CAPÍTULO 1

ÂMBITO E ALCANCE DAS NORMAS SOBRE CONTRATAÇÃO PÚBLICA.

Processo C-247/89 (Comissão *versus* Portugal)
Acórdão de 11 de julho de 1991

O comentário a este acórdão consta do capítulo 24 (setores especiais). Esteve em causa a classificação da ANA, operadora pública de aeroportos em Portugal, no setor dos transportes, assim conduzindo à desaplicação das normas da diretiva 77/62/CEE.

Processo C-272/91 (Comissão *versus* Itália)
Acórdão de 26 de abril de 1994

O comentário a este acórdão consta do capítulo 16 (falta de publicação ou conteúdo incorreto de anúncios e desrespeito por outras regras dos procedimentos pré-contratuais). Foi considerada a violação dos então artigos 52 e 59, do Tratado, num caso em que havia sido exigida a participação pública maioritária para se poder concorrer a um determinado benefício. Esteve igualmente em causa a definição do âmbito de aplicação da diretiva 77/62/CEE.

Processo C-331/92 (Gestión Hotelera)
Acórdão de 19 de abril de 1994

Coletânea, 1994, página I-1329
ECLI:EU:C:1994:155

"Um contrato misto que incide simultaneamente sobre a execução de obras e uma cessão de bens não é abrangido pelo âmbito de aplicação da Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, se a execução das obras apresentar natureza meramente acessória em relação à cessão de bens."

COMENTÁRIO :

Este acórdão é relevante por excluir do âmbito de aplicação da diretiva 71/305/CEE um contrato em que se tinha atingido, e em muito ultrapassado, o limiar aplicável aos contratos de obras. No caso concreto, tinham sido desencadeados dois concursos públicos, uma para a futura exploração de um casino, e outro para uma unidade hoteleira, na Comunidade Autónoma das Canárias. Em ambos os casos, os adjudicatários tinham de realizar um conjunto muito significativo de obras de recuperação. Era claro que o valor das obras incluídas nos contratos atingia o limiar comunitário, mas, ainda assim, o Tribunal decidiu pela não aplicação da diretiva 71/305/CEE, desde que a execução de tais obras fosse ***acessória*** *da cessão de bens para efeitos das duas explorações atrás referidas. Porém, não deixou de afirmar que* ***"28. Compete ao órgão jurisdicional nacional decidir a questão de saber se as obras têm natureza acessória relativamente ao objeto principal da adjudicação"****. Mais tarde, o Tribunal parece ter preferido outro raciocínio, outra hierarquia de valores, como se constata da decisão no processo C-399/98 (Teatro alla Scala).*

Processo C-392/93 (British Telecommunications)
Acórdão de 26 de março de 1996

Coletânea, 1996, página I-1631
ECLI:EU:C:1996:131

"1) Um Estado-Membro não pode, ao proceder à transposição da directiva, determinar os serviços de telecomunicações excluídos do âmbito de aplicação da Directiva 90/531/CEE do Conselho, de 17 de Setembro de 1990, relativa aos procedimentos de celebração dos contratos de direito público nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, por força do nº 1, do artigo 8º, prerrogativa essa de que gozam as entidades adjudicantes.

2) A condição instituída no nº 1 do artigo 8º da Directiva 90/531, de que 'outras entidades tenham a possibilidade de oferecer os mesmos serviços na mesma área geográfica em condições substancialmente idênticas', deve ser preenchida tanto no plano jurídico como no dos factos, tomando designadamente em consideração todas as características dos serviços em causa, a existência de serviços de substituição, as condições de preço, a posição dominante no mercado da entidade adjudicante, bem como eventuais condicionalismos legais.

3) O direito comunitário não obriga o Estado-Membro, que, ao transpor a Directiva 90/531 para o direito nacional, tenha ele próprio determinado os serviços de uma entidade adjudicante dela excluídos nos termos do artigo 8º, a indemnizar essa entidade pelos prejuízos por ela eventualmente sofridos em consequência do erro assim cometido."

COMENTÁRIO :

O texto do artigo 8, da diretiva 90/531/CEE era o seguinte : ***"1. A presente diretiva não é aplicável aos contratos que as entidades adjudicantes que exerçam uma das actividades referidas no nº2, alínea d), do artigo 2º celebrem para as suas aquisições exclusivamente destinadas a permitir-lhes garantir um ou mais serviços de telecomunicações, sempre que outras entidades tenham a possibilidade de oferecer os mesmos serviços na mesma área geográfica em condições substancialmente idênticas. 2. As entidades adjudicantes comunicarão à Comissão, a pedido desta, os serviços que considerem excluídos por força do nº 1. A Comissão pode publicar periodicamente no Jornal Oficial das Comunidades***

Europeias, a título de informação, a lista dos serviços que considera excluídos por força no nº 1. Para o efeito, a Comissão deve respeitar o carácter comercial sensível, susceptível de ser alegado pelas entidades adjudicantes aquando da comunicação destas informações". *A atividade que estava em causa era, de acordo com a alínea d), do nº 2, do artigo 2º -* ***"(...) a colocação à disposição ou a exploração de redes públicas de telecomunicações ou a prestação de um ou mais serviços públicos de telecomunicações"****. O litígio no processo principal desenvolveu-se entre a British Telecommunications (BT) plc e o Governo do Reino Unido, pedindo a BT que fosse anulado o anexo ao Utility Supply and Works Contract Regulation 1992, que dava execução ao nº 1, do artigo 8º, da diretiva 90/531/CEE. A matéria distribuía-se por várias questões. A primeira era assim resumida pelo Tribunal de Justiça :* ***"19. Pela primeira questão, a Divisional Court*** (órgão jurisdicional de reenvio, nota nossa) ***pergunta, no essencial, se um Estado-Membro pode, ao transpor a directiva, determinar os serviços de telecomunicações excluídos do âmbito de aplicação da directiva por força do nº1, do artigo 8º, ou se essa determinação incumbe às próprias entidades adjudicantes".*** *O Tribunal declarou que não, nestes termos :* ***"Uma vez que a directiva não previu, a exemplo do disposto nº 4, do artigo 3º, tal obrigação dos Estados-Membros, a decisão de determinar os serviços excluídos nos termos do nº 1 do artigo 8º compete exclusivamente às entidades adjudicantes".*** *Ato que é possível de ser sindicado judicialmente. Depois :* ***"30. Pela segunda questão, a Divisional Court pergunta se a condição estabelecida no nº 1 do artigo 8º, ou seja 'sempre que outras entidades tenham a possibilidade de oferecer os mesmos serviços na mesma área geográfica em condições substancialmente idênticas', terá de ser apenas preenchida em termos jurídicos ou também de facto. Para esta última hipótese, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta quais os elementos a atender para apreciar se a situação do mercado de telecomunicações é efectivamente concorrencial relativamente a determinado serviço".*** *A BT sustentava que seria suficiente que as normas admitissem a concorrência, independentemente de esta se efectivar, na prática. O Tribunal de Justiça decidiu em sentido oposto, isto é, que as condições de facto deveriam permitir a efetividade da concorrência. A terceira questão foi considerada respondida pelo que foi declarado em relação à primeira. E, finalmente :* ***"37. Pela quarta questão, a Divisional Court pretende saber se o direito comunitário obriga o Estado-Membro que tenha ele próprio determinado, quando da transposição da directiva para o direito***

nacional, os serviços de uma entidade adjudicante excluídos nos termos do artigo 8º, a indemnizar essa empresa dos prejuízos sofridos em consequência do erro cometido". *O Tribunal de Justiça, considerando todos os elementos que lhe foram fornecidos, concluiu que não haveria lugar a essa indemnização, mesmo apesar da resposta dada à primeira questão (números 43 a 45, do acórdão). O desenvolvimento do mercado das telecomunicações, e a concorrência efetiva que nele se desenvolveu (veja-se a onda de privatizações e de liberalização entretanto ocorrida), levou, pela diretiva 2004/17/CE a ser tal setor eliminado da previsão normativa, sendo substituído pelo serviços postais.*

Processo C-143/94 (Furlanis)
Acórdão de 26 de outubro de 1995

O comentário a este acórdão consta do capítulo 15 (critério de adjudicação e regime do preço anormalmente baixo). Estava em causa a aplicação no tempo de uma disposição excecional da diretiva 71/305/CEE, tal como alterada pela diretiva 89/440/CEE.

Processo C-44/96 (Mannesmann)
Acórdão de 15 de janeiro de 1998

Os comentários a este acórdão constam dos capítulos 9 (entidade, ou autoridade, adjudicantes), 27 (fundos estruturais) e 28 (meios de recurso), além de uma breve nota no capítulo 8 (contrato). Além de ser a primeira decisão sobre a interpretação do conceito de organismo de direito público, reúne um conjunto de temas – meios de recurso, fundos estruturais, contrato - todos de primeira importância na definição do âmbito e alcance de aplicação das normas sobre contratação pública.

Processo C-76/97 (Toegel)
Acórdão de 24 de setembro de 1998

Coletânea, 1998, página I-5357
ECLI:EU:C:1998:432

"1) (...).

2) Os serviços de transportes de feridos e doentes com acompanhamento de um enfermeiro enquadram-se simultaneamente no Anexo IA, categoria 2, e no Anexo IB, categoria 25, da Directiva 92/50, pelo que o contrato que tem como objeto esses serviços é abrangido pelo artigo 10º da mesma directiva.

3. (...).

4) O direito comunitário não impõe a uma entidade adjudicante de um Estado-membro que intervenha, a pedido de um particular, em relações jurídicas existentes, que foram constituídas por tempo indeterminado ou por vários anos, quando essas relações tenham sido constituídas antes de expirado o prazo para transposição da Directiva 92/50."

COMENTÁRIO :

O artigo 10 da diretiva 92/50/CEE tinha o seguinte texto : ***"Os contratos que tenham simultaneamente por objecto serviços enumerados no anexo I A e serviços enumerados no anexo I B serão celebrados de acordo com o disposto nos títulos III a VI sempre que o valor dos serviços enumerados no anexo I A seja superior ao valor dos serviços enumerados no anexo I B. Caso contrário, serão celebrados de acordo com o disposto nos artigos 14ºa 16ª".*** *A resposta à última das conclusões merece um tempo suplementar de reflexão. Como aponta o acórdão, e resulta do processo, os acordos-quadro em questão foram celebrados em 1984, logo, muito antes do decurso do prazo de transposição da diretiva 92/50/CEE, que foi aprovada em 1992. A situação é mais complexa, porque intervém, para a prestação de serviços, um sistema de reembolso de despesas. O caso é assim descrito, no acórdão :* ***"18. (...) em 1984, a Niederoesterreichische Gebiestkrankenkasse celebrou contratos-quadro com a Cruz Vermelha austríaca, com a União para o Land da Baixa Áustria e com a Federação Austríaca dos Samaritanos Operários para a realização de transportes de doentes nos três referidos sectores de transporte. As tabelas desses contratos-quadro são revistas todos os anos. Por aplicação desses contratos, quem realiza os transportes de doentes está não só obrigado a realizar o transporte terrestre, ou seja, o transporte com***

acompanhamento médico, o transporte de feridos e doentes e o simples transporte em ambulância, mas de deve igualmente coordenar e utilizar a possibilidade de transportes duplos ou múltiplos. 19. Em 1 de Dezembro de 1992, a Bezirkshauptmannschaft Wien Umbebung (autoridade administrativa de primeira instância para a zona de Viena) autorizou W.Toegel a exercer a actividade de primeira instância para a zona de Viena) autorizou W.Toegel a exercer a actividade de aluguer de veículos, limitada ao transporte de feridos e doentes. Como a Niederoesterreichische Gebitskrankenkasse rejeitou por várias vezes o seu pedido para que fosse celebrado um contrato de facturação directa das despesas desse tipo de transporte pelo facto de as necessidades estarem suficientemente cobertas pelos dois contratos existentes, W.Toegel recorreu, em 22 de Agosto de 1996, para o Bundesvergabeamt para que este declarasse que o contrato em questão dizia respeito a um serviço abrangido pelo Anexo IA da Diretiva 92/50 e que, por conseguinte, havia que seguir um procedimento aberto de adjudicação de contrato". *A posição do Tribunal de Justiça foi no sentido de não haver fundamento para, no momento da decisão, intervir nas relações jurídicas estabelecidas, em geral, em 1984. Para uma perspetiva algo diferente, por parte do Tribunal, em relação à relevância dos factos passados, ver processo C-337/98 (Comissão versus França) sobre a turbulenta adjudicação do contrato chave-na-mão do metro de Rennes. O comentário à primeira conclusão consta do capítulo 28 (meios de recurso). O comentário à terceira conclusão está no capítulo 4 (efeito direto reconhecido a normas de diretivas sobre contratação pública).*

Processo C-258/97 (HI I)
Acórdão de 4 de março de 1999

Coletânea, 1999, página I-1405
ECLI:EU:C:1999:118

"1) (...).
2) (...).
3) Prestações de serviços como as que foram objecto do concurso público da demandada, e que respeitam a trabalhos relativos à elaboração e à execução de projectos para a construção de uma clínica pediátrica num hospital e das instalações médicas correspondentes, são abrangidas pelo anexo IA, categoria 12, da Directiva 92/50"
4) (...)."

COMENTÁRIO :

A classificação num dos dois anexos à diretiva 92/50/CEE tem relevantes consequências na disciplina exigível às entidades adjudicantes. No caso concreto, esta pronúncia é duplamente importante, porque à data da interposição do recurso, não tinha ainda havido, no Land da Caríntia, a transposição da referida diretiva, o que só ocorreu a partir de 1 de julho de 1997. Para o comentário às duas primeiras conclusões, ver capítulo 28 (meios de recurso). Para o comentário à quarta conclusão ver o capítulo 4 (efeito direto reconhecido a normas de diretivas sobre contratação pública).

