

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção)
27 de Fevereiro de 2003 *

No processo C-373/00,

que tem por objecto um pedido dirigido ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 234.º CE, pelo Vergabekontrollsenat des Landes Wien (Áustria), destinado a obter, no litígio pendente neste órgão jurisdicional entre

Adolf Truley GmbH

e

Bestattung Wien GmbH,

uma decisão a título prejudicial sobre a interpretação do artigo 1.º, alínea b), 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: alemão.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção),

composto por: M. Wathelet, presidente de secção, C. W. A. Timmermans (relator), P. Jann, S. von Bahr e A. Rosas, juízes,

advogado-geral: S. Alber,
secretário: H. A. Rühl, administrador principal,

vistas as observações escritas apresentadas:

- em representação da Adolf Truley GmbH, por S. Heid, Rechtsanwalt,

- em representação da Bestattung Wien GmbH, por P. Madl, Rechtsanwalt,

- em representação do Governo austríaco, por H. Dossi, na qualidade de agente,

- em representação do Governo francês, por G. de Bergues, A. Bréville-Viéville e S. Pailler, na qualidade de agentes,

- em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por M. Nolin, na qualidade de agente, assistido por R. Roniger, Rechtsanwalt,

— em representação do Órgão de Fiscalização da EFTA, por E. Wright, na qualidade de agente,

visto o relatório do juiz-relator,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 21 de Março de 2002,

profere o presente

Acórdão

- 1 Por despacho de 14 de Setembro de 2000, entrado na Secretaria do Tribunal de Justiça em 11 de Outubro seguinte, o Vergabekontrollsenat des Landes Wien (comissão de controlo das adjudicações do *Land* de Viena) submeteu, nos termos do artigo 234.º CE, três questões prejudiciais sobre a interpretação do artigo 1.º, alínea b), 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 As questões foram suscitadas no âmbito de um litígio entre a Adolf Truley GmbH (a seguir «Truley»), com sede em Drosendorf an der Thaya (Áustria), e a Bestattung Wien GmbH (a seguir «Bestattung Wien»), com sede em Viena (Áustria), a respeito da decisão adoptada pela segunda de não seleccionar a proposta apresentada pela primeira no âmbito de um concurso para fornecimento de guarnições para urnas funerárias.

Enquadramento jurídico

Regulamentação comunitária

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.

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 93/37/CEE. Essas listas são tão completas quanto possível e poderão ser revistas nos termos do processo previsto no artigo 35.º da citada directiva.»

Legislação nacional

Regras relativas à adjudicação de contratos públicos

- 4 No direito austríaco, a regulamentação dos contratos públicos é, em parte, da competência federal e, em parte, da competência das entidades federadas (os

Länder). No *Land* de Viena, esta matéria rege-se pela Wiener Landesvergabe-gesetz (Lei do *Land* de Viena sobre a adjudicação de contratos públicos, LGBI. 1995/36, na versão publicada no LGBI. 1999/30, a seguir «WLVergG»).

5 Nos termos do § 12, n.º 1, da WLVergG:

«A presente lei aplica-se aos contratos adjudicados por entidades adjudicantes públicas, as quais, na acepção desta lei, são:

1. Viena, como *Land* ou como autarquia, assim como

2. Organismos instituídos com base no direito do *Land*, na medida em que tenham sido criados com o objectivo de satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter comercial, quando tenham, pelo menos, uma capacidade jurídica restrita e
 - a) sejam administrados principalmente por órgãos da cidade de Viena ou de outra instituição, na acepção dos pontos 1 a 4, ou por pessoas designadas para este fim pelos órgãos das instituições mencionadas, ou

 - b) estejam submetidos, na sua gestão, à tutela da cidade de Viena ou de outras instituições, na acepção dos pontos 1 a 4, ou

c) sejam financiados essencialmente pela cidade de Viena ou por outras instituições, na aceção dos pontos 1 a 4.

3. [...]

4. [...]»

Lei Fundamental da cidade de Viena

6 Nos termos do § 71 da Wiener Stadtverfassung (Lei Fundamental da cidade de Viena, LGBL. 1968/28, na versão publicada no LGBL. 1999/17, a seguir «WStV»):

«1) As empresas, na aceção da presente lei, são estabelecimentos económicos aos quais o conselho municipal reconhece a qualidade de empresa. O conselho municipal pode também decidir que uma empresa seja composta por vários estabelecimentos.

2) As empresas não têm personalidade jurídica. A administração do respectivo património é distinta da do restante património da autarquia. As empresas são geridas segundo os princípios da economia. Se uma empresa estiver inscrita no Registo das Sociedades, a sua denominação deve indicar claramente a respectiva qualidade de empresa da cidade de Viena.

3) O conselho municipal adopta o estatuto das empresas em questão atendendo designadamente ao disposto no § 67, n.º 2. A organização interna e a repartição de funções (§ 91) apenas se aplicam às empresas na medida em que nesta disposição lhes seja feita uma referência expressa. Tendo em conta considerações de racionalidade, de procura de economias e de rentabilidade, bem como o grau de autonomia acrescido das empresas em relação aos restantes componentes do Magistrat [der Stadt Wien (Administração municipal da cidade de Viena)], o estatuto define detalhadamente os órgãos, as respectivas competências, a sua organização e administração, a sua gestão à luz dos princípios da economia, da contabilidade e da prestação de contas. As competências dos órgãos autárquicos em matéria de pessoal são igualmente válidas em relação às empresas. Para a determinação das diversas competências, estão reservados:

1. ao conselho municipal:

a) o reconhecimento e a revogação da qualidade de empresa;

b) a subdivisão de uma empresa em estabelecimentos;

c) a determinação dos objectivos essenciais da empresa, orientações, projectos e programas de administração.

