

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção)

13 de Dezembro de 2007 *

No processo C-337/06,

que tem por objecto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 234.º CE, apresentado pelo Oberlandesgericht Düsseldorf (Alemanha), por decisão de 21 de Julho de 2006, entrado no Tribunal de Justiça em 7 de Agosto de 2006, no processo

Bayerischer Rundfunk,

Deutschlandradio,

Hessischer Rundfunk,

Mitteldeutscher Rundfunk,

Norddeutscher Rundfunk,

Radio Bremen,

Rundfunk Berlin-Brandenburg,

* Língua do processo: alemão.

Saarländischer Rundfunk,

Südwestrundfunk,

Westdeutscher Rundfunk,

Zweites Deutsches Fernsehen

contra

GEWA — Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH,

sendo intervenientes:

Heinz W. Warnecke, agindo sob a denominação comercial de Großbauten Spezial Reinigung,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção),

composto por: K. Lenaerts, presidente de secção, G. Arestis, R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (relator) e J. Malenovský, juízes,

advogado-geral: D. Ruiz-Jarabo Colomer,

secretário: B. Fülöp, administrador,

vistos os autos e após a audiência de 14 de Junho de 2007,

vistas as observações apresentadas:

- em representação da Bayerischer Rundfunk, Deutschlandradio, Hessischer Rundfunk, Mitteldeutscher Rundfunk, Norddeutscher Rundfunk, Radio Bremen, Rundfunk Berlin-Brandenburg, Saarländischer Rundfunk, Südwestrundfunk, Westdeutscher Rundfunk, Zweites Deutsches Fernsehen, por B. Mitrenga e K.-P. Mailänder, Rechtsanwälte, bem como por C.-E. Eberle e J. Betz, Justiziare, e por N. Hütt, Referentin im Justizariat,
- em representação da GEWA — Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH, por C. Antweiler e K. P. Dreesen, Rechtsanwälte,
- em representação do Governo alemão, por M. Lumma, na qualidade de agente,
- em representação do Governo austríaco, por M. Fruhmann, na qualidade de agente,
- em representação do Governo polaco, por E. Ośniecka-Tamecka, na qualidade de agente,
- em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por X. Lewis e B. Schima, na qualidade de agentes,

- em representação do Órgão de Fiscalização da EFTA, por B. Alterskjær e L. Young, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 6 de Setembro de 2007,

profere o presente

Acórdão

- ¹ O pedido de decisão prejudicial tem por objecto a interpretação do artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, terceiro travessão, primeira alternativa, e alínea a), iv), da Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços (JO L 209, p. 1).
- ² Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio sobre a questão de saber se os organismos públicos de radiodifusão alemães (Landesrundfunkanstalten) constituem entidades adjudicantes para efeitos da aplicação das regras comunitárias em matéria de adjudicação dos contratos públicos.

Quadro jurídico

Regulamentação comunitária

- ³ Nos termos do seu artigo 7.º, n.º 1, a Directiva 92/50 é aplicável aos contratos públicos de serviços cujo montante estimado, sem imposto sobre o valor acrescentado, seja igual ou superior a 200 000 ecus.

4 O artigo 1.º, alínea b), da Directiva 92/50 dispõe:

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

Considera-se *organismo de direito público* qualquer organismo:

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

e

— dotado de personalidade jurídica,

e

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

As listas dos organismos e das categorias de organismos de direito público que preenchem os critérios referidos no segundo parágrafo do presente número constam do anexo I da Directiva 71/305/CEE. Essas listas são tão completas quanto possível e poderão ser revistas nos termos do processo previsto no artigo 30.º-B da citada directiva».

- 5 Esta disposição é reproduzida em termos praticamente idênticos no artigo 1.º, n.º 9, da Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (JO L 134, p. 114). Nos termos do seu primeiro considerando, a Directiva 2004/18 procede a uma reformulação num só texto das directivas distintamente aplicáveis aos processos de adjudicação de contratos públicos nos três domínios acima referidos e, segundo o seu artigo 80.º, devia ser transposta para a ordem jurídica dos Estados-Membros o mais tardar até 31 de Janeiro de 2006.
- 6 Os organismos públicos de radiodifusão alemães não são mencionados nem no anexo referido no artigo 1.º, alínea b), último parágrafo, da Directiva 92/50 nem no anexo III, que tem um conteúdo análogo, da Directiva 2004/18.
- 7 Nos termos do artigo 1.º, alínea a), iv), da Directiva 92/50, estão excluídos da aplicação das disposições da mesma:

«[o]s contratos de aquisição, desenvolvimento, produção ou co-produção de programas por parte de organismos de radiodifusão e contratos relativos ao tempo de antena».