Processo C-275/98 (Unitron Scandinavia)
Acórdão de 18 de novembro de 1999

Coletânea, 1999, página I-8291
ECLI:EU:C:1999:567

"1) O artigo 2º, nº 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 2º, nº 2, da Directiva 93/36 deve ser interpretada 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."

COMENTÁRIO :

O nº 2, do artigo 2º, da diretiva 93/36/CEE, dispunha o seguinte **: "2. *Quando uma entidade adjudicante, na acepção da alínea b) do artigo 1º, 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 da não discriminação por razões de nacionalidade".*** *No caso sujeito ao Tribunal de Justiça, estava em causa um conjunto de questões suscitadas num litígio emergente de um processo de adjudicação de um contrato público de fornecimento de marcas auriculares para suínos. Tudo ocorreu na Dinamarca, e o litígio opôs duas fabricantes de marcas auriculares, a Unitron e a 3-S, ao Ministério da*

Alimentação, Agricultura e Pescas e aos Danske Slagerier-DS, matadouros dinamarqueses. O tema residiu no facto de os matadouros, que eram entidades privadas, mas que dispunham de um direito, concedido pelo Estado, de gerir o sistema e o fornecimento de marcas auriculares, cujo número era deliberadamente limitado. Para proceder à escolha das entidades que poderiam fornecer tais marcas, os DS organizaram um processo de consulta no final de 1996. E em abril de 1997 celebraram, com outras empresas os respetivos contratos de fornecimento. O Tribunal concluiu facilmente sobre o âmbito e alcance do nº 2, do artigo 2º, da diretiva 93/36/CEE (aliás, sobre a relação entre o âmbito de aplicação deste documento e o da diretiva 92/50/CEE). E confirmou o entendimento do órgão de reenvio de que os DS não eram uma entidade adjudicante, razão pela qual os procedimentos de compra previstos para as entidades adjudicantes se não aplicavam. Porém, era obrigação da entidade adjudicante que conferisse "direito especiais ou exclusivos de exercício de uma actividade de direito público" exigir da segunda entidade que respeitasse o princípio da discriminação em função da nacionalidade. Nada mais, por correspondência com o teor do reenvio prejudicial. É, de algum modo, percursor da jurisprudência dada nos processos C-410/14 (Dr Falk Pharma) e C-9/17 (Maria Tirkonnen), se bem que nesses outros casos. Não havia número limite de selecionados.

Processo C-324/98 (Telaustria e Telefonadress)
Acórdão de 7 de dezembro de 2000

O comentário à primeira conclusão consta do capítulo 24 (setores especiais) e às restantes do capítulo 5 (princípios gerais). Há igualmente uma referência à definição do conceito de concessão, colocada no capítulo 11 (concessões). Trata-se de uma decisão muito importante, sobre todas essas matérias. Discutia-se o âmbito de aplicação da diretiva 93/38/CEE.

Processo C-399/98 (Teatro alla Scala)
Acórdão de 12 de julho de 2001

Coletânea, 2001, página I-5409
ECLI:EU:C:2001:401

"A Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, opõe-se a uma legislação nacional em matéria de urbanismo quando esta permita, à margem dos processos previstos por esta directiva, a realização directa pelo titular da licença de construção ou do projecto de loteamento aprovado de uma obra de equipamento, contra dedução total ou parcial da contribuição devida a título de concessão da licença, e cujo valor seja igual ou superior ao limiar fixado pela referida directiva."

COMENTÁRIO :

Segundo a lei italiana, não só a atividade de construção está sujeita a licenciamento administrativo, como é devido o pagamento de taxas pela emissão da licença correspondente. Assim o dispunha, à época deste processo, a lei nº 10, de 28 de janeiro de 1977. A contribuição para as despesas de equipamento é paga à comuna no momento da entrega da licença. Todavia, para efeitos do artigo 11º, nº 1, da Lei nº 10/77 – ***"contra o desconto total ou parcial da contribuição devida, o concessionário pode obrigar-se a realizar directamente as obras de equipamento, segundo as modalidades e com as garantas estabelecidas pela comuna".*** *O processo desencadeou-se por duas ações, uma da Ordem dos Arquitetos de Milão e Lodi, do Conselho Nacional dos Arquitetos, e outra de dois arquitetos individualmente, contra a Comuna de Milão. Reagiram contra uma operação urbanística de grandes dimensões, em Milão, que implicava o restauro e o arranjo do edifício histórico do Teatro alla Scala, o arranjo dos edifícios municipais do complexo imobiliário Ansaldo e a construção de um novo teatro, na zona da Bicocca. O Tribunal* ***"55. (...) nas situações em que estão em causa a execução ou a concepção e a execuação de obras ou a realização de uma obra destinada a uma entidade adjudicante, no sentido da directiva, a apreciação destas situações à luz dos outros elementos mencionados no artigo 1º, alínea a), da directiva deve fazer-se de maneira a assegurar que o efeito útil da directiva não seja posto em causa, especialmente quando estas situações apresentem particularidades que resultam das disposições do direito nacional***

que lhe são aplicáveis". *O Tribunal confirmou a presença de todos os elementos da definição comunitária de empreitada de obra pública, desde uma entidade adjudicante, a uma obra, a um contrato, e ao caráter oneroso do mesmo. Desmontou, ainda, o modo como o empreiteiro que iria executar as obras agiria no contexto do contrato complexo em que a comuna de Milão se vinculou. Se bem que não custe aceitar o raciocínio do Tribunal de Justiça, dado que se tratavam efetivamente de obras públicas para efeitos da legislação comunitária, - quer pelo critério da atividade, que pelo do valor, que atingia os limiares comunitários, - já é mais difícil compatibilizar esta decisão com a dada no processo C-331/92 (Gestión Hotelera). Se, por exemplo, este empreendimento tivesse sido encapsulado num modelo ainda mais complexo, que visasse, em último momento, a exploração do Teatro (mesmo que subcontratada a outra entidade), será que se aplicaria esta jurisprudência, ou a do caso Gestión Hotelera ? Que pouco têm em comum, diga-se. Ver, também, o comentário ao acórdão dado no processo C-412/04 (Comissão versus Itália), que consta do capítulo 7 (incumprimento de obrigações de transposição).*

Processo C-358/00 (Buchhaendler)
Despacho de 30 de maio de 2002

O comentário a esta decisão consta do capítulo 11 (concessões). Fundamentalmente, confirma que a legislação comunitária à época não abrangia os procedimentos de adjudicação de concessões de serviços.

Processo C-411/00 (Félix Swoboda)
Acórdão de 14 de novembro de 2002

Coletânea, 2002, página I-10567
ECLI:EU:C:2002:660

"1) A determinação do regime aplicável aos contratos públicos de serviços compostos, essencialmente, por serviços enumerados no anexo IA 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 e, parcialmente, por serviços enumerados no mesmo anexo IB da referida directiva não depende do objecto principal desses contratos e efectua-se em conformidade com o critério unívoco estabelecido pelo artigo 10º desta directiva.

2) No âmbito da adjudicação de um contrato com um objetivo único mas composto por serviços múltiplos, a classificação destes serviços nos anexos IA e IB da Directiva 92/50, longe de privar esta do efeito útil, está em conformidade com o sistema previsto pela referida directiva. Quando, após a classificação assim efectuada por referência à nomenclatura comum dos produtos das Nações Unidas, o valor dos serviços enumerados neste anexo IB ultrapasse o dos serviços enumerados no anexo IA, não existe, na esfera jurídica da entidade adjudicante, a obrigação de separar do contrato em causa os serviços visados no referido anexo IB e de celebrar, quanto a estes, contratos separados.

3) Compete ao órgão jurisdicional de reenvio determinar o regime aplicável ao contrato que constitui o objecto do processo principal com base no artigo 10º da Directiva 92/50, verificando, nomeadamente, a correspondência entre os serviços que compõem este contrato e os números de referência da nomenclatura de classificação comum dos produtos das Nações Unidas. Em qualquer caso, a categoria 20 do anexo IB da referida directiva não pode ser interpretada no sentido de incluir também os serviços de transportes terrestres como tais, estando estes referidos explicitamente na categoria 2 do anexo IA desta directiva."

COMENTÁRIO :

O artigo 10, da diretiva 92/50/CEE tinha o seguinte texto : ***"Os contratos que tenham simultaneamente por objecto serviços enumerados no anexo IA e serviços enumerados no anexo IB serão celebrados de acordo com o disposto nos títulos III a VI sempre que o valor dos serviços enumerados no anexo IA seja superior ao valor dos***

serviços enumerados no anexo IB. Caso contrário, serão celebrados de acordo com o disposto nos artigos 14º a 16º". *O litígio de onde emergiu o reenvio prejudicial estabeleceu-se entre a empresa Felix Swoboda GmbH e o Banco Nacional da República da Áustria, a propósito da decisão deste último de recorrer a um procedimento por negociação para designar o prestador de serviços encarregue de efetuar a mudança para novas instalações sitas a cerca de 200 metros da localização inicial. Depois de ter recorrido a um procedimento de adjudicação limitado, a entidade adjudicante aplicou um processo por negociação, e publicou, em abril de 1997, o aviso contendo a decisão final. A questão apresentada pelo órgão jurisdicional de reenvio incidia sobre o procedimento correto para adjudicação do contrato, tendo em conta os serviços que tinha por objeto. Entre o critério do valor dos serviços, segundo a remissão de regime para o anexo IA, ou para o anexo I B, à diretiva 92/50/CEE, o Tribunal de Justiça declarou :* ***"49. Resulta destas disposições*** (essencialmente, as constantes do artigo 10, da diretiva 92/50/CEE, nota nossa) ***que, no âmbito da Directiva 92/50, não pode ser aceite a tese de que o objeto principal do contrato determina o regime aplicável a este".*** *E mais :* ***"51. (...) no nº 37 do acórdão Toegel, já referido, o Tribunal de Justiça decidiu que a referência nos anexos I A e I b da Directiva 92/50 é à nomenclatura tem carácter vinculativo".*** *O órgão jurisdicional de reenvio perguntava também se não havia a obrigação de adjudicar os serviços em separado, quando se estava perante um contrato comum objetivo único, mas composto de serviços múltiplos. A resposta foi :* ***"56. (...) há que interpretar a Directiva 92/50 no sentido de que não exige, de modo algum, a adjudicação separada de um contratos para os serviços referidos no seu anexo I B quando, em aplicação da classificação efectuada por referência à nomenclatura CCP, o valor dos referidos serviços ultrapasse, para o contrato em causa, o dos serviços referidos no seu anexo I A. Como o advogado-geral salientou nas suas conclusões, impor, nesta hipótese, essa separação consistiria efectivamente em privar de toda e qualquer utilidade o artigo 10º da Directiva 92/50. Nos termos do artigo 10º, segundo período, da referida directiva, este contrato está apenas sujeito aos artigos 14º e 16º deste".*** *Só assim não seria se a entidade adjudicante agrupasse artificialmente os serviços, para desaplicar as normas que mandariam que se aplicasse o regime do anexo I A (números 57 a 59, do acórdão).*

Processo C-264/03 (Comissão *versus* França)
Acórdão de 20 de outubro de 2005

O comentário a este acórdão consta do capítulo 7 (incumprimento de obrigações de transposição). Esteve em causa a lei nº 85-704, de 12 de julho de 1985, que regula, para certos programas públicos, a figura de um especial mandatário do dono de obra, cuja intervenção o Tribunal de Justiça considerou como resultado da execução de um simples contrato público de serviços.

Processos C-462/03 (Strabag) e C-463/03 (Kostmann) apensos

Acórdão de 16 de junho de 2005

O comentário a este acórdão consta do capítulo 24 (setores especiais). Discutiu-se neste processo, de modo algo insatisfatório, o âmbito de aplicação da diretiva 93/38/CEE no que dizia respeito ao transporte ferroviário.

Processo C-532/03 (Comissão *versus* Irlanda)
Acórdão de 18 de dezembro de 2007

Coletânea, 2007, página I-11353
ECLI:EU:C:2007:801

"1) A acção é julgada improcedente.
2) A Comissão das Comunidades Europeias é condenada nas despesas."