[...]

[...]»

7 O § 73 da WStV, relativo às funções do Kontrollamt der Stadt Wien (serviço de controlo da cidade de Viena, a seguir «Kontrollamt»), que, em termos estruturais, faz parte do Magistrat der Stadt Wien, refere, por outro lado, o seguinte:

- «1. O Kontrollamt é responsável pelo controlo de toda a gestão da autarquia e dos fundos e instituições dotados de personalidade jurídica administrados por órgãos da autarquia, sob os aspectos da exactidão dos números, da regularidade, da procura de economias, da rentabilidade e da oportunidade (controlo de gestão) [...].

2. O Kontrollamt é também responsável pelo controlo da gestão de empresas comerciais, nas quais a autarquia detenha uma participação maioritária. Se uma empresa comercial deste tipo detiver uma participação maioritária noutra empresa, o controlo também se estende a esta última. As prerrogativas de controlo do Kontrollamt devem ser garantidas por medidas adequadas.

3. O Kontrollamt pode ainda controlar a gestão de organismos (empresas comerciais, associações, etc.), nos quais a autarquia detenha uma participação diferente da mencionada no n.º 2, ou nos quais a autarquia esteja representada, na medida em que se tenha reservado um direito de controlo. Esta disposição também é válida para organismos que recebam subvenções provenientes de fundos autárquicos ou em relação aos quais a autarquia assuma a responsabilidade.

[...]

6. O Kontrollamt efectua, mediante decisão do conselho municipal ou do comité de controlo, a pedido do Bürgermeister ou de um vereador no quadro das suas atribuições, missões especiais de controlo de gestão e de segurança e comunica o resultado ao órgão que o solicitou.

[...]»

Regras relativas à prestação de serviços mortuários e funerários

- 8 A actividade de empresário de serviços funerários está regulamentada, a nível federal, nos §§ 130 a 134 do Gewerbeordnung 1994 (regulamento austríaco das profissões artesanais, comerciais e industriais, BGBl. 1994/194, na versão publicada no BGBl. I, 1997/63, a seguir «GewO»). Resulta destas disposições que, no direito austríaco, a actividade de empresário de serviços funerários não está reservada a pessoas jurídicas determinadas, como o Estado, os *Länder* ou as autarquias, mas o respectivo exercício está subordinado, em contrapartida, à emissão de uma autorização prévia, que depende da existência de uma necessidade actual ou futura. A este respeito, o § 131, n.º 2, do GewO convida a autoridade responsável pela emissão dessa autorização a comprovar muito particularmente se a autarquia adoptou disposições suficientes com vista às inumações ou incinerações.
- 9 Segundo as indicações fornecidas pelo órgão jurisdicional de reenvio, a condição relativa à existência de uma necessidade só tem, porém, significado com vista à obtenção da autorização de exercício da actividade de empresário de serviços funerários. Se, seguidamente, a necessidade vier a desaparecer, a Administração não pode revogar a autorização anteriormente concedida.

- 10 Embora o GewO não contenha, por outro lado, qualquer outra disposição que limite a uma determinada zona geográfica o exercício da actividade autorizada, o Landeshauptmann (governador do *Land*) tem, contudo, competência, nos termos do § 132, n.º 1, do GewO, para fixar as tarifas máximas dos serviços funerários, quer para a totalidade do *Land* quer por circunscrição administrativa ou por autarquia.
- 11 No *Land* de Viena, o exercício das actividades de serviços mortuários e funerários rege-se, mais precisamente, pela Wiener Leichen- und Bestattungsgesetz (Lei do *Land* de Viena relativa às actividades de serviços mortuários e funerários, LGBl. 1970/31, na versão publicada no LGBl. 1988/25, a seguir «WLBG»). Nos termos do § 10, n.º 1, desta lei:

«Se, decorridos cinco dias sobre a emissão da certidão de óbito, não tiver sido realizado o funeral, o Magistrat [der Stadt Wien] procederá à inumação ou à incineração num cemitério da cidade de Viena. Esta última apenas suportará os respectivos custos se e na medida em que os mesmos não devam ser suportados por terceiros ou cobertos pela herança.»

O litígio no processo principal e as questões prejudiciais

- 12 Conforme resulta do despacho de reenvio, o quadro que regula o exercício das actividades de serviços mortuários e funerários em Viena sofreu importantes alterações no decurso dos últimos anos.

- 13 Até 1999, estas actividades eram exercidas pela Wiener Bestattung (serviços funerários de Viena), um estabelecimento dos Wiener Stadtwerke (serviços municipais de Viena), os quais constituíam uma empresa da cidade de Viena, na acepção do § 71 do WStV. Nesta qualidade, a Wiener Bestattung — tal como os Wiener Stadtwerke — carecia de personalidade jurídica própria e fazia parte do Magistrat der Stadt Wien. No quadro das suas actividades, a Wiener Bestattung organizou, por várias vezes, processos de concurso nos quais a Truley, uma empresa concessionária de serviços funerários, participou, ao que parece, com êxito.
- 14 Em 17 de Dezembro de 1998, o conselho municipal da cidade de Viena decidiu dissociar os Wiener Stadtwerke da Administração municipal e constituir uma nova sociedade dotada de personalidade jurídica própria, a Wiener Stadtwerke Holding AG (a seguir «WSH»), cujas acções pertencem 100% à cidade de Viena. Esta sociedade é composta por seis filiais operacionais, entre as quais figura, designadamente, a Bestattung Wien. Resulta do processo que a Bestattung Wien, cujo capital é na íntegra detido pela WSH, é dotada de personalidade jurídica. A data do início das suas actividades foi fixada, por despacho do Magistrat der Stadt Wien, em 12 de Junho de 1999.
- 15 Pouco após a sua criação, a Bestattung Wien deu início a um processo, que levou à publicação do anúncio de um concurso no *Amtlicher Lieferanzeiger* (boletim oficial de concursos públicos de fornecimento) e no *Amstblatt der Stadt Wien* (jornal oficial da cidade de Viena), para fornecimento de guarnições para urnas. A Truley apresentou uma proposta no âmbito deste concurso, mas, por carta de 6 de Junho de 2000, foi informada de que o contrato não lhe fora atribuído pelo facto de ser demasiado elevado o preço que pedia.
- 16 Considerando, por sua parte, que a proposta que tinha apresentado era a única que correspondia às especificações contidas no anúncio de concurso, a Truley intentou no Vergabekontrollsenat des Landes Wien um procedimento de fiscalização da adjudicação.