8 Esta disposição foi reproduzida em termos idênticos no artigo 16.º, alínea b), da Directiva 2004/18.

9 A razão de ser da referida disposição é exposta no décimo primeiro considerando da Directiva 92/50, que enuncia:

«Considerando que a adjudicação dos contratos relativos a determinados serviços audiovisuais no domínio da radiodifusão é regida por considerações que tornam inadequada a aplicação das regras dos contratos públicos».

10 Esta razão também é explicada no vigésimo quinto considerando da Directiva 2004/18, segundo o qual:

«A adjudicação de contratos públicos para determinados serviços audiovisuais no domínio da radiodifusão deve poder atender a considerações que se revestem de importância cultural e social, que tornam inadequada a aplicação de regras de adjudicação dos contratos. Por este motivo, deve-se prever uma excepção para os contratos públicos de serviços que visem a compra, o desenvolvimento, a produção ou a co-produção de programas prontos a utilizar e de outros serviços preparatórios, tais como os relativos aos cenários ou às produções artísticas necessárias à realização do programa, bem como os contratos referentes aos tempos de emissão. Todavia, esta exclusão não se aplica ao fornecimento do material técnico necessário à produção, à co-produção e à emissão de tais programas [...]»

Legislação nacional

11 O artigo 1.º, alínea b), da Directiva 92/50, acima mencionado, foi transposto para o direito nacional pelo § 98, n.º 2, da Lei que proíbe restrições da concorrência (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen). O conteúdo desta disposição é idêntico ao das regras comunitárias, com a única diferença de que, no que diz respeito à definição de «organismo de direito público», foi acrescentado à condição relativa ao financiamento maioritário da actividade do organismo em causa pelas autoridades públicas que esse financiamento pode ser realizado «através de participação ou de outra forma».

12 O § 5, n.º 1, segundo parágrafo, da Constituição alemã tem a seguinte redacção:

«São garantidas a liberdade de imprensa e a liberdade de informar por rádio, pela televisão e pelo cinema.»

13 Esta disposição é interpretada de forma constante pelos tribunais superiores alemães, designadamente pelo Bundesverfassungsgericht e pelo Bundesverwaltungsgericht, como uma proibição absoluta de toda e qualquer ingerência e intervenção das autoridades públicas na gestão e no funcionamento dos organismos de radiodifusão públicos e como uma obrigação de neutralidade estrita quanto aos programas destes organismos. Esta disposição constitucional ocupa um lugar primordial na actual construção estatal alemã e destina-se a evitar que a radiodifusão se torne um instrumento da política. Constitui uma garantia constitucional do direito à liberdade de expressão e ao pluralismo da informação, bem como da existência, do financiamento e do desenvolvimento dos organismos de radiodifusão públicos.

- 14 Os referidos organismos são estabelecimentos de direito público, dotados de personalidade jurídica e investidos de uma missão de interesse público. São independentes dos poderes estatais, autogeridos e estão organizados de forma a evitar uma influência dos poderes públicos. Segundo a jurisprudência dos tribunais superiores alemães, estes organismos não fazem parte da organização do Estado.
- 15 O financiamento dos referidos organismos é regulado por tratados interestaduais (*Staatsverträge*), a saber, tratados celebrados entre o poder federal (*Bund*) e os *Länder*.
- 16 O Tratado interestadual sobre a radiodifusão (*Rundfunkstaatsvertrag*) prevê no seu § 12, n.º 1:

«A dotação de funcionamento deve permitir aos organismos de radiodifusão públicos realizar as suas missões constitucionais e legais; deve, em particular, garantir a existência e o desenvolvimento da radiodifusão de direito público.»

- 17 Nos termos do § 13 do tratado interestadual em causa, as necessidades dos organismos públicos de radiodifusão são financiadas prioritariamente, ou seja, em mais de metade, pelas taxas pagas pelos cidadãos e, quanto ao remanescente, por receitas publicitárias e outras receitas. Segundo a jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, o financiamento por taxas é adaptado à missão de serviço público da radiodifusão, corresponde à garantia constitucional de financiamento e constitui uma forma funcional de financiamento que permite preservar a autonomia da programação perante eventuais ingerências políticas do Estado.