COMENTÁRIO :

Trata-se de um caso muito interessante, que em nada é desvalorizado por ter sido a ação declarada improcedente. A Comissão levou a Irlanda perante o Tribunal de Justiça nos seguintes termos, reproduzindo exatamente o que consta do número 1, do acórdão : ***"1. Na sua petição a Comissão das Comunidades Europeias pede ao Tribunal de Justiça que declare que, ao permitir que o Dublin City Council (a seguir 'DCC'), que sucedeu à Dublin Corporation Fire Brigade, preste serviços de transporte de urgência em ambulância, se que a Eastern Regional Health Authority (a seguir 'Autoridade'), anteriormente denominada Eastern Health Board, tenha assegurado publicidade prévia, a Irlanda não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 43º CE e 49º CE e dos princípios gerais do direito comunitário".*** *Logo, a Comissão não baseia a invocação de infração nas normas da diretiva 92/50/CEE, sobre a adjudicação de contratos públicos de serviços. Não estava em causa sequer um modelo de contratação interna, mas a prestação de serviços por parte de um ente público local, através do corpo de bombeiros que a integra, a um outro ente público, do campo da saúde. Em que as contrapartidas financeiras envolvida o seriam a título de contribuição, e não de pagamento direto dos serviços. O Tribunal decidiu :* ***"33. (...) saliente-se que resulta dos autos que a legislação nacional habilita tanto a Autoridade como o DCC a efectuar serviços de transporte de urgência em ambulância. Nos termos da Section 25 do Fire Services Act 1981, uma autoridade de protecção contra os incêndios pode efectuar ou participar numa operação de urgência, haja ou não risco de incêndio, e pode, por consequência, tomar as medidas que julgar úteis ao exercício dessa função, para o salvamento ou a salvaguarda das pessoas e a protecção da propriedade. Assim, em conformidade com o disposto na Section 9 dessa mesma lei, uma autoridade local como o DCC é a autoridade responsável pelo serviço de protecção contra os incêndios. 34. Desde 1889 e até 1960, o DCC assegurou serviços de transporte de urgência***

em ambulância, na qualidade de autoridade de saúde. Em seguida, agiu como autoridade local e, ao abrigo da Section 25 do Fire Services Act 1981, prestou os ditos serviços através do seu serviço permanente de protecção contra incêndios. 35. Por conseguinte, não se pode excluir que o DCC preste tais serviços ao público no exercício das suas próprias competências, directamente resultantes da lei, e utilizando os seus fundos próprios, embora, para esse efeito, receba uma contribuição paga pela Autoridade, que cobre uma parte das despesas correspondentes ao custo desses serviços."

Processo C-412/04 (Comissão *versus* Itália)
Acórdão de 21 de fevereiro de 2008

O comentário a este acórdão consta do capítulo 7 (incumprimento de obrigações de transposição). Tendo em conta a apreciação muito larga sobre o espetro legislativo italiano, tem interesse para a definição do âmbito de aplicação das várias diretivas sobre contratação pública.

Processo C-337/06 (Bayerischer Rundfunk)
Acórdão de 13 de dezembro de 2007

Coletânea, 2007, página I-11173
ECLI:EU:C:2007:786

"1) (...).
2) (...).
3) O artigo 1º, 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."

COMENTÁRIO :

O texto o ponto iv), da alínea a), do artigo 1º, da diretiva 92/50/CEE era o seguinte : ***""Para efeitos do disposto na presente directiva : a) Os contratos públicos de serviços são contratos a título oneroso celebrados por escrito entre um prestador de serviços e uma entidade adjudicante, com excepção de : (...) iv) contratos de aquisição, desenvolvimento, produção ou co-produção de programas por parte de organismos de radiodifusão e contratos relativos ao tempo de antena".*** *O Tribunal respondeu :* ***"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 nº 39 do presente acórdão, a saber, a livre circulação de serviços e à abertura à concorrência o mais ampla possível, a mesma deve ser interpretada estritamente. Consequentemente, só estão excluídos do âmbito de aplicação da Directiva 92/50 os contratos públicos que têm por objecto os serviços referidos no artigo 1º, 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".*** *A questão foi suscitada a propósito da sujeição às regras das diretivas da adjudicação de um contrato de serviços de limpeza, pretendendo-se esclarecimento sobre se a apontada exceção seira aplicável, o que o Tribunal negou, de modo bem explícito. Os comentários às duas primeiras conclusões constam do capítulo 9 (entidade, ou autoridade, adjudicantes).*

Processo C-393/06 (Ing. Aigner)
Acórdão de 10 de abril de 2008

Coletânea, 2008, página I-2339
ECLI:EU:C:2008:213

"1) Uma entidade adjudicante, na acepção da Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, deve aplicar o procedimento estabelecido nessa directiva apenas à adjudicação de contratos no contexto de actividades que essa entidade exerça num ou mais sectores previstos nos artigos 3º a 7º da referida directiva.

2) Uma entidade como a Fernwaerme Wien Gmbh deve ser considerada um organismos de direito público, na acepção dos artigos 2º, nº 1, alínea a), segundo parágrafo, da Direcitva 2004/17 e 1º, nº 9, segundo parágrafo, 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 contrato públicos de serviços.

3) Os contratos celebrados por uma entidade que tem a qualidade de organismo de direito público, na acepção das Directivas 2004/17 e 2004/18, no contexto do exercício de actividades dessa entidade num ou mais sectores referidos nos artigos 3º a 7º da Directiva 2004/17, devem estar sujeitos aos procedimentos previstos nesta directiva. Ao invés, todos os outros contratos celebrados por essa entidade no contexto do exercício de outras actividades estão sujeitos aos procedimentos previstos na Directiva 2004/18. Cada uma dessas directivas aplica-se, sem distinção entre as actividades que a referida entidade exerce para desempenhar a sua missão de satisfazer necessidades de interesse geral e as actividades que exerce em condições de concorrência, mesmo que haja uma contabilidade que tem em vista separar os sectores de actividade, a fim de evitar os financiamentos cruzados entre esses sectores.

COMENTÁRIO :

No processo principal a empresa Ing. Aigner opunha-se à Fernwaerme Wien, a propósito da regularidade de um concurso público lançado por esta última. A Fernwaerme foi constituída em 22 de janeiro de 1969, com o objeto de fornecer, na área do município de Viena, combustível para

aquecimento de residências, organismos públicos, escritórios e empresas. Utiliza energia obtida de resíduos. A Fernwaerme é detida a 100% pelo município de Viena, e, bem assim, controlada e dominada pela autarquia e seus serviços. Além de prosseguir a atividade de aquecimento urbano, esta empresa pública presta serviços, em regime de concorrência, de planeamento geral de instalações de frio para projetos imobiliários de envergadura. A 1 de março de 2006, a Fernwaerme Wien desencadeou um concurso para a colocação de instalações de frio num futuro complexo de escritórios, especificando que a legislação austríaca em matéria de contratos públicos não seria aplicável. A Ing. Aigner apresentou uma proposta, tendo sido informada, pouco tempo depois, que ela não seria considerada, devido à existência de referências negativas. A Ing Aigner impugnou judicialmente essa decisão. As questões prejudiciais consideradas incidiam muito sobre o estatuto da entidade adjudicante, e sobre o regime jurídico da prestação de serviços em matéria de frio, e não de aquecimento urbano, que eram exercidas em concorrência num mercado relevante. A par da incidência das regras das diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE. A este propósito, o Tribunal afirmou : ***"27. (...) importa assinalar, antes de mais, que o alcance geral da Directiva 2004/18 e o alcance restrito da Directiva 2004/17 exigem que as disposições desta última sejam interpretadas restritivamente. (...) 29. O âmbito de aplicação da Directiva 2004/17, é assim circunscrito, o que não permite que os procedimentos nela instituídos ultrapassem o seu âmbito de aplicação".*** *Depois de referir (algo criticamente) a "teoria do contágio", para a afastar (explicando o contexto da decisão aí baseada no processo C-44/96, Mannesmann), preferindo o que fora disposto nos processos apensos C-462/03 e C-463/03 (Strabag e Kostmann) o Tribunal, em conclusões (primeira e terceira) muito nítidas, decidiu sobre a matéria.* ***Num acórdão que pode bem servir de orientação a numerosos casos semelhantes****. Em Portugal, a Infraestruturas de Portugal, S.A. (criada pelo decreto-lei nº 91/2015, de 29 de maio), é um deles, em que a mesma entidade exerce atividade contida num setor especial (a ferrovia, anteriormente a cargo da REFER, E.P.E.), e outra (a rodovia) que segue o regime geral. O comentário à segunda conclusão (que aqui também é reproduzida para facilitar a compreensão do contexto da decisão) consta do capítulo 9 (entidade, ou autoridade, adjudicantes).*

Processo C-454/06 (Pressetext Nachrichtenagentur)
Acórdão de 19 de junho de 2008

Nesta decisão, o Tribunal de Justiça decidiu sobre o conceito de "adjudicação", num caso de contornos muito especiais, ocorrido na Áustria. Tudo para saber se algumas alterações a um contrato existente conduziriam ao reconhecimento da constituição de uma nova relação jurídica, a carecer de ser suportada por um novo procedimento pré-contratual. O comentário consta do capítulo 14 (adjudicação e não adjudicação).

Processo C-300/07 (Hans & Christophorus)
Acórdão de 11 de junho de 2009

Coletânea, 2009, página I-4779
ECLI:EU:2009:358

"1) (...).

2) Quando um contrato público misto tem por objecto simultaneamente produtos e serviços, o critério a aplicar a fim de determinar se o contrato em causa deve ser considerado um contrato de fornecimento ou um contrato de serviços é o valor respectivo dos produtos e dos serviços incorporados nesse contrato. Em caso de colocação à disposição de mercadorias que são fabricadas e adaptadas individualmente em função das necessidades de cada cliente, e sobre cuja utilização cada cliente deve ser individualmente aconselhado, a confecção das referidas mercadorias deve ser incluída na parte 'fornecimento' do referido contrato, para efeitos do cálculo do valor de cada uma das suas componentes.

3) Na hipótese de a prestação de serviços se revelar, no contrato em questão, preponderante relativamente ao fornecimento de produtos, um acordo, como o em causa no processo principal, celebrado entre uma caixa pública de seguro de doença e um operador económico, no qual são definidas as remunerações das diferentes formas de tomada a cargo que devem ser asseguradas por este operador assim como a duração da aplicação do acordo, assumindo o referido operador a obrigação de satisfazer os pedidos dos beneficiários e sendo a referida caixa, por seu turno, a única devedora da remuneração das intervenções desse mesmo operador, deve ser considerado um 'acordo-quadro' na acepção do artigo 1º, nº 5, da Directiva 2004/18."

<u>COMENTÁRIO</u>

Quanto à regra geral da qualificação de um contrato público misto como de fornecimento ou de serviços, para saber qual regime deverá seguir, consta do segundo parágrafo, da alínea d), do nº 2, do artigo 1º, da diretiva 2004/18/CE, com o seguinte texto : ***"Um contrato público que tenha por objecto, simultaneamente, produtos e serviços na acepção do anexo II, éconsiderado um 'contrato público de serviços' sempre que o valor dos serviços em questão exceda o dos produtos abrangidos pelo contrato".*** *Quando parte das prestações são relativas à execução de obras o critério é outro, o do objeto principal. Quanto a serviços adicionais*

típicos de um fornecimento, são contados neste segmento, em coerência com o que a legislação europeia afirma, desde a diretiva 77/62/CEE. Sobre a caraterização do contrato em questão no processo principal como acordo-quadro, a resposta é dada nos seguintes termos : ***"73. No caso em apreço, o contrato em causa no processo principal é um contrato dito de 'assistência integrada' (...), celebrado entre uma caixa pública de seguro de doença e um operador económico. Nos termos deste contrato, o operador económico assume a obrigação de servir os beneficiários que a ele se dirijam. Concomitantemente, os preços para as diferentes fórmulas de prestações estão definidos no referido contrato, bem como a sua duração. As quantidades a respeito das diferentes prestações não estão fixadas, mas esta previsão não é exigida pelo conceito de concessão de serviços. A caixa pública de seguro de doença é a única devedora da remuneração do prestador. Verifica-se, pois, que as condições do exercício da actividade do operador económico estão definidas no contrato em causa no processo principal, de modo que o referido operador não dispõe de um grau de liberdade económica que caracteriza uma situação de concessão de serviços nem está exposto a um risco considerável relacionado com a exploração das sus prestações".*** *Afastando, assim, a figura da concessão, mas também o contrato misto clássico, o Tribunal de Justiça afirma que a figura adequada de enquadramento é o acordo-quadro, que deveria ter sido aplicado por entidades que são organismos de direito público, ou seja, entidades adjudicantes. O comentário à primeira conclusão consta do capítulo 9 (entidade, ou autoridade, adjudicantes), na qual é feita uma descrição do litígio no processo principal, indispensável para a compreensão da resposta dada quanto ao acordo-quadro.*

Processo C-536/07 (Comissão *versus* Alemanha)
Acórdão de 29 de outubro de 2009

Coletânea, 2009, página I-10355
ECLI:EU:C:2009:664

"1) Tendo a cidade de Colónia celebrado com a Grundstuecksgesellschaft Koeln Messe 15 bis 18 GbR, actualmente Grundstuecksgesellschaft Koeln Messe 8-11 GbR, o contrato de 6 de Agosto de 2004, sem realizar um concurso para a respectiva adjudicação, exigido pelas disposições dos artigos 7º, nº 4, e 11º 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, a República Federal da Alemanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem, por força das referidas disposições.

2) A República Federal da Alemanha é condenada nas despesas."