17 No âmbito deste procedimento, a Bestattung Wien afirmou que já não estava sujeita ao regime da Directiva 93/36 e da WLVergG, uma vez que era dotada de personalidade jurídica própria e totalmente independente do Magistrat der Stadt Wien, enquanto a Truley afirmou que a referida directiva e a WLVergG eram inteiramente aplicáveis, em função dos laços estreitos que continuavam a unir a referida sociedade à cidade de Viena. Salientou, designadamente, a este respeito, que a totalidade do capital da Bestattung Wien pertencia à WSH, ela própria pertencendo 100% à cidade de Viena.

18 Considerando, nestas condições, que a solução do litígio que lhe foi submetido depende da interpretação do conceito de «entidade adjudicante» que figura no artigo 1.º, alínea b), da Directiva 93/36, designadamente à luz dos acórdãos de 15 de Janeiro de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e o. (C-44/96, Colect., p. I-73), e de 10 de Novembro de 1998, BFI Holding (C-360/96, Colect., p. I-6821), o Vergabekontrollsenat des Landes Wien decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) A noção de ‘necessidades de interesse geral’, que figura no artigo 1.º, alínea b), 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, deve ser entendida

a) no sentido de que se trata da definição que resulta do ordenamento jurídico do Estado-Membro?

b) no sentido de que a subsidiariedade da obrigação imposta por lei a uma autarquia local é suficiente para se considerar que existe uma necessidade de interesse geral?

- 2) Ao determinar o que deve entender-se por 'necessidades sem carácter industrial ou comercial', na acepção da Directiva 93/36/CEE, a) é determinante a existência de uma concorrência desenvolvida, ou b) isso depende dos elementos de facto ou de direito da situação concreta?

- 3) A condição referida na alínea b) do artigo 1.º da Directiva 93/36/CEE, segundo a qual a gestão do organismo de direito público deve estar sujeita a um controlo por parte do Estado ou de uma autarquia local, considera-se igualmente preenchida através da existência de um simples controlo *a posteriori*, como o que deve ser efectuado pelo Kontrollamt da cidade de Viena?»

Quanto à admissibilidade das questões prejudiciais

- 19 Remetendo para os acórdãos de 28 de Novembro de 1991, Durighello (C-186/90, Colect., p. I-5773), e de 16 de Janeiro de 1997, USSL n.º 47 di Biella (C-134/95, Colect., p. I-195), nos quais o Tribunal de Justiça decidiu, designadamente, que não deve ser apreciado um pedido apresentado por um órgão jurisdicional nacional quando é manifesto que a interpretação do direito comunitário requerida pelo referido órgão jurisdicional não tem qualquer relação com a realidade ou o objecto do litígio no processo principal, a Bestattung Wien afirma que a questão de saber se a mesma tem ou não a qualidade de entidade adjudicante não tem qualquer relevância para o processo principal.

- 20 Em seu entender, efectivamente, resulta dos próprios termos do § 99 da WLVergG que o Vergabekontrollsenat des Landes Wien apenas tem competência, após a adjudicação do contrato, para reconhecer que o contrato não foi adjudicado ao proponente que apresentou a melhor proposta, devido a violação de regras da referida lei, e que apenas tem competência para a instrução de um processo de recurso na medida em que a decisão cuja ilegalidade é invocada tenha sido essencial para o desfecho do processo de adjudicação do contrato. Ora, no

processo principal, a proposta da Truley foi classificada em penúltimo lugar no que respeita aos preços solicitados para as guarnições para urnas, pelo que a Truley não tem qualquer interesse legal em obter o que requer, uma vez que, em qualquer caso, não era a melhor proponente na aceção do § 99, n.º 1, da WLVergG e que, conseqüentemente, o contrato nunca lhe poderia ter sido adjudicado.

- 21 A este respeito, basta recordar que resulta de jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, e designadamente do acórdão Durighello, já referido, invocado pela Bestattung Wien, que compete apenas aos órgãos jurisdicionais nacionais a quem o litígio é submetido, e que devem assumir a responsabilidade da decisão judicial a proferir, apreciar, face às particularidades de cada caso, tanto a necessidade de uma decisão prejudicial para estarem em condições de proferir a sua decisão como a pertinência das questões que colocam ao Tribunal (v. acórdão Durighello, já referido, n.º 8). Conseqüentemente, uma vez que as questões submetidas se referem à interpretação do direito comunitário, o Tribunal é, em princípio, obrigado a decidir.
- 22 Por outro lado, o Tribunal de Justiça tem decidido, de modo constante, que a recusa de decisão quanto a uma questão prejudicial submetida por um órgão jurisdicional nacional só é possível quando é manifesto que a interpretação do direito comunitário solicitada não tem qualquer relação com a realidade ou com o objecto do litígio no processo principal, quando o problema é hipotético ou ainda quando o Tribunal não dispõe dos elementos de facto e de direito necessários para responder utilmente às questões que lhe são colocadas (v., designadamente, acórdãos de 13 de Março de 2001, PreussenElektra, C-379/98, Colect., p. I-2099, n.º 39, e de 22 de Janeiro de 2002, Canal Satélite Digital, C-390/99, Colect., p. I-607, n.º 19).
- 23 No presente processo, não se afigura manifesto que as questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio correspondam a qualquer destas situações.