- 18 As modalidades de cobrança das taxas são reguladas pelo Tratado interestadual sobre a regulamentação da taxa de radiodifusão (Staatsvertrag über die Regelung des Rundfunkgebührenwesens), de 31 de Agosto de 1991, conforme alterado em 11 de Setembro de 1996 (GVBl. NRW 1996, p. 431, a seguir «tratado interestadual sobre a taxa»). Nos termos deste tratado interestadual, o facto gerador da obrigação de pagamento da taxa é a detenção de um aparelho receptor de radiodifusão. O facto de este aparelho não ser efectivamente utilizado não tem qualquer influência na obrigação de pagamento. Em termos formais, os credores da taxa são os organismos regionais de radiodifusão estabelecidos nos territórios respectivos dos *Länder*.
- 19 A regulamentação relativa ao montante da taxa, calculado em função da determinação das necessidades financeiras dos organismos de radiodifusão públicos, é constituída pelo Tratado interestadual sobre o financiamento da radiodifusão (Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag), de 26 de Novembro de 1996 (GVBl. NRW 1996, p. 484). O montante da taxa é formalmente aprovado pelos parlamentos e pelos governos dos *Länder*.
- 20 Os organismos de radiodifusão públicos criaram, por acordo administrativo, uma central de cobrança das taxas, a *Gebühreneinzugszentrale der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten* (a seguir «GEZ»). Esta última constitui um agrupamento de direito público que tem designadamente por missão a cobrança e a facturação da taxa. Não tem personalidade jurídica nem personalidade judiciária, mas age em nome e por conta dos diferentes organismos regionais de radiodifusão. Contudo, no que diz respeito à cobrança da taxa aos cidadãos, age por acto de liquidação, ou seja, através de acto de autoridade pública. De igual modo, em caso de falta de pagamento da taxa, o tratado interestadual sobre a taxa prevê no seu § 7, n.º 6, que «[o]s avisos de pagamento em atraso da taxa de radiodifusão são objecto de um processo de execução por via administrativa. O organismo regional de radiodifusão credor pode dirigir directamente o pedido de auxílio à execução forçada à instância competente do lugar do domicílio ou da residência habitual dos devedores da taxa [...]».

- 21 O controlo e a determinação das necessidades financeiras declaradas pelos organismos de radiodifusão públicos são confiados a uma comissão independente, a Kommission zur Überprüfung und Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (a seguir «KEF»). Esta comissão, composta por dezasseis peritos independentes, recebe e aprecia as previsões das necessidades comunicadas pelos organismos de radiodifusão públicos e discute-as com os representantes dos mesmos. Elabora um relatório pelo menos de dois em dois anos, com base no qual os parlamentos e os governos dos *Länder* adoptam as suas decisões formais sobre o montante da taxa. Este procedimento, no qual a KEF está actualmente implicada, foi instituído na sequência de um acórdão do Bundesverfassungsgericht de 22 de Fevereiro de 1994, que decidiu que o procedimento segundo o qual a decisão sobre o montante da taxa era tomada pelos Primeiros-Ministros dos *Länder*, sem a intervenção de uma comissão independente, não garantia a independência pretendida pela Constituição.
- 22 As receitas da taxa são concedidas, designadamente, aos organismos de radiodifusão públicos e à autoridade dos *media* do *Land* respectivo.

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

- 23 Durante o mês de Agosto de 2005, a GEZ convidou por escrito onze empresas de limpeza a apresentarem propostas vinculativas para o fornecimento de serviços de limpeza nas suas instalações de Colónia. Não foi organizado nenhum processo formal de adjudicação de contrato conforme às regras comunitárias. A duração prevista do contrato era de 1 de Março de 2006 a 31 de Dezembro de 2008 e este era tacitamente renovável por períodos de um ano. A GEZ avaliou a totalidade das despesas anuais em mais de 400 000 euros.

- 24 A empresa GEWA — Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH, uma das empresas de limpeza contactadas no âmbito do concurso, foi informada em Novembro de 2005 pela GEZ de que o contrato não lhe tinha sido atribuído. Considerando que, enquanto entidade adjudicante, a GEZ devia sujeitar o contrato de limpeza a um concurso conforme às regras comunitárias, a referida empresa interpôs recurso na Vergabekammer (entidade que decide dos recursos em matéria de adjudicações) do Bezirksregierung Köln. Esta autoridade deu provimento ao recurso ao decidir que o contrato em causa era estranho à actividade efectiva de radiodifusão e, consequentemente, era abrangido pelo direito comunitário dos contratos públicos.
- 25 Os organismos de radiodifusão públicos interpuseram recurso desta decisão na secção de adjudicações do Oberlandesgericht Düsseldorf, alegando que não eram entidades adjudicantes, visto que o serviço público de radiodifusão é financiado maioritariamente pela taxa paga pelos telespectadores e que não existe nenhum financiamento nem controlo público a esse respeito.
- 26 O órgão jurisdicional de reenvio observa que as condições estabelecidas no artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, primeiro e segundo travessões, da Directiva 92/50 e no artigo 1.º, n.º 9, segundo parágrafo, alíneas a) e b), da Directiva 2004/18, relativas à definição de «organismo de direito público», estão preenchidas no presente caso, na medida em que os organismos de radiodifusão públicos foram criados para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, e são dotados de personalidade jurídica. Este órgão jurisdicional observa, por outro lado, que, no que diz respeito às três alternativas que figuram, respectivamente, no artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, terceiro travessão, da Directiva 92/50 e no artigo 1.º, n.º 9, segundo parágrafo, alínea c), da Directiva 2004/18, as duas últimas não estão preenchidas no caso em apreço, na medida em que as autoridades públicas não exercem qualquer controlo sobre a gestão destes organismos e não têm qualquer influência na designação dos órgãos de direcção dos mesmos. Assim, resta verificar se a actividade dos organismos em causa é financiada maioritariamente pelo Estado ou por outras entidades adjudicantes para que possam ser considerados «organismos de direito público» e, logo, «entidades adjudicantes».