<u>COMENTÁRIO :</u>

A KoelnMesse é uma sociedade de direito privado de direito privado de que a cidade de Colónia detém 79,02 % e o Land da Renânia do Norte-Vestfália 20%, estando os restantes 0,98% distribuídos por diversas câmaras e associações. O seu objeto social é a organização de feiras e exposições para a promoção da indústria, do comércio e do artesanato. Em 18 de dezembro de 2003, a KoelnMesse vendeu à GKM-GbR, sociedade de investimento privada, um terreno para a construção de quatro pavilhões de exposição, pelo montante de € 67,400.000. No contrato de compra e venda deste terreno, foi integrado um plano de urbanização. Em 6 de agosto de 2004, foi celebrado um contrato entre a cidade de Colónia e a GKM-GbR, denominado "contrato de locação de um terreno com quatro pavilhões de exposição", através do qual a segunda deu de usufruto à primeira, pelo prazo de trinta anos, o referido terreno, bem como os edifícios que seriam construídos nele, mediante o pagamento de uma renda mensal. Depois, a cidade de Colónia celebrou com a KoelnMesse um contrato de sublocação. E a cidade de Colónia deu à KoelnMesse todos os poderes de relação com a GKM-GbR. Os pavilhões foram entregues à cidade de Colónia em 1 de dezembro de 2005. O Tribunal de Justiça valorizou o contrato de 6 de agosto de 2004, sem intervenção ou menção à KoelnMesse – ***"46 (...) A KoelnMesse não aparece nem intervém de maneira nenhuma nas relações contratuais entre a GKM-GbR e a cidade de Colónia" ; "51 (...) uma interpretação funcional da operação em causa (...), não põe em causa a constatação de que, com base no contrato principal, a cidade de Colónia é o único co-contratante da GKM-GbR,***

considerada e aceite enquanto tal por esta última, nem pode levar a substituir a cidade pela KoelnMesse na execução das respectivas obrigações contratuais. 52. Assim, há que concluir que, no âmbtoda operação em causa, o único co-contratante da GKM-GbR é a cidade de Colónia (...)". *Depois, o Tribunal considerou que, no contexto da relação contratual principal, se tratava de uma empreitada, independentemente de quem seria o verdadeiro beneficiário do terreno, e da utilização dos pavilhões a serem edificados. E também independentemente dos valores que deveriam ser pagos pela KoelnMesse (€ 600.000.000) se comparados com os custos de execução de tais edifícios (€ 235.000.000). Porque reconheceu unicamente a Cidade de Colónia como entidade adjudicante.*

Processo C-138/08 (Hochtief I)
Acórdão de 15 de outubro de 2009

Coletânea, 2009, página I-9889
ECLI:EU:C:2009:627

"1) A 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, não é aplicável a uma decisão tomada por uma entidade adjudicante, quando da adjudicação de um contrato de empreitada de obras públicas, antes do termo do prazo para transposição desta directiva.

2) (...).

3) (...)."

<u>COMENTÁRIO :</u>

O litígio no processo principal opunha as empresas Hochtief e Linde-Kea-Dresden, em consórcio, à Comissão Arbitral do Conselho dos Contratos Públicos (KTKD) da Hungria, em recurso contencioso de decisão desta, a propósito de um processo por negociação com publicação de anúncio, para adjudicação de uma empreitada, cujo valor estimado ultrapassava o limiar respetivo. O anúncio para a abertura do procedimento tinha sido publicado no JOUE a 5 de fevereiro de 2005. Na primeira questão, que era a de saber se era aplicável a diretiva 2004/18/CE a um procedimento iniciado depois da sua publicação, mas antes do prazo de transposição estar decorrido (tal prazo era 31 de janeiro de 2006, segundo o disposto no nº 1, do artigo 80, dessa diretiva) a posição do Tribunal de Justiça foi perentória, e no sentido negativo, tudo se devendo decidir com base na diretiva 93/37/CEE, alterada pela diretiva 97/52/CE. Fundou-se, naturalmente, no princípio da segurança jurídica (nº 29, do acórdão). O comentário às segunda e terceira conclusões consta do capitulo 16 (falta de publicação, ou conteúdo incorreto de anúncios e desrespeito por outras regras dos procedimentos pré-contratuais).

Processo C-145/08 (Club Hotel Loutraki) e Processo C-149/08 (Aktor) apensos
Acórdão de 6 de maio de 2010

Coletânea, 2010, página I-4165
ECLI:EU:C:2010:247

"1) Um contrato misto cujo objecto principal consiste na aquisição por uma empresa de 49% do capital de uma empresa pública e cujo objeto acessório, indissociavelmente ligado a esse objecto principal, diz respeito à prestação de serviços e à execução de obras não se enquadra, no seu todo, no âmbito de aplicação das directivas relativas a contratos públicos.
2) (...)."

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal opunha diversas pessoas singulares e coletivas ao Conselho Nacional de Radiotelevisão grego (ESR) autoridade que, nos termos da legislação nacional, tem a faculdade e a obrigação de controlar se as pessoas que têm a qualidade de proprietário, sócio, acionista importante, membro de um órgão de administração ou quadro dirigente de uma empresa proponente num processo de adjudicação de um contrato público apresentam certas incompatibilidades previstas nessa legislação, devendo, neste caso, ser automaticamente excluídas do processo. No processo C-145/08, estava em causa a privatização da sociedade EKP, filial da ETA, cujo capital era detido a 100% pelo Estado grego, para a qual foram previstas um conjunto de regras que previa uma pré-seleção dos interessados. Foram pré-selecionados dois. Estávamos em outubro de 2001. Em abril de 2002 foi publicado um anúncio suplementar, estabelecendo que o contrato a firmar no contexto da privatização seria obrigatoriamente celebrado com uma sociedade a constituir pelo vencedor (designada no acórdão como AEAS), e que tal contrato seria misto, porque a AEAS se comprometia a executar um plano de desenvolvimento no prazo de 750 dias a contar da obtenção das autorizações necessárias. Tal plano teria de compreender o melhoramento das instalações de um casino e a valorização das oportunidades facultadas pela sua licença de funcionamento, a renovação e a recuperação de duas unidades hoteleiras que pertenciam ao complexo imobiliário e o ordenamento dos terrenos circundantes, com uma superfície de cerca de 280 hectares. A execução destas obras constitui uma parte do preço a pagar pela aquisição de 49% das ações da EKP. Diversas outras condições de negócio eram também estabelecidas. O agrupamento que, no entender da entidade adjudicante, apresentou a proposta

economicamente mais vantajosa (Ellas) foi convidado a assinar contrato, tendo obtido o certificado do ESR (Conselho Nacional de Radiodifusão), sobre a inexistência de incompatibilidades. Esse ato da ESR foi impugnado por três das sete empresas que integravam o agrupamento concorrente não vencedor, no processo do qual resultou a questão prejudicial, a qual incidia sobre a natureza do contrato (e incidência, ou não, das normas das diretivas sobre contratação pública) mas também sobre o direito de recurso no caso em que é exigido, pela lei nacional, a autoria de todos os membros de um agrupamento. No processo C-149/08, estava em causa o procedimento pré-contratual para adjudicação de uma empreitada de obra pública, pela cidade de Tessalónica. A 1 de julho de 2004 foi produzida a decisão adjudicatória em benefício de um agrupamento de empresas composto pela Aktor ATE, Themeliodoi AE e Domotechniki AE. Para proceder à celebração do contrato, a entidade adjudicante comunicou ao ESR (Conselho Nacional de Radiodifusão) o pedido de emissão do certificado de inexistência de incompatibilidades previsto na lei nº 3021/2002. Após ter constatado que um dos membros do conselho de administração da sociedade Aktor apresentava um dos casos de incompatibilidade, a ESR recusou a emissão do referido certificado. Tal sociedade reclamou da decisão da ESR, mas foi essa reclamação indeferida, sendo o processo contencioso desencadeado unicamente pela Aktor, contra, simultaneamente, a recusa de emissão do certificado e o indeferimento da reclamação. Quanto à questão do contrato misto, a posição do Tribunal de Justiça foi a seguinte : ***"48. Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que, no caso de um contrato misto cujas diferentes partes, nos termos do anúncio do concurso, estão inseparavelmente ligadas, formando, assim, um todo indivisível, a operação em causa deve ser examinada no seu todo de modo unitário para efeitos da sua qualificação jurídica e deve ser apreciada com base nas normas que regulam a parte que constitui o objeto principal ou o elemento preponderante do contrato (...)".*** *Depois de frisar que o contrato servia o propósito de privatização parcial de uma empresa pública, passou à verificação das condições no caso concreto. E considerou, por isso mesmo, que o motivo principal de celebração do contrato, o qual, tomado no seu todo, escapava à incidência das normas das diretivas, consumindo-se numa especial operação de privatização. O facto de algumas das prestações aí incluídas poderem, pelas suas natureza e valor, computados individualmente, poderem estar abrangidas pelas normas das diretivas sobre contratação pública, eram irrelevantes. O que, por consequência, para o processo C-145/08, implicava, como é evidente, a desaplicação de quaisquer normas da diretiva 89/665/CEE. O comentário à segunda conclusão consta do capítulo 28 (meios de recurso).*

Processo C-160/08 (Comissão *versus* Alemanha)
Acórdão de 29 de abril de 2010

O comentário a este acórdão consta do capítulo 16 (falta de publicação ou conteúdo incorreto de anúncios e desrespeito por outras regras dos procedimentos pré-contratuais). Além da infração concreta identificada, esta decisão é relevante para efeitos de definição de contrato público de prestação de serviços.

Processo C-306/08 (Comissão *versus* Espanha)
Acórdão de 26 de maio de 2011

Coletânea, 2011, página I-4541
ECLI:EU:C:2011:347

"1) A acção é julgada improcedente.
2) A Comissão Europeia é condenada nas despesas."

COMENTÁRIO :

Segundo a descrição feita pelo Tribunal de Justiça, ***"84. (...) é de salientar que a presente acção incide unicamente sobre a adjudicação de contratos de urbanização em conformidade com as legislações adoptadas sucessivamente pela Comunidade Autónoma de Valência com base nas suas competências regionais em matéria de urbanismo, de ocupação dos solos e de ordenamento do território".*** *A Comissão argumentava que os contratos que se podiam celebrar a coberto da legislação valenciana eram empreitadas, seja nos termos da diretiva 93/37/CEE, seja nos da diretiva 2004/18. O Tribunal de Justiça sublinhou que de jurisprudência anterior, ter-se-ia de procurar o "****objeto principal"*** *para qualificar o contrato (nº 90, do acórdão). O Reino de Espanha sustentou que não seria a obra o objeto principal de tais contratos. O Tribunal de Justiça organizou a matéria conforme a natureza do processo perante ele, afirmando :* ***"95. (....) relativamente à natureza das actividades a cargo do urbanista, importa constatar que, não obstante os elementos de análise fornecidos pelo Reino de Espanha, a Comissão não procurou fundamentar as suas próprias alegações e refutar as do Estado-Membro demandado, mediante um exame minucioso desses elementos".*** *Por isso, continuou nesta direção :* ***"(...) 96. Com efeito, não está de modo algum demonstrado que as obras de ligação e de integração dos terrenos em causa nas redes de infra-estruturas, energia, comunicações e serviços públicos existentes constituem o objeto principal do contrato celebrado entre a colectividade e o urbanista no quadro de um PAI em gestão indirecta. Com efeito, a realização do PAI pelo urbanista abrange, como resulta designadamente dos nºs 21 e 23 do presente acórdão, actividades que não podem ser qualificadas de 'obras', na acepção das directivas invocadas pela Comissão na sua petição, a saber, a elaboração do plano de desenvolvimento, a proposta e a gestão do projecto de reagrupamento correspondente, a obtenção, a favor da Administração e a título gratuito, dos terrenos destinados ao domínio público e ao património predial público da colectividade,***

a gestão da transformação jurídica dos terrenos em causa ou ainda a realização da repartição equitativa dos custos e dos lucros pelos interessados, bem como as operações de financiamento e de garantia do custo dos investimentos, das obras, das instalações e das compensações necessárias à execução do PAI. Também assim é quando o urbanista, como está especificado no artigo 119º, nº 1, da LUV, deve organizar o concurso público destinado a designar o construtor a quem é confiada a realização das obras de urbanização". *Desta longa descrição pode compreender-se o que era previsto pela legislação valenciana, e que criava uma espécie de pivot encarregue de um vasto conjunto de tarefas. Não foi por acaso que Espanha, perante o Tribunal de Justiça, chegou a qualificar o contrato em causa com o urbanista como de concessão de serviços (nº93, do acórdão). Mas a Comissão ficou-se pela tentativa (frustrada) de demonstrar que se estava face a uma empreitada de obra pública.*

Processo C-451/08 (Helmut Mueller)
Acórdão de 25 de março de 2010

Coletânea, 2010, página I-2673
ECLI:EU:C:2010:168

"1) O conceito de 'contratos de empreitada de obras públicas', na acepção do artigo 1º, nº 2, alínea b), 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, não exige que a obra objecto do contrato seja executada de forma material ou corpórea para a entidade adjudicante, na medida em que essa obra seja executada no interesse económico directo desta entidade. O exercício pela entidade adjudicante de competências em matéria de urbanismo não é suficiente para preencher esta última condição.

2) O conceito de 'contratos de empreitada de obras públicas', na acepção do artigo 1º, nº 2, alínea b), da Directiva 2004/18, exige que o adjudicatário assuma directa ou indirectamente a obrigação de realizar a obra objecto do contrato e que a execução desta obrigação possa ser judicialmente exigível em conformidade com as modalidades estabelecidas pelo direito nacional.

3) As 'necessidades especificadas pela entidade adjudicante' na acepção da terceira hipótese referida no artigo 1º, nº 2, alínea b), da Directiva 2004/18, não podem consistir no simples facto de uma autoridade pública examinar determinados planos de construção que lhe sejam apresentados ou tomar uma decisão no exercício das suas competências em matéria de regulação urbanística.

4) Em circunstâncias como as do processo principal, está excluída uma concessão de obras públicas, na acepção do artigo 1º, nº 3, da Directiva 2004/18.

5) Em circunstâncias como as do processo principal, as disposições da Directiva 2004/18 não são aplicáveis a uma situação em que uma autoridade pública vende um terreno a uma empresa tendo outra entidade pública a intenção de celebrar um contrato de empreitada de obras relativo a este terreno apesar de ainda não ter formalmente decidido proceder à sua adjudicação."