- 24 Por um lado, efectivamente, não se pode afirmar que a interpretação do direito comunitário requerida não tem qualquer relação com a realidade ou com o objecto do litígio no processo principal ou é de natureza hipotética, uma vez que a apreciação da legalidade da decisão de adjudicação do contrato em causa no processo principal depende designadamente da questão de saber se a demandada no processo principal pode ser considerada entidade adjudicante na acepção do artigo 1.º, alínea b), da Directiva 93/36.
- 25 Por outro lado, o órgão jurisdicional de reenvio remeteu devidamente ao Tribunal de Justiça todos os elementos necessários para que este possa dar uma resposta útil às questões colocadas.
- 26 Daqui resulta que é admissível o pedido de decisão prejudicial.

Quanto à primeira questão

- 27 Com a primeira questão, que se divide em duas partes, o órgão jurisdicional de reenvio pretende, no essencial, averiguar qual o alcance do conceito de «necessidades de interesse geral», constante do artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, da Directiva 93/36.

Quanto à primeira parte da primeira questão

- 28 Na primeira parte da primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio procura apurar se o conceito de «necessidades de interesse geral» é definido pelo direito comunitário ou pela ordem jurídica de cada Estado-Membro.

Observações apresentadas ao Tribunal de Justiça

- 29 Para a Truley e para o Governo austríaco, a noção de «necessidades de interesse geral» é uma noção de direito comunitário que deve ser apreciada autonomamente, sem referência à ordem jurídica dos Estados-Membros. Para este efeito, invocam, por um lado, o objectivo das directivas comunitárias relativas à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos, que consiste em abrir à concorrência mercados nacionais até então fechados e em informar os interessados estabelecidos na Comunidade sobre os organismos que devem ser considerados entidades adjudicantes. Por outro lado, remetem para o acórdão BFI Holding, já referido, no qual o Tribunal de Justiça declarou que a noção de «necessidades de interesse geral» deve ser apreciada de modo objectivo, sem ter em conta a forma jurídica das disposições em que estas necessidades estão expressas.
- 30 Nesta óptica, a Truley afirma que seria inaceitável, no plano da segurança jurídica, que a mesma actividade pudesse ou não ser considerada de interesse geral consoante o Estado-Membro no qual é exercida, enquanto o Governo austríaco, por sua parte, salienta que resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça, designadamente, dos acórdãos de 18 de Janeiro de 1984, Ekro (327/82, Recueil, p. 107), e de 27 de Novembro de 1991, Meico-Fell (C-273/90, Colect., p. I-5569), que os termos de direito comunitário devem ser interpretados por referência aos conceitos nacionais apenas nos casos — excepcionais — em que se remete expressa ou implicitamente para definições contidas nos ordenamentos jurídicos nos Estados-Membros, o que não sucede no presente caso.
- 31 Embora partilhem da opinião da Truley e do Governo austríaco, de que a noção de «necessidades de interesse geral» constitui uma noção de direito comunitário,

a Bestattung Wien, bem como o Governo francês e o Órgão de Fiscalização da EFTA consideram, contudo, que a sua aplicação aos casos concretos compete mais aos Estados-Membros, em função das tarefas que estes entendam assumir. A este respeito, remetem, designadamente, para a finalidade das directivas comunitárias relevantes, que é coordenar — mas não unificar — as regras nacionais relativas à adjudicação de contratos públicos, bem como para o anexo I 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 contém a lista dos organismos que preenchem os critérios constantes do artigo 1.º, alínea b), da Directiva 93/36. No entender da Bestattung Wien, esta lista dos organismos considerados entidades adjudicantes pelos Estados-Membros seria totalmente inútil se a noção de interesse geral fosse concebida como uma noção puramente de direito comunitário. Competirá, por isso, a cada Estado-Membro, ao fixar os seus objectivos da política relativa às sociedades, especificar em que consiste em definitivo o interesse geral, havendo que examinar, em cada caso concreto, a situação jurídica e factual do organismo em causa, a fim de apreciar a existência ou não de necessidades de interesse geral.

- 32 Para a Comissão, por último, há que definir a noção de «necessidades de interesse geral», partindo apenas do direito nacional. A este respeito, invoca, por um lado, o acórdão Mannesmann Anlagenbau Austria e o., já referido, no qual o Tribunal de Justiça se baseou nas disposições nacionais relevantes para concluir que a imprensa estatal austríaca foi criada para satisfazer necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial, e, por outro, o acórdão BFI Holding, já referido, no qual o Tribunal de Justiça, baseando-se, designadamente, na lista contida no anexo I da Directiva 93/37, decidiu que a recolha e o tratamento de lixos domésticos fazem parte das actividades que um Estado-Membro pode decidir que devem ser exercidas por autoridades públicas ou em relação às quais pretende manter uma influência determinante.