- 27 O órgão jurisdicional de reenvio observa a este respeito que, segundo uma das correntes jurisprudenciais e doutrinárias actuais na Alemanha, a condição relativa ao «financiamento maioritário pelo Estado» implica um nexo de causalidade directo entre o referido financiamento e o Estado. Esta abordagem refere unicamente a origem estatal ou a proveniência dos fundos, a saber, se estes provêm do orçamento de Estado, e não tem em conta o facto de a sujeição dos consumidores à taxa se basear num texto regulamentar nem o facto de a cobrança dessa taxa se efectuar através de uma transferência de prerrogativas de poder público. De acordo com esta primeira abordagem, o financiamento estatal directo deve igualmente permitir ao Estado ou a outras entidades públicas exercer uma influência concreta sobre os diferentes processos de adjudicação de contratos da entidade financiada.
- 28 De acordo com outra corrente jurisprudencial e doutrinária, à qual adere o órgão jurisdicional de reenvio, basta a existência de uma base legal que obriga os particulares a pagar a taxa para se considerar que a condição relativa ao «financiamento pelo Estado» da actividade dos organismos de radiodifusão em causa no processo principal está preenchida. As regras comunitárias em matéria de adjudicação de contratos públicos aplicar-se-iam assim a estes organismos, que são financiados pela taxa obrigatória, não estando assim sujeitos às leis do mercado. Por outro lado, sempre de acordo com esta corrente, a obrigação constitucional de neutralidade do Estado relativamente à gestão e à programação destes organismos não exige que os contratos públicos destes últimos, que não estejam relacionados com as suas missões principais, não sejam sujeitos às regras comunitárias.
- 29 Atendendo a estas considerações, o Oberlandesgericht Düsseldorf decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) A condição do ‘financiamento pelo Estado’ referida no artigo 1.º, n.º 9, segundo parágrafo, alínea c), primeira alternativa, da Directiva 2004/18 deve ser interpretada no sentido de que, com base na garantia constitucional de que

incumbe ao Estado assegurar a independência do financiamento e a subsistência dos organismos, o financiamento indirecto desses organismos através do pagamento de uma taxa imposta pelo Estado e paga pelas pessoas que dispõem de aparelhos de radiodifusão constitui um financiamento na acepção dessa condição?

- 2) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão, o artigo 1.º, n.º 9, segundo parágrafo, alínea c), primeira alternativa, da Directiva 2004/18 deve ser interpretado no sentido de que a condição do 'financiamento pelo Estado' só é preenchida se o Estado exercer uma influência directa na adjudicação de contratos pelo organismo financiado pelo Estado?

- 3) Em caso de resposta negativa à segunda questão, o artigo 1.º, n.º 9, segundo parágrafo, alínea c), da Directiva 2004/18 deve ser interpretado, à luz do artigo 16.º, alínea b), [desta directiva], no sentido de que só as prestações de serviços referidas no artigo 16.º, alínea b), estão excluídas do âmbito de aplicação da directiva e de que outras prestações de serviços que não respeitem especificamente à programação, mas tenham carácter acessório ou auxiliar, entram no âmbito de aplicação da [mesma] (argumento *a contrario*)?»

Quanto às questões prejudiciais

Observações preliminares

- ³⁰ As questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio referem-se às disposições aplicáveis da Directiva 2004/18. Contudo, visto que os factos do processo principal estão *ratione temporis* abrangidos pela Directiva 92/50, a

apreciação e as respostas do Tribunal de Justiça referir-se-ão às disposições correspondentes da Directiva 92/50, à luz de certos esclarecimentos resultantes da Directiva 2004/18. De qualquer forma, as disposições desta última directiva, bem como os princípios a elas subjacentes, têm um teor idêntico ao das disposições e dos princípios das directivas precedentes e a Directiva 2004/18 constitui uma reformulação das disposições já existentes. Assim, não existe razão que justifique outra abordagem ao abrigo desta nova directiva.

- 31 Além disso, deve observar-se que, mesmo que o regime alemão de financiamento dos organismos de radiodifusão públicos exclua, por princípio, que as entidades públicas possam exercer uma influência política, seja de que tipo for, sobre estes organismos, este facto não basta para justificar que o presente processo seja apreciado unicamente sob a perspectiva da impossibilidade, por definição, do exercício dessa influência pelo Estado. Para efeitos da interpretação e da aplicação uniformes do direito comunitário e da realização dos objectivos do Tratado CE, o Tribunal de Justiça deve, com efeito, ter igualmente em conta outras considerações tais como a liberdade de circulação e a abertura do mercado.