COMENTÁRIO :

Trata-se este acórdão de um dos mais relevantes em matéria de definição (nas vertentes positiva e negativa) do conceito de empreitada de obra

pública, a par do C-331/92 (Gestión Hotelera) e do C-399/98 (Teatro alla Scala), sem esquecer a decisão dado no processo C-225/05 (Auroux). O litígio no processo principal de onde emergiram as questões prejudiciais opôs a empresa imobiliária Helmut Mueller GmbH à Bundesanstalt fuer Immobilienaufgaben (Administração federal responsável por assuntos imobiliários, a seguir referida unicamente por Bundesanstalt) relativo à venda por esta última de um terreno no qual o comprador deveria posteriormente realizar obras em conformidade com objetivos de desenvolvimento urbanístico definidos por uma colectividade territorial, no caso em apreço o município de Wildeshausen. Um terreno, conhecido por quartel Wittekind era de propriedade da Bundesansalt que abriu um concurso público para o vender, em Janeiro de 2007, o mais rapidamente possível e no estado em que se encontrava. Duas empresas apresentaram propostas, a Helmut Mueller (€ 400.000, posteriormente elevados para € 1.000.000) e a GSSI (€ 2.500.000). As duas ofertas foram apresentadas também ao município, que entendeu que a da GSSI era a melhor, mas sem se comprometer sobre o plano urbanístico a aprovar. A 6 de junho de 2007, a Bundesansalt vendeu o terreno à GSSI. No processo principal discutiu-se a necessidade de se aplicar um processo regular de contratação pública, dado tratar-se, segundo a Helmut Mueller da adjudicação de uma empreitada. O Tribunal, começando a apreciar as numerosas questões que lhe foram submetidas, efetuou a seguinte descrição normativa, a qual nada tem de neutra, e veio a condicionar todas as respostas : ***"34. Na maioria das versões linguísticas da Directiva 2004/18, o conceito de 'contratos de empreitada de obras pública', previsto no seu artigo 1º, nº 2, alínea b), contempla três hipóteses. A primeira consiste na execução, eventualmente acompanhada da concepção, de trabalhos de construção abrangidos por uma das categorias enumeradas no anexo I deste directiva. A segunda diz respeito à execução, eventualmente acompanhada da concepção de uma obra. A terceira hipótese consiste na realização, por qualquer meio, de uma obra que satisfaça as necessidades especificadas pela entidade adjudicante"****. Ou seja, o Tribunal de Justiça aceita desagregar os conceitos de obra e de trabalhos, e considera uma terceira hipótese autónoma, em vez de usar a satisfação de necessidades da entidade adjudicante como complementar ao conceito de empreitada. Depois, percorre as expressões linguísticas do conceito de "obra", ou, como surge na legislação nacional alemã, a possibilidade expressa de a obra ser feita por terceiros, em vez de "por qualquer meio". Continua afirmando que a venda de um terreno não constitui, por si só, uma empreitada, para aceitar que o conceito de uma empreitada ser executada em benefício económico mereça uma*

interpretação larga. Cita o acórdão dado no processo C-220/05 (Auroux), com matéria próxima da situação factual do presente caso.

Processo C-508/08 (Comissão *versus* Malta)
Acórdão de 28 de outubro de 2010

Coletânea, 2010, página I-10589
ECLI:EU:C:2010:643

"1) A acção é julgada improcedente.
2) A Comissão Europeia é condenada nas despesas."

COMENTÁRIO :

O caso refere-se a uma ação interposta pela Comissão contra a República de Malta, por suposta violação do Regulamento (CEE) nº 3577/92 do Conselho, de 7 de dezembro de 1992, referente à aplicação do princípio da livre prestação de serviços aos transportes marítimos internos dos Estados-Membros. Porque, a 16 de abril de 2004, as autoridades maltesas haviam firmado com a empresa Gozo Channel Co, Ltd (a seguir, GCCL) um contrato exclusivo de serviço público para assegurar o serviço de transporte marítimo entre as ilhas de Malta e de Gozo, sem precedência de qualquer concurso. O problema torna-se mais sensível dado o teor das negociações para a adesão, onde alguns tópicos de transição haviam sido estabelecidos, mas sobretudo o facto de este contrato ter sido assinado duas semanas antes de Malta passar a ser Estado-Membro da União Europeia (1 de maio de 2004). A Comissão pretendia visar os efeitos que do contrato se produziriam, na sua maioria, depois de Malta pertencer à União. O Governo maltês disse que o mais tardar até outubro de 2008 seria lançado o concurso público para a prestação de serviço de transporte. O Tribunal de Justiça valorizou o facto de a data de assinatura do contrato em questão ser anterior à condição da República de Malta como Estado-Membro. Liminarmente : ***"22. Há, pois, que reconhecer que a Comissão, de modo nenhum fundamentou as alegações avançadas em apoio da sua acção sobre a existência eventual de tais obrigações. Bem pelo contrário, como foi indicado no nº 15 do presente acórdão, precisou, quer na sua réplica quer na audiência, que foi a partir de 1 de maio de 2004, data da entrada em vigor do Regulamento nº 3577/92, para a República de Malta devido à sua adesão à União, que este Estado-Membro não cumpriu, segundo a Comissão, as obrigações que lhe incumbiam por força deste regulamento".*** *As normas em causa, segundo a Comissão, obrigariam a um procedimento pré-contratual, com concorrência (artigo 4º, do citado Regulamento nº 3577/92).*

Processo C-95/10 (Strong)
Acórdão de 17 de março de 2011

Coletânea, 2011, página I-1865
ECLI:EU:C:2011:161

"A 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 empreitadas de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento de bens e dos contratos públicos de serviços, não obriga os Estados-Membros a aplicar o seu artigo 47º, nº 2, também aos contratos relativos a serviços constantes do anexo II B desta última. Contudo, a mesma directiva não impede os Estados-Membros e, eventualmente, as entidades adjudicantes de preverem, respectivamente, na sua legislação e na documentação relativa ao contrato, a sua aplicação."

COMENTÁRIO :

O processo principal decorreu em Portugal emergente de um litígio entre o município de Sintra e uma empresa de prestação de serviços de segurança privada, no âmbito de um concurso público internacional para a adjudicação da prestação desse tipo de serviços nas instalações municipais em 2009 e 2010. O anúncio correspondente foi publicado no JOUE a 15 de julho de 2008. A Strong apresentou uma proposta, acompanhada de uma carta de conforto da sociedade Trivalor, que a dominava por completo. Essa carta afirmava que a Strong teria à disposição os meios necessários para o cumprimento das suas obrigações em caso de adjudicação, e que a Trivalor assumia voluntariamente a responsabilidade pelo pagamento de qualquer indemnização a favor da entidade adjudicante, durante a execução do contrato. O júri do concurso pronunciou-se a favor da adjudicação à Strong, mas depois de uma reclamação de um concorrente, exatamente quanto à capacidade financeira da Strong, mudou de opinião e propôs a adjudicação à concorrente reclamante. A Strong impugnou judicialmente essa decisão. Tendo perdido na primeira e segunda instâncias, a Strong recorreu para o Supremo Tribunal Administrativo, que apresentou ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais ***: "1) O artigo 47º, da Directiva 2004/18 (...) depois de (31 de Janeiro de 2006), é directamente aplicável na ordem interna no sentido de que confere aos particulares um direito que estes podem fazer valer contra os órgãos da Administração portuguesa ? 2) Em caso afirmativo, a despeito do disposto no artigo 21º da mesma directiva, o preceito é aplicável aos contratos que tenham por objecto os serviços***

referidos no anexo II B ? *Depois de frisar que a aplicação a dois níveis existe desde a primeira regulação da adjudicação das adjudicações de contratos públicos de serviços, feita pela diretiva 92/50/CEE, modelo perfeitamente aceite e reconhecido pela jurisprudência, para concluir que :* ***"36. (...) o sistema instituído pela Directiva 2004/18 não cria directamente para os Estados-Membros a obrigação de aplicar o artigo 47º, nº 2, desta directiva também aos contratos públicos de serviços abrangidos pelo seu anexo II B".*** *E considerou igualmente que não havia que invocar o princípio da transparência para justificar qualquer posição diversa, dadas as distinções resultantes da aplicação a dois níveis, cada um com as suas caraterísticas próprias e completas. No caso concreto, a possibilidade de recorrer, ou não, a qualidades de terceiros (como a Trivalor), nada tinha que ver com o respeito pelos princípios gerais, como o da concorrência ou da transparência, mas sim como a aplicação das normas que, segundo cada um dos níveis, o permitia, ou não. Igualmente recusou a invocação do princípio da igualdade para transportar normas de uma modalidade para outra, sob pena de se destruir o conjunto do sistema. Face a estas considerações, o Tribunal considerou que não havia que responder à questão do efeito direto, esclarecida que já estava a interpretação a ser dada aos contratos abrangidos pelo anexo II B. Contudo, não expressou qualquer juízo negativo a que os Estados-Membros previssem modelos mais rigorosos, nas suas legislações nacionais.*

Processo C-576/10 (Comissão *versus* Países Baixos)
Acórdão de 11 de julho de 2013

ECLI:EU:C:2013:510

"1) A acção é julgada improcedente.
2) A Comissão Europeia é condenada nas despesas.
3) A República Federal da Alemanha suportará as suas próprias despesas."

COMENTÁRIO :

A Comissão levou o Reino dos Países Baixos perante o Tribunal de Justiça por considerar que não foi respeitada a diretiva 2004/18/CE, no que respeita às concessões de obra pública. No município de Eindhoven foi promovida uma operação urbanística, no denominado centro Doornakkers. O processo começou em 2001, com duas decisões que aprovaram o parecer descritivo do empreendimento, primeiro, e, depois, um plano de urbanização e das infraestruturas públicas que o deveriam dotar. Em 23 de abril de 2002, a câmara aprovou o parecer intitulado 'seleção de um promotor para o centro Doorknakkers'. Esse parecer indicava os critérios a aplicar na escolha do comprador dos terrenos em que seria implantado o empreendimento. Duas sociedades foram convidadas a apresentar os seus planos, e uma delas foi escolhida, em, respetivamente, 2002 e 2003. De julho de 2003 a outubro de 2005, a adjudicatária especificou os seus projetos de construção num plano diretor que foi aprovado pelo município a 14 de fevereiro de 2006. Para a execução do projeto, o município e a adjudicatária celebraram um contrato de cooperação que foi assinado em 16 de julho de 2007. A Comissão sustentava que era aplicável a diretiva 2004/18/CE, porque só considerava relevante o contrato de cooperação, firmado já depois de expirado o prazo de transposição desse documento legislativo, o que levaria à aplicação de diferentes regras sobre a adjudicação de concessões de obra pública. O Tribunal de Justiça assim não entendeu, retroagindo a opção pelo procedimento à decisão da câmara de 23 de abril de 2002, quando foi decidido convidar duas empresas a participar na implementação. Logo, tudo quanto tinha ver com a concretização, e, mesmo, o envolvimento de entidades terceiras, ainda que com a função de repartição dos riscos financeiros, foi considerado irrelevante para efeitos de aplicação da lei no tempo. Quanto à controvérsia sobre a eventual aplicação da diretiva 2004/18/CE, importa realçar que o Tribunal de Justiça se sustenta numa sua decisão muito controversa, dada no processo C-337/98 (Comissão versus França, com acórdão de 5 de outubro de 2000), conhecido

também pelo caso do Metro de Rennes (está comentado no capítulo 1 (âmbito e alcance das normas sobre contratação pública). E, também, que a procedência da tese de aplicação do diploma de 2004 traria consigo a necessidade de repetir o procedimento, se as condições essenciais do contrato se modificarem, conforme o referido no número 46, do acórdão. O que só poderia ser feito se se considerasse que os documentos firmados posteriormente à data limite de transposição da diretiva 2004/18/CE fossem mais relevantes do que o momento da escolha do procedimento. Ou seja, regressando ao princípio do problema.

Processo C-615/10 (Tiimi Oy)
Acórdão de 7 de junho de 2012
ECLI:EU:C:2012:324

"O artigo 10º da Diretiva 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, lido em conjugação com o artigo 296º, nº 1, alínea b) CE, deve ser interpretado no sentido de que apenas autoriza um Estado-Membro a subtrair aos procedimentos previstos pela referida diretiva um contrato público celebrado com uma entidade adjudicante, no domínio da defesa, para a aquisição de um material que, embora destinado a fins especificamente militares, apresenta também possibilidades de aplicação civil, no essencial, semelhantes, se se puder considerar que esse material, pelas suas características próprias, foi especificamente concebido e desenvolvido para tais fins, incluindo em resultado de modificações substanciais, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar."