Resposta do Tribunal de Justiça

- 33 A título liminar, deve salientar-se que a Directiva 93/36 não contém qualquer definição de «necessidades de interesse geral».
- 34 O artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, da referida directiva limita-se a esclarecer que essas necessidades não devem ter carácter industrial ou comercial, ao passo que da leitura global da mesma disposição resulta que a satisfação de necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial é uma condição necessária, mas não suficiente, para que determinado organismo seja qualificado como «organismo de direito público» e, consequentemente, como «entidade adjudicante» na acepção da Directiva 93/36. Efectivamente, para se enquadrar nesta directiva, este organismo deve igualmente ser dotado de personalidade jurídica e depender estreitamente, no seu modo de financiamento, de gestão ou de controlo, do Estado, de autarquias ou de outros organismos de direito público [v., a respeito da natureza cumulativa das condições enunciadas, em termos idênticos, no artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, 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), e no artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, da Directiva 93/37, os acórdãos Mannesmann Anlagenbau Austria e o., já referido, n.ºs 21 e 38, BFI Holding, já referido, n.º 29, de 1 de Fevereiro de 2001, Comissão/França, C-237/99, Colect., p. I-939, n.º 40, e de 10 de Maio de 2001, Agorà e Excelsior, C-223/99 e C-260/99, Colect., p. I-3605, n.º 26].
- 35 Segundo jurisprudência assente, decorre das exigências tanto da aplicação uniforme do direito comunitário como do princípio da igualdade que os termos de uma disposição do direito comunitário que não contenha qualquer remissão expressa para o direito dos Estados-Membros para determinar o seu sentido e o seu alcance devem normalmente encontrar, em toda a Comunidade, uma interpretação autónoma e uniforme, que deve ser procurada tendo em conta o

contexto da disposição e o objectivo prosseguido pela regulamentação em causa (v., designadamente, acórdãos Ekro, já referido, n.º 11, de 19 de Setembro de 2000, Linster, C-287/98, Colect., p. I-6917, n.º 43, e de 9 de Novembro de 2000, Yiadom, C-357/98, Colect., p. I-9265, n.º 26).

- 36 No presente processo, é pacífico que o artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, da Directiva 93/36 não contém qualquer remissão expressa para o direito dos Estados-Membros, pelo que há que dar à redacção acima mencionada uma interpretação autónoma e uniforme em toda a Comunidade.
- 37 Esta conclusão não é prejudicada pelo facto de o artigo 1.º, alínea b), terceiro parágrafo, da Directiva 93/36 conter uma remissão para o anexo I da Directiva 93/37, no qual figura a lista dos organismos e das categorias de organismos de direito público que, em cada Estado-Membro, satisfazem os critérios enumerados no segundo parágrafo da mesma alínea b).
- 38 Efectivamente, há que concluir, por um lado, que o anexo em causa não contém qualquer definição da noção de «necessidades de interesse geral» que consta, designadamente, do artigo 1.º, alínea b), da Directiva 93/36 e do artigo 1.º, alínea b), da Directiva 93/37.
- 39 Por outro lado, embora resulte claramente do teor do artigo 1.º, alínea b), da Directiva 93/36 que a lista constante do anexo I da Directiva 93/37 pretende ser tão completa quanto possível e pode, nesta perspectiva, ser revista segundo o procedimento previsto no artigo 35.º da Directiva 93/37, não é menos verdade que a mesma de modo algum assume carácter exaustivo (v., designadamente, acórdãos, já referidos, BFI Holding, n.º 50, e Agorà e Excelsior, n.º 36), dado que o grau de precisão da lista em causa varia consideravelmente de um Estado-Membro para outro.

- 40 Daqui decorre que a noção de «necessidades de interesse geral», constante do artigo 1.º, alínea b), da Directiva 93/36, pertence ao âmbito do direito comunitário e deve ser interpretada tendo em conta o contexto em que o referido artigo se insere e o objectivo prosseguido pela referida directiva.
- 41 A este respeito, deve recordar-se que o Tribunal de Justiça já por várias vezes decidiu que a coordenação, a nível comunitário, dos processos 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 (v., designadamente, acórdãos de 3 de Outubro de 2000, University of Cambridge, C-380/98, Colect., p. I-8035, n.º 16; Comissão/França, já referido, n.º 41; de 18 de Junho de 2002, HI, C-92/00, Colect., p. I-5553, n.º 43; e de 12 de Dezembro de 2002, Universale Bau e o., C-470/99, Colect., p. I-11617, n.º 51).
- 42 Por outro lado, resulta também de jurisprudência assente que o objectivo das directivas comunitárias relativas à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos é excluir simultaneamente o risco de preferência dos proponentes ou candidatos nacionais em toda e qualquer adjudicação de contratos públicos por entidades adjudicantes e a possibilidade de um organismo financiado ou controlado pelo Estado, pelas autarquias locais ou por outros organismos de direito público se deixar levar por considerações não económicas (v., designadamente, acórdãos, já referidos, University of Cambridge, n.º 17, Comissão/França, n.º 42, e Universale-Bau e o., n.º 52).
- 43 Tendo em conta este duplo objectivo de abertura à concorrência e de transparência, a noção de organismo de direito público deve ser entendida em sentido amplo.

- 44 Daqui resulta que, se determinado organismo não figurar na lista contida no anexo I da Directiva 93/37, há que analisar, em cada caso concreto, a situação jurídica e factual do organismo em causa, a fim de examinar se o mesmo satisfaz ou não uma necessidade de interesse geral.
- 45 Tendo em conta as considerações que antecedem, deve responder-se à primeira parte da primeira questão que a noção de «necessidades de interesse geral», constante do artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, da Directiva 93/36, constitui uma noção autónoma de direito comunitário.

Quanto à segunda parte da primeira questão

- 46 Com a segunda parte da primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende, no essencial, saber se os serviços mortuários e funerários satisfazem uma necessidade de interesse geral. A este respeito, pergunta mais em especial se a circunstância de uma autarquia ter a obrigação legal de tomar a seu cargo o funeral — e, eventualmente, de assumir as respectivas despesas —, na hipótese de o mesmo não ser organizado dentro de um certo período de tempo após a emissão da certidão de óbito, basta, por si só, para que se presuma a existência de uma necessidade de interesse geral desse tipo.