Quanto à primeira questão

- 32 Com esta questão, o Tribunal de Justiça é convidado a interpretar o conceito de «financiamento maioritário pelo Estado» ou por outra entidade pública, contido no artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, terceiro travessão, primeira alternativa, da Directiva 92/50, com vista à resposta à questão de saber se esta condição é preenchida quando as actividades de organismos de radiodifusão públicos, como os que estão em causa no processo principal, são financiadas maioritariamente por uma taxa imposta, calculada e cobrada de acordo com regras como as que estão em causa nesse processo.
- 33 Antes de mais, há que observar que, no que diz respeito ao carácter «maioritário» do financiamento, é pacífico que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de

Justiça, esta condição está preenchida no presente caso na medida em que as receitas dos organismos de radiodifusão públicos em causa provêm, em mais de metade, da taxa em causa no processo principal (v., neste sentido, acórdão de 3 de Outubro de 2000, *University of Cambridge*, C-380/98, *Colect.*, p. I-8035, n.º 30).

- 34 Em seguida, observe-se que a redacção do artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, terceiro travessão, primeira alternativa, da Directiva 92/50 não contém nenhuma precisão sobre as modalidades segundo as quais o financiamento em causa nessa disposição deve ser efectuado. Assim, por exemplo, esta não exige que a actividade dos organismos considerados seja financiada directamente pelo Estado ou por outra entidade pública, para que a condição correspondente esteja preenchida. A apreciação das modalidades do financiamento não deve, por isso, limitar-se às apresentadas pelas diversas partes interessadas no presente processo.
- 35 Para efeitos da interpretação do conceito de «financiamento pelo Estado» ou por outras entidades públicas, importa referir o objectivo das directivas comunitárias em matéria de contratos públicos, conforme resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça.
- 36 Em conformidade com esta jurisprudência, o objectivo das directivas em matéria de contratos públicos é excluir simultaneamente o risco de que seja dada preferência aos proponentes ou candidatos nacionais em toda e qualquer adjudicação de contrato público efectuada pelas entidades adjudicantes e a possibilidade de um organismo financiado ou controlado pelo Estado, as autarquias locais ou outros organismos de direito público se guiarem por considerações diferentes das económicas (acórdão *University of Cambridge*, já referido, n.º 17 e jurisprudência referida).
- 37 O Tribunal de Justiça reiterou estes objectivos, acrescentando que, à luz dos mesmos, o conceito de «entidade adjudicante», incluindo o de «organismo de direito público», deve ser interpretado de modo funcional (acórdão de 1 de Fevereiro de 2001, *Comissão/França*, C-237/99, *Colect.*, p. I-939, n.ºs 42, 43 e jurisprudência referida).

- 38 Com efeito, o Tribunal de Justiça decidiu que a coordenação a nível comunitário dos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos visa suprimir os entraves à livre circulação de serviços e de mercadorias e, assim, proteger os interesses dos operadores económicos estabelecidos num Estado-Membro que desejem propor bens ou serviços às entidades adjudicantes estabelecidas noutro Estado-Membro (acórdãos, já referidos, *University of Cambridge*, n.º 16, e *Comissão/França*, n.º 41).
- 39 No que se refere em particular aos contratos públicos de serviços, o Tribunal de Justiça salientou esse mesmo objectivo principal, a saber, a livre circulação de serviços e a abertura à concorrência não falseada e o mais ampla possível nos Estados-Membros (v., neste sentido, acórdão de 11 de Janeiro de 2005, *Stadt Halle e RPL Lochau*, C-26/03, *Colect.*, p. I-1, n.ºs 44 e 47).
- 40 É à luz destes objectivos e em função destes critérios que se deve apreciar um modo de financiamento dos organismos de radiodifusão públicos como o do caso do processo principal, o que implica que o conceito de «financiamento pelo Estado» deve igualmente receber uma interpretação funcional.
- 41 Antes de mais, há que assinalar, a este respeito, que a taxa que assegura o financiamento maioritário da actividade dos organismos em questão tem origem no tratado interestadual sobre a radiodifusão, ou seja, num acto estatal. É prevista e imposta por lei e não resulta de uma transacção contratual celebrada entre estes organismos e os consumidores. A sujeição à referida taxa é gerada pelo simples facto da detenção de um aparelho receptor e não é a contrapartida do gozo efectivo dos serviços fornecidos pelos organismos em questão.