COMENTÁRIO :
O litígio no processo principal estabeleceu-se entre a empresa Tiimi Oy e o laboratório de ensaios das Forças Armadas finlandesas, a propósito da adjudicação pelo laboratório de um contrato de fornecimento de um sistema de mesa rotativa (tiltable turntable) a ser utilizado como suporte de objetos sujeitos a medições eletromagnéticas, sem respeito pelos procedimentos definidos na diretiva 2004/18/CE. Em 2008, o laboratório lançou, sem publicação prévia de anúncio no JOCE, o concurso em causa, com um valor estimado de despesa de € 1.650.000. A 5 de fevereiro de 2008, convidou quatro empresas a apresentar proposta, entre as quais a Tiimi Oy. A 24 de junho de 2008, através de um procedimento por negociação com termos diferentes dos previstos na diretiva 2004/18/CE, adjudicou o contrato a outra empresa. A TiimiOy impugnou judicialmente a decisão, invocando a violação da citada diretiva, e considerou que a mesa rotativa era uma inovação da indústria civil, e não um equipamento militar. No processo, o Estado-Maior-General das Forças Armadas finlandesas argumentou que o equipamento em questão fora adquirido para fins militares, em particular a simulação de situações de combate. Na discussão sobre a questão prejudicial, estava em causa a aplicação, ou não, do disposto no nº 1, do artigo 296, do Tratado CE, a da possibilidade daí decorrente de subtrair aos procedimentos de contratação pública certas aquisições por se situarem no

domínio da defesa. Assim também o artigo 10, da diretiva 2004/18/CE. Mas o Tribunal de Justiça alertou : ***"35. Há que recordar que essas disposições, segundo jurisprudência assente relativa às derrogações às liberdades fundamentais, devem ser objeto de interpretação estrita (...)****. Assim, e mesmo aceitando que* ***"36. Os tipos de produtos figuram na lista do Conselho de 15 de abril de 1958, para qual o artigo 296º, nº 2, CE remete expressamente, são, em princípio, abrangidos pela possibilidade de derrogação prevista no nº 1, alínea b), deste artigo"****, a interpretação restritiva tem de considerar que não se pode recorrer a essa derrogação para a compra de um material que tem uma aplicação civil indubitável e uma finalidade militar eventual (nº 39, do acórdão). E continua –* ***"40. Por outro lado, mesmo que um produto pertença a uma ou a outra das categorias de materiais que figuram na lista do Conselho de 15 de abril de 1958, apenas se pode considerar que este, caos haja aplicações técnicas civis muito semelhantes, se destina a fins especificamente militares, na aceção do artigo 296º CE, se tal uso for não apenas aquele que a entidade adjudicante lhe pretende conferir, mas também, como a advogada-geral salientou no nº 48 das suas conclusões, aquele que decorre de caraterísticas próprias de um equipamento especialmente concebido, desenvolvido ou modificado substancialmente para esses fins".*** *Aplicando a lei à interpretação do concreto objeto do processo,* ***"44. (...) só se pode considerar que tal sistema de mesa rotativa, que a entidade adjudicante apenas pretende utilizar para fins militares, se destina especificamente a esses fins, na aceção do artigo 296º, nº 1, alínea b) CE, se se demonstrar que, diversamente dos materiais semelhantes de aplicação civil, invocados pelo recorrente no processo principal, o referido sistema constitui, pelas suas caraterísticas próprias, um sistema especificamente concebido e desenvolvido para tais fins, incluindo em resultado de modificações substanciais, o que também cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar".*** *Para além da distância entre o que constava dos autos, e o enquadramento da situação em causa, na pretendida derrogação, o Tribunal de Justiça apontava também a necessidade de confirmar (pelo tribunal nacional) se existia uma invocação concreta e demonstrada não só que se estava a proteger interesses essenciais de defesa, e, mesmo tal sendo exato, se provasse que isso inevitavelmente impediria a aplicação de um procedimento pré-contratual aberto. Para uma decisão do Tribunal de Justiça em matéria de invocação de interesses de segurança nacional, com uma perspetiva bem mais generosa, ver o acórdão dado no processo C-252/01 (Comissão versus Bélgica).*

Processos C-197/11 (Libert) e C-203/11 (All Projects) apensos
Acórdão de 8 de maio de 2013
ECLI:EU:C:2013:288

"1. (...).
2. (...).
3. (...).
4. A construção de habitações sociais destinadas a serem vendidas, a preços limitados, a um organismo público de habitação social ou através da substituição desse organismo pelo prestador de serviços que construiu essas habitações, corresponde ao conceito de 'contrato de empreitadas de obras públicas' definido no artigo 1º, nº 2, alínea b), 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, na versão que resulta do Regulamento (CE) nº 596/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de junho de 2009, desde que os critérios previstos nesta disposição estejam preenchidos, o que compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar."

COMENTÁRIO :
Os termos em que está resumida a quarta conclusão aparenta uma quase inutilidade da pronúncia, resultante do modo como a mesma foi escrita. Porém, parece ser intenção do Tribunal de Justiça que a existência de modelos jurídicos mais complexos, não permite, por si só, desaplicar as normas da diretiva 2004/18/CE. E a referência à necessidade de estarem cumpridos os requisitos materiais estabelecidos nesse documento, para se considerar que se está perante um empreitada tem de ser interpretado, e compreendido, pela intervenção da seguinte caraterística : ***"110. Uma vez que não dispõe de todas as informações necessárias que lhe permitam verificar se os referidos*** critérios (da diretiva 2004/18/CE, nota nossa) ***estão preenchidos no processo principal, o Tribunal de Justiça limitar-se-à, portanto, no presente acórdão, a fornecer ao órgão jurisdicional de reenvio elementos que lhe podem ser úteis para efetuar essa apreciação".*** *O comentário às primeiras duas conclusões consta do capítulo 17 (liberdade de estabelecimento). O comentário à terceira conclusão consta do capítulo 23 (auxílios de Estado).*

Processo C-213/13 (Impresa Pizarotti)
Acórdão de 10 de julho de 2014
ECLI:EU:C:2014:2067

"1. O artigo 1º, alínea a), da Diretiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, deve ser interpretado no sentido de que um contrato que tem por objeto principal a realização de uma obra que responde às necessidades da entidade adjudicante constitui um contrato de empreitada de obras públicas e não é abrangido, por isso, pela exclusão prevista no artigo 1º, alínea a), iii) da Diretiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, quando inclui uma promessa de arrendamento da construção em causa."
2. (...)."

COMENTÁRIO :
O litígio no processo principal estabeleceu-se entre a empresa Pizarotii & C. SpA à comuna de Bari, após a publicação, a 14 de agosto de 2003 de um anúncio para a a presentação de propostas para a instalação dos organismos da administração judiciária de Bari numa nova sede única. O anúncio foi posteriormente publicado no JOUE. O objeto do futuro contrato era, segundo a descrição feita no acórdão : ***"9. Este anúncio exigia que os proponentes se comprometessem a iniciar a construção antes de 31 de dezembro de 2003. Exigia indicações claras e exaustivas sobre os custos e as modalidades de pagamento a cargo da administração municipal e do Ministério da Justiça italiano, tendo em conta o facto de os recursos públicos disponíveis serem de 43,5 milhões de euros, já atribuídos ao projeto, aos quais havia que acrescentar 3 milhões de euros correspondentes aos montantes das rendas anuais suportadas pela Comune de Bari pelo arrendamento dos imóveis utilizados pelos órgãos jurisdicionais em causa. Este anúncio era acompanhado por um anexo, elaborado pela Corte di apello di Bari (Itália), que estabelecia um 'quadro de exigências estruturais, funcionais e organizacionais' relativas à construção da cidade judiciária projetada".*** *Quatro propostas foram apresentadas, entre as quais a da empresa Pizarotti, que foi selecionada. Esta proposta previa que uma parte das obras seria vendida à Comune di Bari, por quantia de € 43.000.000 e que a parte restante seria colocada à sua disposição em regime de arrendamento por uma renda anual de 3.000.000. A 4 de fevereiro de*

2004, o Ministério da Justiça informou a Comune di Bari de que os recursos públicos disponíveis tinham sido reduzidos para 18,5 milhões de euros. Pedia, igualmente, para verificar se seria possível comprimir o investimento, agora adaptado à nova verba. A autarquia transmitiu a informação à Pizarotti, que acedeu a adaptar-se às novas circunstâncias, reduzindo a dimensão da obra. Em setembro de 2004 foi completamente suprimido o financiamento público. Em seguida, a Pizarotti comunicou à autarquia uma nova proposta, a qual previa a possibilidade de realizar as obras destinadas ao arrendamento. Não tendo obtido qualquer resposta, interpôs uma ação judicial contra a autarquia. Depois de situar a legislação aplicável aos factos na diretiva 93/37/CEE e não da 2004/18/CE, e de repetir que, se existirem dois tipos de objeto no mesmo contrato público (num caso como o presente) dominará o enquadramento jurídico o objeto principal do contrato, realçou o facto de, à data do anúncio nada estar construído, e que, fosse qual o modelo de disponibilização, sempre seira indispensável a construção. Numa muito interessante discussão como se deveria interpretar o conceito de que uma obra seja executada de acordo com as necessidades da entidade adjudicante, o Tribunal de Justiça chamou a listagem de exigências da Corte di Apelo, que deveriam ser satisfeitas. Desvalorizou a intervenção parcial do contrato de arrendamento a celebrar, considerou o contrato a adjudicar como de empreitada, e afastou, por consequência, a aplicação da exceção prevista na subalínea iii), da alínea a), do artigo 1º, da diretiva 92/50/CEE. O comentário à segunda conclusão consta do capítulo 2 (reenvios prejudiciais não aceites pelo Tribunal de Justiça e relação entre órgãos judiciais).

Processo C-324/14 (Partner Apelski)
Acórdão de 7 de abril de 2016
ECLI:EU:C:2016:214

"1) (...).
2) (...).
3) (...).
4) (...).
5) Em circunstâncias como as do processo principal, as disposições do artigo 48º, nº 3, da Diretiva 2004/18 não podem ser interpretadas à luz das do artigo 63º, nº 1, da Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, sobre contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18."

COMENTÁRIO :

A questão prejudicial em causa, foi sumariada no acórdão da seguinte forma : ***"82. (...) o tribunal de reenvio pergunta, em substância, se as disposições da Diretiva 2004/18 podem ser interpretadas à luz das da Diretiva 2014/24, mesmo que o prazo de transposição desta ainda não tenha expirado e na medida em que as suas disposições não sejam contrárias às da Diretiva 2004/18".*** *Tendo o anúncio do concurso objeto do processo principal sido publicado em 24 de dezembro de 2013, a diretiva 2014/24/UE sido adotada em 26 de fevereiro de 2014, e o seu prazo de transposição só ser atingido a 18 de abril de 2016, a conclusão era inevitável. Baseado no princípio da segurança jurídica (nº 93, do acórdão). O comentário às duas primeiras conclusões consta do capítulo 10 (interessado, concorrente, candidato, operador económico). O comentário às terceira e quarta conclusões consta do capítulo 5 (princípios gerais).*

Processo C-410/14 (Dr Falk Pharma)
Acórdão de 2 de junho de 2016

O comentário a este acórdão consta do capítulo 8 (contrato). É uma decisão muito importante para a delimitação negativa do âmbito de aplicação das diretivas sobre contratação pública, num caso ocorrido na Alemanha, onde se estabeleceu um sistema de aquisição de bens acessível a qualquer fornecedor. O Tribunal de Justiça considerou que esse sistema não estava abrangido pelas regras do direito da União sobre a adjudicação de contratos públicos.

Processo C-225/15 (Domenico Politanò)
Acórdão de 8 de setembro de 2016

O comentário a este acórdão consta do capítulo 12 (seleção qualitativa dos interessados e apreciação das suas propostas), e nele foi declarada a não incidência da diretiva 2004/18/CE aos processos de adjudicação de concessões de jogos de fortuna e azar.

Processo C-292/15 (Hoermann Reisen)
Acórdão de 27 de outubro de 2016

O comentário a este acórdão consta do capítulo 12 (seleção qualitativa dos interessados e apreciação das suas propostas). Estava em causa, além do âmbito de aplicação do regulamento nº 1370/2007, do Conselho, sobre os serviços de transporte ferroviário e rodoviário de passageiros, um limite à subcontratação.

Processo C-701/15 (Malpensa Logistica)
Acórdão de 13 de julho de 2017

O comentário a este acórdão consta do capítulo 24 (setores especiais). Tem a ver com a aplicação, ou não, de regras do artigo 7º, da diretiva 2004/17/CE, sobre a atribuição de espaços aeroportuários para exploração comercial. A solução foi encontrada na diretiva 96/67/CE.

Processo C-187/16 (Comissão *versus* Áustria)
Acórdão de 20 de março de 2018

O comentário a este acórdão consta do capítulo 16 (falta de publicação ou conteúdo incorreto de anúncios e desrespeito por outras regras dos procedimentos pré-contratuais). Trata-se de um processo em que foram censurados sucessivos ajustes diretos à Imprensa Nacional Austríaca para a produção de documentos oficiais como passaportes e bilhetes de identidade.

Processo C-408/16 (Compania Rutiere)
Acórdão de 6 de dezembro de 2017
ECLI:EU:C:2017:940

"1) A Diretiva 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, e, em especial, o seu artigo 15º, alínea c), deve ser interpretada no sentido de que se opõe a que a legislação de um Estado-Membro preveja, para efeitos de um procedimento de adjudicação de um contrato público iniciado posteriormente à data da sua adesão à União com vista à realização de um projeto com base num contrato de financiamento celebrado com o Banco Europeu de Investimento anteriormente à referida adesão, a aplicação de critérios específicos previstos pelas disposições do Guia para a adjudicação de contratos públicos do Benco Europeu de Investimento que não cumprem as disposições dessa diretiva.

2) (...).

3) (...)."

