

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção)

18 de Novembro de 1999 *

No processo C-275/98,

que tem por objecto um pedido dirigido ao Tribunal de Justiça, nos termos artigo 177.º do Tratado CE (actual artigo 234.º CE), pela Klagenævnet for Udbud (Dinamarca), destinado a obter, no litígio pendente neste órgão jurisdicional entre

Unitron Scandinavia A/S,

3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselskab

e

Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri,

uma decisão a título prejudicial sobre a interpretação do artigo 2.º, n.º 2, da Directiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento (JO L 199, p. 1),

* Língua do processo: dinamarquês.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção),

composto por: L. Sevón, presidente de secção, P. Jann (relator) e M. Wathelet, juízes,

advogado-geral: S. Alber,

secretário: R. Grass,

vistas as observações escritas apresentadas:

— em representação do Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri, por P. Biering, advogado em Copenhaga,

— em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por H. C. Støvlbæk, membro do Serviço Jurídico, na qualidade de agente,

visto o relatório do juiz-relator,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 8 de Julho de 1999,

profere o presente

Acórdão

- 1 Por despacho de 15 de Julho de 1998, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 20 de Julho seguinte, a Klagenævnet for Udbud (comissão de recurso das adjudicações) colocou, nos termos do artigo 177.º do Tratado CE (actual artigo 234.º CE), duas questões prejudiciais relativas à interpretação do artigo 2.º, n.º 2, da Directiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento (JO L 199, p. 1).

- 2 Estas questões foram suscitadas no âmbito de um litígio que opõe a Unitron Scandinavia A/S (a seguir «Unitron») e a 3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselskab (a seguir «3-S») ao Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri (Ministério da Alimentação, Agricultura e Pescas, a seguir «ministério») a propósito da adjudicação de um contrato público de fornecimento de marcas auriculares para os suínos.

Enquadramento jurídico

3 O artigo 1.º, alínea b), da Directiva 93/36 dispõe:

«Para efeitos da presente directiva:

...

- b) 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.»

4 O artigo 2.º, n.º 2, da Directiva 93/36 prevê:

«Quando uma entidade adjudicante, na acepção da alínea b) do artigo 1.º, conferir a entidades diferentes das entidades adjudicantes, independentemente do respectivo estatuto jurídico, direitos especiais ou exclusivos de exercício de actividades de serviço público, o acto pelo qual tais direitos são conferidos deve prescrever que a entidade em questão terá de respeitar, na adjudicação a terceiros de contratos públicos de fornecimento no âmbito dessa actividade, o princípio de não discriminação por razões de nacionalidade.»

5 A Klagenævnet for Udbud foi instituída pela Lei dinamarquesa n.º 344 de 6 de Junho de 1991, alterada por várias vezes, no quadro da implementação 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), alterada depois pelo artigo 41.º 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).

O litígio na causa principal

- 6 Nos termos da Directiva 92/102/CEE do Conselho, de 27 de Novembro de 1992, relativa à identificação e ao registo de animais (JO L 355, p. 32), deve ser aplicada uma marca auricular aos suínos a fim de permitir determinar a sua proveniência. A regulamentação dinamarquesa que transpôs esta directiva prevê que, após a sua aprovação pela direcção veterinária dependente do ministério, as marcas são fornecidas pelos Danske Slagterier (matadouros dinamarqueses, a seguir «DS»), que são uma empresa privada.
- 7 A fim de limitar o número de marcas aprovadas para os suínos, a direcção veterinária e os DS estabeleceram um processo de concurso. Em Novembro de 1996, os DS, que estavam incumbidos da gestão dos processos de concurso, enviaram *dossiers* para esse fim a um certo número de fornecedores potenciais e, no termo do processo, celebraram contratos de fornecimento, com duração de três anos a partir de 1 de Abril de 1997, com as empresas Allflex dan-mark ApS e Daploma A/S.
- 8 A Unitron e a 3-S são fabricantes de marcas auriculares para suínos. Num recurso apresentado na Klagenævnet for Udbud alegam que os DS servem um interesse público e agem na realidade por conta do ministério, de forma que deveriam ser equiparados a uma entidade adjudicante na acepção do artigo 1.º, alínea b), da Directiva 93/36. A título subsidiário, as recorrentes na causa principal sustentam que os DS deviam ter seguido o processo previsto no artigo 2.º, n.º 2, da Directiva 93/36.
- 9 Por decisão de 22 de Janeiro de 1998, a Klagenævnet for Udbud declarou antes de mais que os DS eram efectivamente os adquirentes das marcas auriculares aos fornecedores e que o montante deste fornecimento era superior ao limiar previsto no artigo 5.º da Directiva 93/36.
- 10 Realçou a seguir que a atribuição, pelo ministério, da gestão do sistema das marcas auriculares a uma empresa deveria provavelmente ter sido objecto de um

processo de concurso em conformidade com a Directiva 93/36. Declarou todavia que esta questão não era objecto do processo perante si pendente.

