientações provenientes da Administração Pública.
- 87 Por outro lado, uma vez que a aplicação das penas é uma prerrogativa do Estado, não existe mercado para os bens e serviços oferecidos pela SIEPSA em matéria de planificação e de criação de centros penitenciários. Como a Comissão afirma correctamente, actividades como a amortização e a criação de centros penitenciários, que figuram entre os objectivos principais da SIEPSA, não estão sujeitas à concorrência do mercado. Esta sociedade não pode, por isso, ser considerada um organismo que oferece bens ou serviços no mercado livre, em concorrência com outros operadores económicos.

- 88 Quanto ao argumento que o Governo espanhol baseia no facto de a SIEPSA exercer as suas actividades com uma finalidade lucrativa, basta referir que, mesmo supondo que as actividades da SIEPSA originem lucros, não há que considerar que a busca desses lucros constitua em si mesma a finalidade principal da referida sociedade.
- 89 Com efeito, resulta claramente dos estatutos da SIEPSA que actividades como a aquisição de imóveis para a instalação de novos centros, a promoção e a execução de trabalhos de adaptação e de construção ou ainda a alienação de instalações desafectadas constituem apenas meios que a mesma emprega para alcançar o seu objectivo principal, que consiste em contribuir para a realização da política penitenciária do Estado.
- 90 Esta conclusão é corroborada pelo facto, referido pela Comissão sem ser contrariada pelo Governo espanhol, de a SIEPSA ter registado prejuízos financeiros consideráveis nos exercícios de 1997 e 1998.
- 91 A este respeito, há que acrescentar que, independentemente da questão de saber se existe um mecanismo oficial de compensação dos eventuais prejuízos da SIEPSA, se afigura pouco provável que esta tenha de suportar ela própria os riscos económicos ligados à sua actividade. Efectivamente, tendo em conta o facto de o cumprimento da missão desta sociedade constituir um elemento fundamental da política penitenciária do Estado espanhol, afigura-se verosímil que, na sua qualidade de único accionista, o referido Estado adopte todas as medidas necessárias para evitar a eventual falência da SIEPSA.
- 92 Nestas condições, existe a possibilidade de que, num processo de adjudicação de um contrato público, a SIEPSA se deixe levar por considerações não meramente económicas. Ora, é precisamente a fim de evitar essa eventualidade que se impõe a aplicação das directivas comunitárias em matéria de contratos públicos (neste sentido, designadamente, acórdãos, já referidos, Adolf Truley, n.º 42, e Korhonen e o., n.ºs 51 e 52).

- 93 Tendo em conta a totalidade dos factores jurídicos e factuais que regem a actividade da SIEPSA, conforme foram referidos nos n.ºs 84 a 92 do presente acórdão, é de concluir que as necessidades de interesse geral para cuja satisfação esta sociedade foi especificamente criada não assumem carácter industrial ou comercial.
- 94 Consequentemente, uma entidade como a SIEPSA deve ser qualificada de organismo de direito público na acepção do artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, da Directiva 93/37 e, assim, como entidade adjudicante na acepção do primeiro parágrafo desta disposição.
- 95 A Directiva 93/37 é, por isso, aplicável aos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas promovidos por esta sociedade.
- 96 Tendo em conta todas as considerações que antecedem, há que concluir que, ao não respeitar a totalidade das disposições da Directiva 93/37 no âmbito do concurso para execução das obras do Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, aberto pela Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamiento Penitenciarios, SA, sociedade que corresponde à definição de entidade adjudicante constante do artigo 1.º, alínea b), da Directiva 93/37, o Reino de Espanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força da referida directiva.

Quanto às despesas

- 97 Nos termos do artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida deve ser condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a Comissão pedido a condenação do Reino de Espanha e tendo este sido vencido, há que condená-lo nas despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção)

decide:

- 1) Ao não respeitar a totalidade das disposições 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, no âmbito do concurso para execução das obras do Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, aberto pela Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamiento Penitenciarios, SA, sociedade que corresponde à definição de entidade adjudicante constante do artigo 1.º, alínea b), da Directiva 93/37, o Reino de Espanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força da referida directiva.

- 2) O Reino de Espanha é condenado nas despesas.

Puissochet

Schintgen

Skouris

Colneric

Cunha Rodrigues

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 16 de Outubro de 2003.

O secretário

O presidente

R. Grass

V. Skouris