COMENTÁRIO

Este é um processo com objeto muito peculiar, num litígio entre instituições públicas romenas. Uma delas, a Autoridade de Gestão do Programa Operacional Sectorial Transportes (AMPOST), aplicou uma correção financeira num projeto cofinanciado, devido a violação da diretiva 2004/18/CE ***"2. (...), no âmbito do processo de adjudicação de um contrato público relativo a obras cofinanciadas, inicialmente pelo Banco Europeu de Investimento (BRI) e, depois, integral e retrospetivamente, pela União Europeia a título do Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional (FEDER) e do Fundo de Coesão".*** *O projeto que estava em causa era o da construção da autoestrada Arad-Timisoara-Lugoj, e fora inicialmente objeto de um contrato de financiamento celebrado em 23 de dezembro de 2005 entre a Roménia, o BEI e a entidade adjudicante do contrato de empreitada de obra pública (a Compania Nationala de Administrare Rutiere, SA). Em desenvolvimento desse vínculo foi assinado, a 2 de dezembro de 2004, um contrato de empréstimo propriamente dito, pelo qual a entidade adjudicante se obrigava a respeitar os procedimentos do* ***"Guia para a adjudicação de contratos nos projetos financiados pelo BEI"****, versão de 2004. A Roménia só é membro da União Europeia com efeitos a partir de 1 de*

janeiro de 2007. Em 28 de fevereiro de 2006, a entidade adjudicante contratou serviços de consultadoria necessários à elaboração da documentação para lançar a obra, respeitando o citado Guia do BEI. O procedimento para a adjudicação da empreitada foi desencadeado em 17 de julho de 2007 e concluído a 15 de dezembro de 2008. Aplicou-se o concurso limitado com pré-seleção, previsto no Guia. A 27 de outubro de 2009, a Roménia pediu à Comissão que o projeto de construção da autoestrada beneficiasse de um financiamento do FEDER e do Fundo de Coesão. O que foi aceite por decisões de 2010 e 2014, sendo efetuada uma substituição dos meios de financiamento. E a Roménia pediu o reembolso de despesas envolvidas na construção da autoestrada, o que foi objeto de uma declaração da AMPOST, que efetuou uma correção financeira de 10%, relativo ao contrato de empreitada. A AMPOST invocava a existência de irregularidades. O problema era nas regras de adjudicação, que, concretizadas como o foram pela entidade adjudicante, violavam os critérios estabelecidos na pré-seleção. Ou seja, a AMPOST não fez uma abordagem meramente formal, mas desceu ao conteúdo exato dos critérios, os quais criavam um quadro bem mais restritivo à concorrência entre os interessados. Como facilmente se depreende deste breve relato, um dos aspetos fundamentais em questão residia nas normas aplicáveis ao procedimento de adjudicação. Nos termos do instrumento jurídico de adesão da Roménia (Protocolo relativo às condições e regras de admissão da República da Bulgária e da Roménia à União Europeia), estava claro que a partir do momento em que a Roménia fosse membro da União Europeia, teria de respeitar os procedimentos das diretivas, segundo a parte final, do nº 2, do artigo 27 – ***"(...) a tramitação dos processos relativos aos contratos públicos iniciados após a adesão decorrerá nos termos das disposições aplicáveis da União".*** *Tendo em conta que o contrato de empreitada fora celebrado a 15 de dezembro de 2008, e, sobretudo, desencadeado a 17 de julho de 2007, a solução estava à vista. Além disso (números 35 a 38, do acórdão), a Roménia deveria ter adaptado o seu ordenamento jurídico nacional, à data de 1 de janeiro de 2007 (em vez de 31 de janeiro de 2006, data válida para os Estados-Membros da União, em 2004), de modo a estar transposta a diretiva 2004/18/CE. E não o fez, o que não a livrava das consequências da entrada em vigor, com plenos efeitos, da diretiva. Outro argumento importa referir, e identificar como o Tribunal de Justiça sobre ele decidiu. A Roménia sustentou que todo o procedimento anterior de financiamento e contratação era o resultado da aplicação de um* ***"procedimento específico de uma organização internacional"****, de acordo com a alínea c), do artigo 15, da diretiva 2004/18/CE, o que isentava a sua aplicação. Ora como a lógica da*

imposição das regras dessa diretiva residia no facto de o anúncio ter sido publicado já com a Roménia como Estado-Membro, haveria que afastar isenções que visavam uma realidade que fora, por vontade de todas as partes, substituída pelo complexo jurídico inerente ao cofinanciamento. E não eram normas nacionais (que existiam, corporizadas num decreto de 2007) que pretendiam afirmar o contrário, a prevalência das regras do BEI sobre as das diretivas que poderiam conseguir resultado diverso. Os comentários às segunda e terceira conclusões constam do capítulo 27 (fundos estruturais).

Processo C- 9/17 (Maria Tirkonnen)
Acórdão de 1 de março de 2018

O comentário a este acórdão consta do capítulo 8 (contrato). Importante também quanto ao âmbito e alcance de aplicação das diretivas porquanto decide sobre a não submissão às suas regras, dada a natureza do procedimento. Tem relação direta com a decisão no processo C-410/14 (Dr Falk Pharma, acórdão de 2 de junho de 2016), sendo expressão de uma jurisprudência que se vai consolidando.

Processo C-65/17 (Oftalma Hospital)
Acórdão de 19 de abril de 2018
ECLI:EU:C:2018:263

"1) Quando adjudica um contrato público de serviços, que está abrangido pelo artigo 9º da Diretiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, conforme alterada pela Diretiva 97/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro de 1991, e que, consequentemente, está, em princípio, sujeito apenas aos artigos 14º a 16º desta diretiva, uma entidade adjudicante deve todavia conformar-se igualmente com as regras fundamentais e com os princípios gerais do Tratado FUE, em especial, com os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação em razão da nacionalidade, bem como a obrigação de transparência deles decorrente, desde que, na data da sua adjudicação, esse contrato apresente um caráter transfronteiriço certo, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.

2) O artigo 27º, nº 3, da Diretiva 92/50 deve ser interpretado no sentido de que não se aplica aos contratos públicos de serviços abrangidos pelo anexo IB desta diretiva."

COMENTÁRIO :

O reenvio prejudicial emergiu de um litígio entre a empresa Oftalma Hospital à Comissão dos estabelecimentos hospitalares do cantão da Vaud (Itália) a propósito da remuneração dos serviços de cuidados de saúde prestados pela Oftalma ao abrigo de um contrato celebrado com a referida entidade adjudicante. O contrato foi celebrado em 2 de janeiro de 1999, alterado por um aditamento em 2004. O primeiro tema tinha a ver com a resposta à questão de saber se uma entidade adjudicante quando adjudicasse um contrato ao abrigo do artigo 9º, da diretiva 92/50/CEE, estaria a também obrigada a cumprir os princípios gerais de igualdade de tratamento e de não discriminação em razão da nacionalidade, bem como a obrigação de transparência que deles decorre. O artigo 9º da diretiva 92/50/CEE tinha o seguinte texto : ***"Os contratos que tenham por objecto serviços enumerados no anexo IB serão celebrados de acordo com o disposto nos artigos 14º a 16º".*** *O artigo 14 disciplina as especificações técnicas, os artigos 15 e 16 referem-se à publicidade quer dos procedimentos, quer do seu resultado. O Tribunal enfatizou a posição que já havia assumido quanto ao sistema de aplicação a dois níveis, e da função dos anexos IA e IB. Para isso, indicou sobretudo o acórdão dado a*

17 de março de 2011, no processo C-59/10 (Strong Segurança). E declarou que quando tais contratos (adjudicação e/ou execução) apresentem um interesse transfronteiriço certo, teriam de respeitar tais princípios. A construção jurídica foi a seguinte : ***"43. Na hipótese de (...) se demonstrar a existência de um interesse transfronteiriço certo e de, consequentemente, a falta de transparência ter podido provocar uma diferença de tratamento em detrimento das empresas situadas num Estado-Membro diferente do da entidade adjudicante, essa diferença de tratamento pode ser justificada por circunstâncias objetivas".*** *A segunda questão referia-se a saber se à adjudicação de serviços constantes do anexo I se aplicaria o nº 3, do artigo 27, da diretiva 92/50/CEE. Cujo texto era :* ***"3. Quando as entidades adjudicantes adjudiquem um contrato na sequência de um procedimento por negociação, nos termos do nº 2, do artigo 11º, o número candidatos admitidos à negociação não pode ser inferior a três, desde que haja o número suficiente de candidatos adequados".*** *O nº 2, do artigo 11, dirige-se ao procedimento por negociação com publicação de anúncio. A conclusão do Tribunal foi a de que não se aplicava. Assim :* ***"53. (...) o respeito das regras fundamentais e dos princípios gerais da União, bem como das obrigações daí decorrentes, como reconhecido, relativamente aos contratos públicos que apresentam um interesse transfronteiriço certo, na jurisprudência referida no nº 356 do presente acórdão, não implica, enquanto tal, a admissão de um número mínimo de candidatos num procedimento por negociação, conforme previsto no referido artigo 27º, nº 3".***

Processo C-260/17 (Anodiki Services)
Acórdão de 25 de outubro de 2018
ECLI:EU:C:2018:864

"1) O artigo 10º, alínea g), da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/UE, conforme alterada pelo Regulamento Delegado (UE) 2015/2170 da Comissão, de 24 de novembro de 2015, deve ser interpretado no sentido de que contratos de trabalho como os que está em causa no processo principal, isto é, contratos individuais de trabalho a termo, celebrados com pessoas selecionadas com base em critérios objetivos, como o tempo de desemprego, a experiência anterior ou o número de filhos menores a seu cargo, se inserem no conceito de 'contratos de trabalho' visado nessa disposição.

2) As disposições da Diretiva 2014/24, conforme alterada pelo Regulamento Delegado 2015/2179, os artigos 40ºe 56º TFUE, os princípios da igualdade de tratamento, da transparência e da proporcionalidade, bem como os artigos 16º e 52º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, não são aplicáveis a uma decisão de um poder público de recorrer à celebração de contratos de trabalho como os que estão em causa no processo principal, a fim de realizar determinadas tarefas que se inserem nas sua obrigações de interesse público.

3) (...)."

COMENTÁRIO :

O reenvio prejudicial resultou de dois processos nacionais, estando sempre presente a Anodiki Services, e como contrapartes dois hospitais públicos gregos, o GNA Evangelismos e o GONK Agioi Anargyroi. Para contextualizar a matéria, dada a sua singularidade, revela-se útil aproveitar a descrição inicial constante do acórdão, sobre a recente situação de profunda crise económica na Grécia e alguns meios jurídicos instituídos para lhe responder : ***"15. (...) a Lei 4430/2016 foi adotada a fim de fazer face a circunstâncias excecionais qualificadas de 'imprevistas' e 'urgentes', e tendo em conta a existência de disfunções graves que afetam a adjudicação e a execução dos contratos públicos. Segundo a exposição de motivos da Lei 4430/2016, conforme reproduzida na decisão de reenvio, esta lei visa garantir que da redução considerável do orçamento dos respetivos organismos resultarão benefícios económicos, melhorar as condições de trabalho dos***

colaboradores nas empresas em causa e responder às necessidades urgentes e imprevistas dos destinatários dos serviços, de um modo compatível com a Constituição e com o direito da União. O artigo 63º da referida lei prevê a possibilidade de as pessoas coletivas de direito público celebrarem contratos individuais de direito privado a termo a fim de proverem às suas necessidades, designadamente, em matéria de restauração, distribuição de refeições e limpeza". *Os dois hospitais públicos em causa procederam a contratações de pessoal nos termos admitidos pela referida lei e a Anodiki Services impugnou judicialmente essas decisões, sustentando que deveriam terem sido abertos procedimentos de adjudicação nos termos da diretiva 2014/24/UE. Refira-se que, nos termos da alínea g), do artigo 10, do documento legislativo citado :* ***"A presente diretiva não se aplica aos contratos públicos de serviços destinados : (...) g) aos contratos de trabalho".*** *Numa das questões prejudiciais o órgão jurisdicional de reenvio apontava diversas caraterísticas desses contratos, perguntando sobre as consequências jurídicas face ao direito da União sobre contratação pública, pelo que o Tribunal de Justiça a isso respondeu com a constatação de que a definição legal não veio acompanhada de elementos integradores (nº 24, do acórdão). Mas passando à discussão temática essencial, igualmente chamou a atenção para que uma coisa é prever uma disciplina de contratação pública, e outra é entender essa regulamentação obrigaria a uma externalização forçada da prestação de serviços (números 26 e 27, do acórdão). Logo, a diretiva 2014/24/UE não era aplicável à situação reportada no processo. Como não o eram os princípios fundamentais, as liberdades económicas, ou disposições da Carta dos Direitos Fundamentais na União Europeias. Como afirmou o Tribunal de Justiça :* ***"37. (...) as referidas disposições do Tratado FUE e os princípios do direto da União não são aplicáveis às circunstâncias do processo principal, na medida em que os hospitais de direito público em causa neste processo decidiram prover, eles próprios, a algumas das suas necessidades no âmbito do cumprimento das tarefas de interesse público que lhes incumbem, recorrendo à celebração de contratos de trabalho".*** *E também não intervinham os artigos 16 (sobre a liberdade de empresa) e 52 (sobre o âmbito e interpretação dos direitos e dos princípios) da Carta, porque as decisões dos hospitais públicos (e a própria lei grega que as sustenta) não se inserem em execução do direito da União. O comentário à terceira conclusão consta do capítulo 28 (meios de recurso).*

Processos C-266/17 e C-267/17 (Rhein) apensos
Acórdão de 21 de março de 2019
ECLI:EU:C:2019:241

"O artigo 5º, nº 2, do Regulamento (CE) nº 1370/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2007, relativo aos serviços públicos de transporte ferroviário e rodoviário de passageiros, não é aplicável à adjudicação por ajuste direto de contratos de serviços públicos de transporte por autocarro que não assumam a forma de contratos de concessão de serviços, na aceção da Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, e da Diretiva 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."