Observações apresentadas ao Tribunal de Justiça

- 47 Embora, na sequência das observações que apresentaram relativamente à primeira parte da primeira questão, a Truley e o Governo austríaco considerem

que uma obrigação como a referida no § 10, n.º 1, da WLBG não tem relevância para a questão de saber se se está ou não perante uma necessidade de interesse geral, na medida em que o critério decisivo de apreciação desta noção depende, em seu entender, do direito comunitário e não do direito nacional, afirmam, em contrapartida, que não há qualquer dúvida de que os serviços mortuários satisfazem efectivamente uma necessidade de interesse geral. A este respeito, baseiam-se, por um lado, no anexo I da Directiva 93/37, o qual, no que respeita à República Federal da Alemanha, contém uma referência expressa a cemitérios e serviços de inumação, e, por outro, no acórdão BFI Holding, já referido, no qual o Tribunal de Justiça declarou, a respeito da recolha e do tratamento de lixos domésticos, que esta actividade faz parte daquelas que o Estado pode decidir que devem ser exercidas por autoridades públicas, ou em relação às quais pretende manter uma influência determinante. No entender da Truley, os serviços mortuários e funerários fazem igualmente parte do «núcleo duro» das prestações de base que o Estado realiza no interesse comum.

- 48 Este ponto de vista é parcialmente contestado pela demandada no processo principal. Embora, tal como a Truley e o Governo austríaco, a Bestattung Wien considere que o § 10, n.º 1, da WLBG é irrelevante para apreciar a eventual existência de uma necessidade de interesse geral, alega, contudo, que esta noção apenas abrange, no caso concreto, as prestações de serviços mortuários no sentido estrito do termo, ou seja, em seu entender, a inumação e a exumação de cadáveres, a incineração e a gestão dos cemitérios e columbários. Serviços como a emissão de certidões de óbito, a publicação de anúncios de necrologia e a impressão de participações, a exposição dos defuntos sobre o catafalco, os serviços que consistem em lavar, vestir e preparar o defunto, em transportar o mesmo para a sua última morada ou o serviço de manutenção dos túmulos — todos estes serviços qualificados pela demandada no processo principal como serviços mortuários «no sentido amplo do termo» — não figuram, porém, entre os serviços relativamente aos quais o Estado pretende manter um direito de supervisão e não se enquadram, conseqüentemente, na noção de «necessidades de interesse geral». A Bestattung Wien realça, designadamente, a este respeito, que a actividade de empresário de serviços funerários não está, na Áustria, sujeita a qualquer supervisão especial, a não ser à faculdade reconhecida aos governadores dos *Länder* de fixar tarifas máximas para determinadas prestações de serviços.

- 49 Por último, para o Governo francês, a Comissão e o Órgão de Fiscalização da EFTA, uma obrigação legal subsidiária como a prevista no § 10, n.º 1, da WLBG constitui efectivamente um indício sério da existência de uma necessidade de interesse geral, na medida em que esta disposição prevê tanto a organização em concreto do funeral pela cidade de Viena como a assunção pela mesma das despesas que o mesmo acarreta, na hipótese de estas não estarem cobertas pela herança.

Resposta do Tribunal de Justiça

- 50 Há que salientar que o Tribunal de Justiça já decidiu que constituem de modo genérico 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. acórdãos, já referidos, BFI Holding, n.ºs 50 e 51, e Agorà e Excelsior, n.º 37).

- 51 Ora, é inegável que os serviços mortuários e funerários podem ser considerados actividades que obedecem efectivamente a uma necessidade de interesse geral.

- 52 Por um lado, efectivamente, estas actividades estão ligadas à ordem pública, na medida em que o Estado tem interesse manifesto em exercer um controlo estrito sobre a emissão de certidões como as de nascimento e de óbito.
- 53 Por outro lado, razões evidentes de higiene e de saúde pública podem justificar que o Estado mantenha uma influência determinante sobre estas actividades e adopte medidas como as previstas no § 10, n.º 1, da WLBG, no caso de o funeral não ter sido organizado dentro de um determinado período de tempo após a emissão da certidão de óbito. A própria existência de uma disposição deste tipo constitui, por isso, efectivamente, um indício de que as actividades em causa são susceptíveis de satisfazer uma necessidade de interesse geral.
- 54 Neste contexto, é de rejeitar, nomeadamente, a interpretação defendida pela demandada no processo principal, segundo a qual, em contraposição aos serviços mortuários «no sentido amplo do termo», como a inserção de anúncios de necrologia, a preparação do defunto ou o seu transporte, apenas a inumação e a incineração dos cadáveres, bem como a gestão dos cemitérios e columbários — qualificadas como prestações de serviços mortuários «no sentido estrito do termo» — se enquadram na noção de necessidades de interesse geral. Com efeito, uma distinção deste tipo é artificial, dado que a totalidade ou a maior parte destes serviços são normalmente executados por uma única empresa ou mesmo por uma autoridade pública.
- 55 Acresce que, como realçou o advogado-geral no n.º 68 das suas conclusões, os serviços mortuários e funerários regem-se por uma lei única no *Land* de Viena, ou seja, a WLBG. Ora, esta lei prevê expressamente, no § 33, n.º 4, que «a realização de cerimónias fúnebres [...], o transporte dos corpos ou das cinzas até aos locais de repouso [...] assim como a abertura e o fecho de túmulos, o enterro dos corpos ou das cinzas e a realização de enterros serão efectuados pelos prestadores de serviços das autoridades públicas ou das empresas por estas mandatadas».