- 11 Finalmente, após ter considerado que os DS não eram uma entidade adjudicante na acepção do artigo 1.º, alínea b), da Directiva 93/36, a Klagenævnet for Udbud rejeitou o argumento das recorrentes na causa principal segundo o qual esta directiva devia ser aplicada por analogia aos DS.
- 12 No que se refere ao fundamento subsidiário baseado no artigo 2.º, n.º 2, da Directiva 93/36, a Klagenævnet for Udbud realça que esta disposição reproduz em substância o conteúdo do artigo 2.º, n.º 3, da Directiva 77/62/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1976, relativa à coordenação dos processos de celebração dos contratos de fornecimento de direito público (JO 1977, L 13, p. 1), texto adoptado numa altura em que ainda não existia a directiva relativa aos contratos públicos de serviços.
- 13 Como os contratos públicos de serviços foram objecto da Directiva 92/50, a Klagenævnet for Udbud interroga-se sobre o alcance actual do artigo 2.º, n.º 2, da Directiva 93/36, na medida em que ele reproduz na sua essência um texto anterior à Directiva 92/50.
- 14 Nestas circunstâncias, a Klagenævnet for Udbud decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as questões prejudiciais seguintes:

«1) O artigo 2.º, n.º 2, da Directiva 93/36 do Conselho relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento continua a ter um alcance autónomo após a adopção da Directiva 92/50

do Conselho relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços (ambas alteradas pela Directiva 97/52 do Parlamento Europeu e do Conselho)?

- 2) Caso a resposta à questão 1 seja afirmativa, a disposição implica que nos casos em que uma entidade adjudicante delega a gestão de um sistema de marcas auriculares para suínos numa empresa privada, que não é uma entidade adjudicante, deve prescrever, *por um lado*, que a empresa deve respeitar a proibição de discriminação em razão da nacionalidade nos contratos de fornecimento que celebra com terceiros e, *por outro*, que a aquisição de mercadorias que estão ligadas ao sistema deve ser objecto de concurso público quando o valor dos fornecimentos ultrapassar o limiar previsto na Directiva 93/36? »

Quanto à admissibilidade

- 15 A título liminar, importa sublinhar que, como foi analisado com razão pelo advogado-geral nos n.ºs 17 e 18 das suas conclusões, a *Klagenævnet for Udbud* é um órgão jurisdicional na acepção do artigo 177.º do Tratado.
- 16 O ministério considera que o Tribunal de Justiça deveria recusar responder às questões prejudiciais com fundamento em que, seja qual for a interpretação dada à disposição que constitui objecto destas questões, a situação jurídica das recorrentes na causa principal não será de qualquer forma alterada.
- 17 Segundo o recorrido na causa principal, se, por um lado, o artigo 2.º, n.º 2, da Directiva 93/36 devesse ser interpretado no sentido de que impõe unicamente ao ministério que exija que os DS respeitem o princípio da não discriminação, esta interpretação nada alteraria em relação à *Unitron* e à *3-S* que são ambas

estabelecidas na Dinamarca. Se, por outro, esta disposição devesse ser interpretada no sentido de que impõe uma obrigação de proceder a um concurso em conformidade com esta directiva, as recorrentes na causa principal também não poderiam beneficiar desta interpretação pois, segundo o ministério, após a adjudicação que constitui objecto do litígio na causa principal teve lugar uma nova adjudicação em conformidade com as disposições da Directiva 93/36, a qual fez desaparecer qualquer eventual infracção.

- 18 Quanto a este ponto, basta declarar que compete apenas ao juiz nacional, a quem foi submetido o litígio e que deve assumir a responsabilidade pela decisão jurisdicional a tomar, apreciar, tendo em conta as especificidades de cada processo, tanto a necessidade de uma decisão prejudicial para poder proferir a sua decisão como a pertinência das questões que coloca ao Tribunal de Justiça (v., nomeadamente, acórdão de 15 de Dezembro de 1995, *Bosman*, C-415/93, Colect., p. I-4921, n.º 59). O Tribunal de só pode rejeitar um pedido apresentado por um órgão jurisdicional nacional quando se revela manifesto que a interpretação ou a apreciação da validade de uma norma comunitária, solicitadas por aquele órgão jurisdicional, não têm qualquer relação com a realidade ou com o objecto do litígio no processo principal, ou ainda quando o Tribunal de Justiça não dispõe dos elementos de facto ou de direito necessários para responder utilmente às questões que lhe são colocadas (v., nomeadamente, acórdãos *Bosman*, já referido, n.º 61, e de 29 de Junho de 1999, *Butterfly Music*, C-60/98, Colect., p. I-3939, n.º 13).
- 19 Tal não sucede no caso em apreço. Com efeito, não se poderá excluir que, em função das respostas dadas às questões prejudiciais, a *Klagenævnet for Udbud* seja levada a anular o processo de concurso em causa no processo principal ou a declarar a sua irregularidade. Não compete ao Tribunal de Justiça apreciar as consequências que poderá ter, segundo o direito nacional, o facto de um novo processo de concurso em conformidade com as disposições da Directiva 93/36 ter tido lugar após a instauração do processo principal.
- 20 Daqui resulta que as questões prejudiciais são admissíveis.