42 Em seguida, deve observar-se que a fixação do montante da taxa também não resulta de uma relação contratual entre os organismos de radiodifusão em causa no processo principal e os consumidores. Nos termos do tratado interestadual sobre o financiamento da radiodifusão, este montante é fixado por uma decisão formal dos parlamentos e dos governos dos *Länder*, adoptada com base num relatório elaborado pela KEF em função das necessidades financeiras declaradas por esses próprios organismos. Os parlamentos e os governos dos *Länder* podem não seguir as recomendações da KEF, respeitando o princípio da liberdade de radiodifusão, por motivos, todavia, limitados, a saber, quando o montante da taxa constitua para os cidadãos um encargo financeiro desmedido face à situação económica e social geral, susceptível de prejudicar o seu acesso à informação (v. acórdão do Bundesverfassungsgericht de 11 de Setembro de 2007, BvR 2270/05, BvR 809/06 e BvR 830/06).

43 Mesmo se os parlamentos e os governos dos *Länder* devessem seguir sem alterações as recomendações da KEF, não seria menos verdade que esse mecanismo de fixação do montante da taxa seria estabelecido pelo Estado, que teria transferido, dessa forma, prerrogativas de poder público para uma comissão de peritos.

44 No que se refere às modalidades de cobrança da taxa, resulta do tratado interestadual sobre a taxa que a cobrança da mesma é efectuada pela GEZ que age por conta dos organismos de radiodifusão públicos, por acto de liquidação, a saber, por acto de autoridade pública. De mesmo modo, em caso de mora no pagamento, os avisos de pagamento em atraso são objecto de um processo de execução por via administrativa, podendo o organismo de radiodifusão público em causa, enquanto credor, dirigir directamente o pedido de auxílio à execução forçada à instância competente. Consequentemente, os organismos em questão gozam a esse respeito de prerrogativas de poder público.

45 Os recursos atribuídos deste modo aos referidos organismos são pagos sem contraprestação específica, na acepção da jurisprudência do Tribunal de Justiça (v., neste sentido, acórdão *University of Cambridge*, já referido, n.ºs 23 a 25). Com efeito, não existe nenhuma contrapartida contratual associada a esses pagamentos, na medida em que nem a sujeição à taxa nem o montante da mesma constituem o resultado de um acordo entre os organismos de radiodifusão públicos e os consumidores, uma vez que estes são obrigados a pagar a taxa pela simples detenção de um aparelho receptor, independentemente da utilização do serviço proposto por estes organismos. Consequentemente, os consumidores devem pagar a taxa, mesmo que nunca recorram aos serviços dos referidos organismos.

46 Importa salientar que o argumento das recorrentes no processo principal, de que o facto de a taxa estar prevista num texto regulamentar não é determinante, senão todos os médicos, advogados e arquitectos estabelecidos na Alemanha seriam «financiados pelo Estado», dado que as tabelas dos seus honorários são fixadas pelo Estado, é irrelevante. Com efeito, apesar de essas tabelas serem regulamentadas pelo Estado, o consumidor entra sempre voluntariamente numa relação contratual com os membros destas profissões e recebe sempre um serviço efectivo. Além disso, o financiamento das actividades dos membros das profissões liberais em causa não é nem assegurado nem garantido pelo Estado.

47 Em último lugar, há que observar que, à luz da abordagem funcional acima mencionada, como a Comissão das Comunidades Europeias acertadamente observa, não deve haver uma diferença de apreciação consoante os meios financeiros

transitem pelo orçamento público, cobrando primeiro o Estado a taxa e pondo, depois, as receitas resultantes desta à disposição dos organismos de radiodifusão públicos, ou o Estado conceda aos referidos organismos o direito de cobrarem eles próprios a taxa.

48 Assim, há que concluir que um financiamento como o em causa no processo principal, que tem na sua origem um acto estatal, é garantido pelo Estado e é assegurado por um modo de tributação e de cobrança que se inclui no âmbito das prerrogativas do poder público, preenche a condição de «financiamento pelo Estado», para efeitos da aplicação das regras comunitárias em matéria de adjudicação de contratos públicos.

49 Este modo de financiamento indirecto é suficiente para que a condição relativa ao «financiamento pelo Estado» prevista na regulamentação comunitária esteja preenchida, sem que seja necessário que o próprio Estado crie ou designe um organismo público ou privado competente para a cobrança da taxa.

50 Por conseguinte, há que responder à primeira questão apresentada que o artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, terceiro travessão, primeira alternativa, da Directiva 92/50 deve ser interpretado no sentido de que existe um financiamento maioritário pelo Estado quando as actividades de organismos de radiodifusão públicos como os em causa no processo principal são financiadas maioritariamente através de uma taxa que onera os detentores de um aparelho receptor, que é aplicada, calculada e cobrada segundo regras como as que estão em causa no processo principal.