- 56 Em todo o caso, mesmo na hipótese de as prestações de serviços mortuários, «no sentido estrito do termo», constituírem apenas uma parte relativamente pouco significativa das actividades executadas por uma empresa de serviços funerários, esta circunstância é irrelevante, uma vez que a referida empresa continua a ocupar-se de necessidades de interesse geral. Nos termos de jurisprudência assente, com efeito, a qualidade de organismo de direito público não depende da importância relativa da satisfação de necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial na actividade do organismo em causa (v. acórdãos, já referidos, Mannesmann Anlagenbau Austria e o., n.ºs 25, 26 e 31, e BFI Holding, n.ºs 55 e 56).
- 57 Tendo em conta as considerações que antecedem, deve, assim, responder-se à segunda parte da primeira questão que os serviços mortuários e funerários são susceptíveis de satisfazer uma necessidade de interesse geral. A circunstância de uma autarquia ter a obrigação legal de assumir o encargo do funeral — e, eventualmente, de suportar os respectivos custos —, na hipótese de o mesmo não ter sido organizado dentro de um certo período de tempo após a emissão da certidão de óbito, constitui um indício da existência de uma necessidade de interesse geral desse tipo.

Quanto à segunda questão

- 58 Com a segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se os serviços mortuários e funerários satisfazem efectivamente uma necessidade de interesse geral sem carácter industrial ou comercial, na acepção do artigo 1.º, alínea b), da Directiva 93/36. Salientando, a esse respeito, que existem na Áustria mais de 500 empresas que operam na área dos serviços funerários, mas que, segundo afirma a demandante no processo principal, não existe concorrência no mercado local de Viena, o órgão jurisdicional de reenvio pretende, no essencial, saber se a existência de uma concorrência desenvolvida permite, por si só, concluir pela ausência de uma necessidade de interesse geral sem carácter industrial ou comercial ou se, em cada caso concreto, há que tomar em conta a totalidade dos elementos de direito e de facto relevantes.

- 59 A este respeito, basta recordar que o Tribunal de Justiça, tendo-lhe sido submetida uma questão semelhante, decidiu, no n.º 47 do acórdão BFI Holding, já referido, que a falta de concorrência não é uma condição necessária para efeitos da definição de organismo de direito público. Efectivamente, exigir que não existam empresas privadas que possam satisfazer as necessidades para as quais foi criado um organismo financiado ou controlado pelo Estado, pelas autarquias ou por outros organismos de direito público, poderia esvaziar da sua substância o conceito de organismo de direito público referido, designadamente, no artigo 1.º, alínea b), da Directiva 93/36 (v., neste sentido, acórdão BFI Holding, já referido, n.º 44).
- 60 O Tribunal de Justiça, nos n.ºs 48 e 49 do mesmo acórdão, esclareceu, contudo, que a existência de concorrência não é totalmente irrelevante para resolver a questão de saber se uma necessidade de interesse geral tem carácter industrial ou comercial. Efectivamente, a existência de uma concorrência desenvolvida e, em especial, o facto de o organismo em causa agir em situação de concorrência no mercado podem ser um indício em apoio do facto de que não se trata de uma necessidade de interesse geral sem carácter industrial ou comercial.
- 61 Resulta, por isso, dos próprios termos utilizados no acórdão BFI Holding, já referido, que, sem ser destituída de qualquer relevância, a existência de concorrência desenvolvida não permite, por si só, concluir pela ausência de uma necessidade de interesse geral sem carácter industrial ou comercial.
- 62 No caso concreto, é pacífico que a actividade de empresário de serviços funerários não está, na Áustria, reservada a determinadas pessoas jurídicas e que o seu exercício, em princípio, não é objecto de qualquer restrição de natureza territorial.
- 63 Em contrapartida, resulta tanto do despacho de reenvio como das observações apresentadas ao Tribunal de Justiça, por um lado, que o exercício desta

actividade está condicionado à emissão de uma autorização prévia, a qual depende da existência de uma necessidade bem como das disposições adoptadas pelas autarquias em matéria funerária, e, por outro, que o governador do *Land* tem competência para fixar as tarifas máximas dos serviços funerários para a totalidade do *Land*, por circunscrição administrativa ou por autarquia.

64 Além disso, resulta do § 10, n.º 1, da WLBG que a cidade de Viena é obrigada a assumir os custos do funeral, na hipótese de estes não estarem a cargo de terceiros nem estarem cobertos pela herança.

65 Nestas condições, compete ao órgão jurisdicional de reenvio, para delimitar a natureza exacta das necessidades assumidas pela Bestattung Wien, analisar a totalidade dos elementos de direito e de facto que regem a actividade desta sociedade, tal como foram indicados nos n.ºs 62 e 64 do presente acórdão, bem como as condições do desmembramento dos Wiener Stadtwerke e da transferência das actividades da Wiener Bestattung para a Bestattung Wien e os termos do acordo de exclusividade que, segundo a demandante no processo principal, vincula esta última sociedade à cidade de Viena.

66 Tendo em conta as considerações que antecedem, deve responder-se à segunda questão que a existência de concorrência desenvolvida não permite, por si só, concluir pela ausência de uma necessidade de interesse geral sem carácter industrial ou comercial. Compete ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar a existência ou não de uma necessidade desse tipo, 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.