Quanto à primeira questão

- 21 Importa constatar, em primeiro lugar, que a Directiva 93/36 foi adoptada posteriormente à Directiva 92/50.
- 22 Em segundo lugar, resulta do segundo considerando da Directiva 93/36 que a mesma tem por objectivo, nomeadamente, ajustar as disposições em matéria de contratos públicos de fornecimento às disposições da Directiva 92/50. Estas últimas foram, portanto, expressamente tomadas em consideração quando da adopção da Directiva 93/36.
- 23 Daqui se conclui que as disposições da Directiva 92/50 não poderão influenciar o alcance das disposições da Directiva 93/36, incluindo as que figuravam já na Directiva 77/62.
- 24 No que se refere mais especificamente ao artigo 2.º, n.º 2, da Directiva 93/36, esta interpretação é confirmada pelo facto de esta disposição não regular unicamente situações às quais é aplicável a Directiva 92/50. Assim, não poderá sustentar-se que a Directiva 92/50 a privou do seu objecto.
- 25 Por conseguinte, deve responder-se à primeira questão que o artigo 2.º, n.º 2, da Directiva 93/36 tem um alcance autónomo em relação às disposições da Directiva 92/50.

Quanto à segunda questão

- 26 Resulta do que foi declarado pelo órgão jurisdicional de reenvio que os DS não são uma entidade adjudicante na acepção do artigo 1.º, alínea b), da Directiva 93/36.
- 27 Daqui se conclui que a obrigação, prevista no artigo 6.º, n.º 1, da Directiva 93/36, de aplicar os processos de concurso definidos no artigo 1.º, alíneas d), e) e f), desta directiva não incumbe a uma entidade como os DS.
- 28 Além disso, a Directiva 93/36 não contém nenhuma disposição comparável ao artigo 3.º, n.º 3, da Directiva 92/50 ou ao artigo 2.º, n.º 1, 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), que obriga as entidades adjudicantes a assegurarem a observância das disposições destas directivas nos casos de determinados contratos celebrados por entidades exteriores às entidades adjudicantes.
- 29 Pelo contrário, nos termos do artigo 2.º, n.º 2, da Directiva 93/36, quando a uma entidade diferente da entidade adjudicante são conferidos, por uma entidade adjudicante, direitos especiais ou exclusivos de exercício de actividades de serviço público, exige-se unicamente que o acto pelo qual este direito é conferido prescreva que essa entidade deve respeitar, na adjudicação a terceiros de contratos públicos de fornecimento no âmbito dessa actividade, o princípio da não discriminação por razões de nacionalidade.
- 30 Assim, resulta de uma interpretação sistemática desta disposição que a entidade adjudicante não é obrigada a exigir da entidade em questão que a mesma respeite os processos de concurso previstos na Directiva 93/36.

- 31 Importa todavia notar que o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade não poderá ser interpretado restritivamente. Implica, nomeadamente, uma obrigação de transparência a fim de permitir que a entidade adjudicante se assegure da sua observância.
- 32 Em consequência, deve responder-se à segunda questão que o artigo 2.º, n.º 2, da Directiva 93/36 deve ser interpretado da forma seguinte:
- Impõe a uma entidade adjudicante que confere direitos especiais ou exclusivos de exercício de uma actividade de serviço público a uma entidade diferente da entidade adjudicante que exija dessa entidade o respeito, na adjudicação a terceiros de contratos públicos de fornecimento no âmbito dessa actividade, do princípio da não discriminação por razões de nacionalidade.
 - Em contrapartida, não impõe, em tais circunstâncias, à entidade adjudicante que exija da entidade em questão que a mesma respeite, para a adjudicação desses contratos públicos de fornecimento, os processos de concurso previstos na Directiva 93/36.

Quanto às despesas

- 33 As despesas efectuadas pela Comissão, que apresentou observações ao Tribunal, não são reembolsáveis. 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.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção),

pronunciando-se sobre as questões submetidas pela Klagenævnet for Udbud, por despacho de 15 de Julho de 1998, declara:

- 1) O artigo 2.º, n.º 2, da Directiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento, tem um alcance autónomo em relação às disposições 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.

- 2) O artigo 2.º, n.º 2, da Directiva 93/36 deve ser interpretado da forma seguinte:

— Impõe a uma entidade adjudicante que confere direitos especiais ou exclusivos de exercício de uma actividade de serviço público a uma entidade diferente da entidade adjudicante que exija dessa entidade o

respeito, na adjudicação a terceiros de contratos públicos de fornecimento no âmbito dessa actividade, do princípio da não discriminação por razões de nacionalidade.

— Em contrapartida, não impõe, em tais circunstâncias, à entidade adjudicante que exija da entidade em questão que a mesma respeite, para a adjudicação desses contratos públicos de fornecimento, os processos de concurso previstos na Directiva 93/36.

Sevón

Jann

Wathelet

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 18 de Novembro de 1999.

O secretário

O presidente da Primeira Secção

R. Grass

L. Sevón