Quanto à segunda questão

- 51 Com a segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se o artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, terceiro travessão, primeira alternativa, da Directiva 92/50 deve ser interpretado no sentido de que, em caso de financiamento de um organismo de radiodifusão público segundo as modalidades expostas no âmbito da primeira questão prejudicial, a condição relativa ao «financiamento pelo Estado» exige a ingerência directa do Estado ou de outros poderes públicos na adjudicação de um contrato como o do processo principal por um organismo desse tipo.
- 52 Para responder a esta questão, há que assinalar, em primeiro lugar, que a redacção da disposição considerada não exige uma ingerência directa do Estado, ou de outra entidade pública, no processo de adjudicação de um contrato público para que a condição relativa ao «financiamento pelo Estado» seja satisfeita.
- 53 Em segundo lugar, no que diz respeito ao critério de dependência de um organismo face aos poderes públicos, elaborado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça relativamente às três alternativas do artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, terceiro travessão, da Directiva 92/50 (v., neste sentido, acórdão de 15 de Janeiro de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e o., C-44/96, Colect., p. I-73, n.º 20), o órgão jurisdicional de reenvio faz referência à posição, acima mencionada, adoptada por uma corrente jurisprudencial e doutrinal na Alemanha, segundo a qual esta dependência implica que os poderes públicos possam exercer uma influência concreta nos diferentes processos de adjudicação de contratos.

54 Antes de mais, deve observar-se, a este respeito, que a questão da dependência face aos poderes públicos dos organismos de radiodifusão em causa no processo principal só se coloca relativamente à adjudicação dos contratos sem relação com o cumprimento da missão de serviço público propriamente dito destes organismos, tal como é garantida pela Constituição alemã, a saber, a criação e a realização de programas. O contrato em causa no processo principal não diz respeito a esta função própria dos referidos organismos.

55 Em seguida, importa salientar que, no presente caso, conforme resulta das considerações tecidas no âmbito da primeira questão, a própria existência dos organismos de radiodifusão públicos em causa depende do Estado. O critério da dependência destes organismos face ao Estado está assim preenchido, sem que se exija uma possibilidade de influência concreta dos poderes públicos nas diversas decisões dos organismos considerados em matéria de adjudicação de contratos.

56 Com efeito, esta dependência em sentido amplo não exclui, na inobservância das regras comunitárias em matéria de adjudicação de contratos públicos, que os organismos de radiodifusão em causa no processo principal se guiem por considerações diferentes das económicas, designadamente favorecendo os proponentes ou candidatos nacionais. Os referidos organismos podem agir dessa forma sem violar as exigências previstas na Constituição alemã, que não o proíbe. Como o órgão jurisdicional de reenvio observa com pertinência, a obrigação de neutralidade do Estado quanto à elaboração dos programas dos organismos em questão,

conforme garantida pela Constituição alemã e interpretada pelo Bundesverfassungsgericht, não exige a neutralidade dos referidos organismos em matéria de adjudicação de contratos. Este risco é contrário aos objectivos das regras comunitárias em matéria de adjudicação de contratos públicos mencionados nos n.ºs 38 e 39 do presente acórdão.

57 O órgão jurisdicional de reenvio interroga-se, além disso, em que medida é relevante, para dar resposta à segunda questão submetida, a posição adoptada pelo Tribunal de Justiça no n.º 21 do acórdão *University of Cambridge*, já referido, segundo a qual, embora o modo de financiamento de um dado organismo possa ser revelador de dependência estreita desse organismo relativamente a outra entidade adjudicante, é, todavia, forçoso concluir que este critério não é absoluto. Nem todos os pagamentos efectuados por uma entidade adjudicante têm como efeito a criação ou o aprofundamento de umnexo específico de subordinação ou de dependência. Apenas as prestações de financiamento ou de apoio, mediante auxílio financeiro sem contraprestação específica, das actividades da entidade em causa poderão qualificar-se de «financiamento público».

58 A este respeito, importa assinalar que, quanto às relações entre os organismos em questão e os consumidores, resulta dos n.ºs 23 a 25 do acórdão *University of Cambridge*, já referido, que se podem qualificar de «financiamento público» os pagamentos públicos aos quais não está associada nenhuma contrapartida contratual. Ora, como se verificou no n.º 45 do presente acórdão, não existe nenhuma contrapartida associada, no presente caso, aos recursos atribuídos aos organismos de

radiodifusão em causa no processo principal, na medida em que nem a sujeição à taxa nem o montante da mesma constituem o resultado de um acordo entre estes organismos e os consumidores, estando estes últimos obrigados a pagar a taxa pelo mero facto de deterem um aparelho receptor, mesmo que nunca recorram aos serviços dos referidos organismos.

59 De igual modo, no presente caso não há nenhuma contrapartida específica para o Estado, visto que, conforme salienta pertinentemente o órgão jurisdicional de reenvio, o financiamento em causa no processo principal serve para compensar os encargos que surgem do cumprimento da missão de serviço público do Estado que consiste em assegurar uma informação audiovisual pluralista e objectiva dos cidadãos. Nesta medida, os organismos de radiodifusão em causa no processo principal não diferem de outro serviço público que receba uma subvenção do Estado para realizar a sua tarefa de serviço público.