Quanto à terceira questão

- 67 Por último, na terceira questão, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se quanto ao alcance do critério constante do artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, terceiro travessão, da Directiva 93/36, relativo ao controlo da gestão do organismo em causa pelo Estado, pelas autarquias ou por outros organismos de direito público. Mais precisamente, pretende saber se este critério é satisfeito na hipótese de existir um simples controlo *a posteriori* sobre a gestão do organismo em causa.
- 68 A este respeito, basta recordar que resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça (v., designadamente, acórdãos, já referidos, *University of Cambridge*, n.º 20, e *Comissão/França*, n.º 44) que os critérios alternativos constantes do artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, terceiro travessão, das Directivas 92/50, 93/36 e 93/37 reflectem a estreita dependência de um organismo em relação ao Estado, às autarquias locais ou a outros organismos de direito público.
- 69 No que respeita, mais precisamente, ao critério relativo ao controlo da gestão, o Tribunal de Justiça decidiu que o referido controlo deve criar uma dependência do organismo em causa em relação aos poderes públicos, equivalente à que existe quando um dos outros dois critérios alternativos está preenchido, ou seja, um financiamento proveniente maioritariamente dos poderes públicos ou a nomeação por estes da maioria dos membros que compõem o órgão de administração, de direcção ou de fiscalização deste organismo, de modo a permitir aos poderes públicos influenciarem as decisões do referido organismo em matéria de contratos públicos (v. acórdão *Comissão/França*, já referido, n.ºs 48 e 49).
- 70 Tendo em conta esta jurisprudência, não é de considerar que o critério do controlo da gestão esteja satisfeito na hipótese da existência de um simples

controlo *a posteriori*, uma vez que, por definição, um controlo deste tipo não permite aos poderes públicos influenciarem as decisões do organismo em causa em matéria de contratos públicos.

71 Como o advogado-geral salienta nos n.ºs 109 a 114 das suas conclusões, os elementos fornecidos pelo órgão jurisdicional de reenvio sugerem, contudo, que o controlo exercido pela cidade de Viena sobre as actividades da Bestattung Wien ultrapassa largamente, no caso concreto, o quadro de um mero controlo *a posteriori*.

72 Por um lado, efectivamente, nos termos do § 73 da WStV, a Bestattung Wien está directamente sujeita ao controlo da cidade de Viena, devido ao facto de pertencer a uma sociedade — a WSH — cujo capital pertence na íntegra àquela autarquia.

73 Por outro lado, resulta também do despacho de reenvio que o contrato de sociedade da Bestattung Wien prevê expressamente, no ponto 10.3, que o Kontrollamt pode verificar não apenas o balanço anual desta sociedade mas também «a gestão corrente sob os aspectos da exactidão dos números, da regularidade, da procura de economias, da rentabilidade e da racionalidade». O mesmo ponto do contrato de sociedade da Bestattung Wien autoriza, além disso, o Kontrollamt a visitar os locais de exploração e as instalações desta sociedade, bem como a transmitir os resultados destes controlos aos órgãos competentes e aos accionistas da sociedade e à cidade de Viena. Prerrogativas deste tipo permitem, por isso, um controlo activo sobre a gestão da referida sociedade.

- 74 Tendo em conta as considerações que antecedem, é de responder à terceira questão que a existência de um simples controlo *a posteriori* não preenche o critério do controlo da gestão referido no artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, terceiro travessão, da Directiva 93/36. Em contrapartida, corresponde a esse critério a situação em que, por um lado, os poderes públicos controlam não apenas as contas anuais do organismo em causa mas também a sua gestão corrente na perspectiva da exactidão dos números referidos, da regularidade, da procura de economias, da rentabilidade e da racionalidade e, por outro, os mesmos poderes públicos estão autorizados a visitar os locais de exploração e as instalações do referido organismo e a transmitir os resultados desses controlos a uma autarquia que, por intermédio de outra sociedade, detém o capital do organismo em questão.

Quanto às despesas

- 75 As despesas efectuadas pelos Governos austríaco e francês, bem como pela Comissão e pelo Órgão de Fiscalização da EFTA, que apresentaram 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 (Quinta Secção),

pronunciando-se sobre as questões submetidas pelo Vergabekontrollsenat des Landes Wien, por despacho de 14 de Setembro de 2000, declara:

- 1) A noção de «necessidades de interesse geral», constante do artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, 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, constitui uma noção autónoma de direito comunitário.

- 2) Os serviços mortuários e funerários são susceptíveis de satisfazer uma necessidade de interesse geral. A circunstância de uma autarquia ter a obrigação legal de assumir o encargo do funeral — e, eventualmente, de suportar os respectivos custos —, na hipótese de o mesmo não ter sido organizado dentro de um determinado período de tempo após a emissão da certidão de óbito, constitui um indício da existência de uma necessidade de interesse geral desse tipo.

- 3) A existência de concorrência desenvolvida não permite, por si só, concluir pela ausência de uma necessidade de interesse geral sem carácter industrial ou comercial. Compete ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar a existência

ou não de uma necessidade desse tipo, 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.

- 4) A existência de um simples controlo *a posteriori* não preenche o critério do controlo da gestão referido no artigo 1.º, alínea b), segundo parágrafo, terceiro travessão, da Directiva 93/36. Em contrapartida, corresponde a esse critério a situação em que, por um lado, os poderes públicos controlam não apenas as contas anuais do organismo em causa mas também a sua gestão corrente na perspectiva da exactidão dos números referidos, da regularidade, da procura de economias, da rentabilidade e da racionalidade e, por outro, os mesmos poderes públicos estão autorizados a visitar os locais de exploração e as instalações do referido organismo e a transmitir os resultados desses controlos a uma autarquia que, por intermédio de outra sociedade, detém o capital do organismo em questão.

Wathelet

Timmermans

Jann

von Bahr

Rosas

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 27 de Fevereiro de 2003.

O secretário

O presidente da Quinta Secção

R. Grass

M. Wathelet