60 Assim, há que responder à segunda questão apresentada que o artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, terceiro travessão, primeira alternativa, da Directiva 92/50 deve ser interpretado no sentido de que, em caso de financiamento das actividades de organismos de radiodifusão públicos como os em causa no processo principal segundo as modalidades expostas no âmbito da apreciação da primeira questão prejudicial, a condição relativa ao «financiamento pelo Estado» não exige a ingerência directa do Estado ou de outros poderes públicos na adjudicação, por esses organismos, de um contrato como o analisado no processo principal.

Quanto à terceira questão

61 Com a terceira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se o artigo 1.º, alínea a), iv), da Directiva 92/50 deve ser interpretado, à luz do artigo 1.º, alínea b),

segundo parágrafo, terceiro travessão, desta directiva, no sentido de que só os contratos públicos relativos aos serviços aos quais se refere esta primeira disposição são excluídos do âmbito de aplicação da referida directiva.

62 O artigo 1.º, alínea a), iv), da Directiva 92/50 prevê que esta directiva não se aplica aos contratos públicos que tenham por objecto os serviços relativos à função própria dos organismos de radiodifusão, a saber, a criação e a realização de programas, por motivos de ordem cultural e social evocados no décimo primeiro considerando da Directiva 92/50 e, de forma mais explícita, no vigésimo quinto considerando da Directiva 2004/18, que tornam essa aplicação desadequada.

63 Esta disposição, como dá a entender o advogado-geral no n.º 80 das suas conclusões, reflecte a mesma preocupação expressa na Constituição alemã, a saber, a garantia do cumprimento da missão de serviço público dos organismos de radiodifusão públicos com toda a independência e imparcialidade.

64 Dado que a disposição em causa constitui uma excepção ao objectivo principal das regras comunitárias em matéria de adjudicação dos contratos públicos, como se assinalou no n.º 39 do presente acórdão, a saber, a livre circulação de serviços e a abertura à concorrência o mais ampla possível, a mesma deve ser interpretada restritivamente. Consequentemente, só estão excluídos do âmbito de aplicação da Directiva 92/50 os contratos públicos que têm por objecto os serviços referidos no artigo 1.º, alínea a), iv), desta directiva. Pelo contrário, estão plenamente sujeitos às regras comunitárias os contratos públicos de serviços que não têm relação com as actividades relativas à realização da missão de serviço público propriamente dita dos organismos de radiodifusão públicos.

- ⁶⁵ Esta posição é confirmada pelo vigésimo quinto considerando da Directiva 2004/18, acima mencionado, que enuncia, a título indicativo, na sua penúltima frase, que a exclusão da aplicação desta directiva não se devia aplicar ao fornecimento do material técnico necessário à produção, à co-produção e à emissão de programas.
- ⁶⁶ Contudo, deve precisar-se que estas considerações só se aplicam quando se trate, num caso concreto, de um contrato adjudicado por um organismo considerado «entidade adjudicante», na acepção do artigo 1.º, alínea b), da Directiva 92/50.
- ⁶⁷ Assim, há que responder à terceira questão apresentada que o artigo 1.º, alínea a), iv), da Directiva 92/50 deve ser interpretado no sentido de que, nos termos desta disposição, só os contratos públicos relativos aos serviços nela referidos estão excluídos do âmbito de aplicação da referida directiva.

Quanto às despesas

- ⁶⁸ Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional nacional, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efectuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Quarta Secção) declara:

- 1) O artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, terceiro travessão, primeira alternativa, da Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, deve ser interpretado no sentido de que existe um financiamento maioritário pelo Estado quando as actividades de organismos de radiodifusão públicos como os em causa no processo principal são financiadas maioritariamente através de uma taxa que onera os detentores de um aparelho receptor, que é aplicada, calculada e cobrada segundo regras como as que estão em causa no processo principal.**
- 2) O artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, terceiro travessão, primeira alternativa, da Directiva 92/50 deve ser interpretado no sentido de que, em caso de financiamento das actividades de organismos de radiodifusão públicos como os em causa no processo principal segundo as modalidades expostas no âmbito da apreciação da primeira questão prejudicial, a condição relativa ao «financiamento pelo Estado» não exige a ingerência directa do Estado ou de outros poderes públicos na adjudicação, por esses organismos, de um contrato como o analisado no processo principal.**
- 3) O artigo 1.º, alínea a), iv), da Directiva 92/50 deve ser interpretado no sentido de que, nos termos desta disposição, só os contratos públicos relativos aos serviços nela referidos estão excluídos do âmbito de aplicação da referida directiva.**

Assinaturas