COMENTÁRIO :

Os processos que foram apensos referem-se a litígios entre entidades adjudicantes locais alemãs e operadores económicos no setor dos transportes, segmento do transporte rodoviário de passageiros. No processo C-266/17, o distrito de Rhein-Sieg, juntamente com outras autarquias locais, constituiu um consórcio intermunicipal para assegurar a realização conjunta das missões previstas na lei sobre o transporte púbico de passageiros na Renânia do Norte, Vestefália. Este consórcio público encarregava-se de fixar as tarifas, entre outras tarefas. A Regionalverkehr Koeln GmbH é uma sociedade detida, direta ou indiretamente, por várias entidades públicas, entre as quais o distrito de Rhein-Sieg. Esta empresa pública presta serviços de transportes de passageiros ao Distrito de Rhein-Sieg e a outras entidades que nela detêm participações diretas ou indiretas, com base em missões atribuídas antes da entrada em vigor do regulamento 1370/2007. Além destas atividades, presta serviços de transporte por autocarro a quatro municípios que gerem as suas próprias redes de autocarros urbanos com base em contratos celebrados antes da entrada em vigor do referido regulamento e sem que tenha havido concurso prévio. Em 21 de agosto de 2015 a assembleia geral da Regionalverkehr Koeln alterou os estatutos desta sociedade, de forma a que apenas disponha de direito de voto para celebrar, alterar ou resolver um contrato de transporte o sócio que adjudique um contrato de serviços de transporte, nos termos do artigo

5º, nº 2, do Regulamento nº 1370/2007, ou cujo detentor, direto ou indireto, adjudique tal contrato. A 30 de setembro de 2015, o Distrito de Rhein-Sieg publicou no JOUE um anúncio de informação prévia sobre o projeto de adjudicação por ajuste direto de um contrato de serviços púbicos de transporte por autocarro que não assume a forma de concessão de serviços. A adjudicatária era a empresa pública atrás mencionada, e o contrato iria valer por doze meses, desde 12 de dezembro de 2016. As empresas Verheksbetrieb Huettebraueker e Busverkehr Rhienland contestaram a adjudicação por ajuste direito perante a Vergabekammer (câmara dos contratos Públicos) que proibiu o ajuste direto. Da continuação do contencioso para o foro judicial resultou a questão prejudicial. No processo C-267/17 estava em causa a atuação da autarquia de Heinsberg, a qual, juntamente com outras autarquias locais, do Zweckverband Aachener Verkehrsbund (Consórico Intermunicipal de Gestão de Tranportes de Aquisgrano), constituído para promover e apoiar os transportes públicos de passageiros dos seus membros. A 15 de março de 2016 o Distrito de Heinsberg publico no JOUE um anúncio de informação prévia sobre o projeto de adjudicação por ajuste direto de um contrato de serviços públicos de transporte de passageiros por autocarro e outros veículos a motor. Estaca previsto que esse contrato, visando vários milhões de quilómetros iniciasse a sua vigência a 1 de janeiro de 2018, e o adjudicatário fosse um operador interno, a WestVerkehr, conforme o estatuto definido no nº 2, do artigo 5º, do regulamento 1370/2007. A empresa Rhenus Veniro intentou uma ação, na Câmara dos Contratos Públicos contra a adjudicação por ajuste direto, que foi considerado improcedente. Da impugnação judicial desta decisão resultou a questão prejudicial. A posição do Tribunal de Justiça foi substancialmente a seguinte : ***68. No caso em apreço, em ambos os processos principais, o órgão jurisdicional de reenvio parece considerar a situação de a adjudicação por ajuste direto dos contratos de serviços públicos de transportes de passageiros ser regulada, nos casos em que tais contratos não assumam a forma de contratos de concessão de serviços, não pelas regras procedimentais da adjudicação de contratos públicos previstas nas Diretivas 2004/17 e 2004/18, mas pelas regras do artigo 3º, nº 2, do Regulamento nº 1370/2007, pelo que, enquanto lex specialis, estas disposições se destinam a substituir o regime geral das adjudicações por ajuste direto. Todavia, importa observar que a sistemática geral e a génese da regulamentação da União em matéria de contratos públicos não conduz a essa interpretação"***. *Continuando :* ***"71. Ora, são os contratos de concessão e os contratos de serviços de transporte de***

passageiros por via férrea ou metropolitano que o artigo 5º, nº 1, do Regulamento nº 1370/2007 sujeita ao regime estabelecidos nos seus nºs 2 a 6, ao passo que remete, em relação aos contratos de serviços de transporte por autocarro ou elétrico, para as Diretivas 2004/17 e 2004/18. 72. Daqui resulta que, na falta de regras nestas diretivas que rejam especificamente a adjudicação de contratos de serviços públicos de transporte de passageiros por via férrea ou metropolitano, e a adjudicação de contratos que assumam a forma de concessão de serviços, o legislador da União instituiu, no âmbito do artigo 5º, nº 2 a 6, do Regulamento nº 1370/2007, um conjunto específico de regras de adjudicação aplicáveis a esses contratos e concessões, incluindo a adjudicação por ajuste direto". *Logo, para a resposta à questão prejudicial, entendeu não ser aplicável o nº 2, do artigo 5º, prejudicando o recurso ao ajuste direto, a contratos de serviços públicos de transporte por autocarro que não assumam a forma de contratos de concessão de serviços. Saliente-se o representativo percurso pelas normas das diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, feita no número 70 do acórdão, para demonstrar a distinção de âmbitos de aplicação, conforme os meios de transporte em causa.*

Processos C-350/17 e C-351/17 apensos (Mobit)
Acórdão de 21 de março de 2019-06-25

O comentário a este acórdão consta do capítulo 24 (setores especiais). Discutiu-se o âmbito de aplicação do regulamento (CE) 1370/2007, sobre o transporte de passageiros por ferrovia ou rodovia, num caso de adjudicação de uma concessão de serviços de transporte. O documento legislativo atrás referido já tinha sido alterado pelo regulamento 2016/2338.

Processo C-388/17 (SJ)
Acórdão de 28 de fevereiro de 2019

O comentário a este acórdão consta do capítulo 24 (setores especiais). É importante para a definição de rede de transporte, e das suas "exploração" e "disponibilização", a propósito da qualificação, da SJ (empresa ferroviária pública sueca) enquanto entidade adjudicante, para os efeitos da incidência da diretiva 2004/17/CE.

Processo C-465/17 (Falck Rettungsdienste)
Acórdão de 21 de março de 2019
ECLI:EU:C:2019:234

"1) O artigo 10º, alínea h), da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE, deve ser interpretado no sentido de que a exceção à aplicação das regras da contratação pública nele prevista abrange a prestação de assistência e de socorro a doentes em situação de emergência num veículo de emergência por socorristas/técnicos de de emergência, abrangidos pelo código CPV (*Common Procurement Vocabulary*) (Vocabulário Comum para os contratos Públicos) 75252000-7 (serviços de socorro), bem como o transporte, a prestação de assistência e de socorro numa ambulância por técnicos de emergência e assistentes de emergência médica, abrangido pelo código CPV 85143000-3 (serviços de ambulância), desde que, no que se refere ao referido transporte qualificado em ambulância, o mesmo seja efetivamente assegurado por pessoal devidamente formado em primeiros socorros e esteja em causa um doente relativamente ao qual exista um risco de degradação do seu estado de saúde durante o referido transporte.

2) O artigo 10º, alínea h), da Diretiva 2014/24/UE deve ser interpretado no sentido de que, por um lado, se opõe a que as associações de utilidade pública reconhecidas pelo direito nacional, como as organizações de defesa e proteção civis, sejam consideradas 'organizações ou associações sem fins lucrativos' na aceção desta disposição, na medida em que o reconhecimento do estatuto de associação de utilidade pública não dependa, no direito nacional, da consecução de um objetivo não lucrativo e, por outro, as organizações ou associações que tenham por objetivo assumir missões sociais, sem finalidade comercial, e que reinvestem os eventuais lucros com vista à consecução do objetivo da organização ou associação, constituem 'organizações ou associações sem fins lucrativos' na aceção da referida disposição."

COMENTÁRIO :

A alínea h), do artigo 10, da diretiva 2014/24/UE tem o seguinte texto : ***"A presente diretiva não se aplica aos contratos públicos de serviços destinados : (...) h) Aos serviços de defesa civil, proteção civil e prevenção de riscos que sejam prestados por organizações ou***

associações sem fins lucrativos e que sejam abrangidos pelos seguintes códigos CPV : 752000-3, 73251000-0, 7521100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9, 85143000-3 exceto serviços de ambulância de transporte de doentes". *O litígio no processo principal estabeleceu-se entre a Falck Rettungsdienste GmbH e a Falck A/S à cidade de Solingen a respeito da adjudicação direta de um concurso de serviços de socorro, sem publicação de qualquer anúncio no JOUE. Em março de 2016, a cidade de Solingen planeou nova adjudicação de serviços de socorro pelo período de cinco anos. Em 11 de maio convidou quatro associações de utilidade pública, a apresentarem proposta. Os dois lotes que compunham o objeto do contrato foram adjudicados, cada um deles, a entidades que tinham sido convidadas. As duas empresas do grupo Falck impugnaram o modelo de contratação e as adjudicações. Face ao teor das normas em causa, o Tribunal de Justiça começou por sufragar a posição do órgão jurisdicional de reenvio de que a assistência prestada a pacientes por um socorrista/técnico de emergência e o transporte qualificado em ambulância não constituem nem 'serviços de defesa civil' nem 'serviços de proteção civil'. Por isso o que há a destrinçar é se poderão ser "serviços de prevenção de riscos', conceito não definido na diretiva em causa. E avançou :* ***"30. Decorre efetivamente de uma interpretação tanto literal como sistemática do artigo 10º, alínea h), da Diretiva 2014/24 que a 'prevenção de riscos' diz respeito aos riscos coletivos e aos riscos individuais".*** *Entre outros aspetos, o Tribunal de Justiça aponta :* ***"34. (...) como defendeu o Governo alemão nas suas observações escritas, a se a prevenção de riscos, e, por conseguinte, a exclusão geral referida no artigo 10º, alínea h), da Diretiva 2014/24, estivesse limitada às intervenções de emergência em caso de situações extremas, o legislador da União não teria de citar o transporte de ambulância na contraexceção. (...)".*** *E conclui, -* ***"36. Em face destas considerações, importa concluir que, tanto a prestação e de socorro de doentes em situação de emergência num veículo de emergência por socorristas/técnicos de emergência como o transporte qualificado em ambulância são abrangidos pelo conceito de 'prevenção de riscos', na aceção do artigo 10º, alínea h), da Diretiva 2014/24".*** *Só haveria de confirmar que estes serviços estavam abrangidos por algum dos códigos CPV constantes das normas em questão. O Tribunal de Justiça considerou que era aplicável o código correspondente aos "serviços de socorro" e não, em princípio, o que referia os "serviços de ambulância". Tendo sobretudo em conta que as normas excecionais devem merecer uma interpretação restritiva, conduzindo, assim, a uma aplicação reduzida. Ainda sobre o código referente aos "serviços de ambulância", o*

Tribunal de Justiça acaba por aceitá-lo, mas, restritivamente. Não bastaria o serviço ser urgente, mas ter também de corporizar um risco de degradação do estado de saúde do paciente transportado, o que tem de ser objetivamente apreciado. Quanto à segunda questão prejudicial, que se reporta à condição das organizações envolvidas na prestação de serviços, para corresponderem ao conceito da "organizações ou associações sem fins lucrativos". O Tribunal de Justiça salientou que o facto de serem, de acordo com o direito alemão, "organização de proteção e de defesa civil", não garante, por si só, que não tenham fim lucrativo. O Tribunal de Justiça considerou, porém, que estavam preenchidos os requisitos de aplicação subjetiva desde que ***"59. (...) reinvistam os eventuais lucros com vista à consecução do objetivo da organização ou associação".*** *O que, uma vez mais, caberia ao juiz nacional verificar. Ver o comentário ao acórdão dado no processo C-424/18 (Italy Emergenza), neste capítulo 1 (âmbito e alcance das normas sobre contratação pública).*

Processo C-518/17 (Rudigier)
Acórdão de 20 de setembro de 2018
ECLI:EU:C:2018:757

"O artigo 7º, nº 2, do Regulamento (CE) nº 1370/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2007, relativo aos serviços públicos de transporte ferroviário e rodoviário de passageiros e que revoga os Regulamento (CEE) nº 1191/69 e (CEE) nº 1107/70 do Conselho, deve ser interpretado no sentido de que :

- a obrigação de pré-informação que prevê é aplicável a contratos de serviços públicos de transporte por autocarro, que são, em princípio, adjudicados em conformidade com os procedimentos previstos pela Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE, ou pela Diretiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE ;
- a violação desta obrigação de pré-informação não implica a anulação do concurso em causa desde que os princípios da equivalência, da efetividade e da igualdade de tratamento sejam respeitados, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar."

COMENTÁRIO :

Como já ocorreu noutros processos, foi aqui abordada a relação entre regimes específicos (domínio público marítimo, transporte de passageiros por rodovia ou ferrovia) e o regime geral definido pelas diretivas sobre contratação pública. O caso desenvolveu-se na Áustria, envolvendo a Salzburger Verkhersverbund, que desencadeou um concurso para a prestação de serviços de transporte público de passageiros por autocarro no vale de Gastein (anúncio publicado no JOUE em 20 de abril de 2016, e objeto de contrato muito relevante, com linhas de autocarro num total de 670.000 Km a percorrer anualmente). A entidade adjudicante não publicou o anúncio de pré-informação referido no nº 2, do artigo 7º, do regulamento (CE) nº 1370/2007. Um interessado, Stefan Rudigier, impugnou judicialmente o concurso, pretendendo a sua anulação. A título de aplicação da lei no tempo, aponte-se que ao anúncio foi publicado dez dias

depois do prazo limite de transposição das diretivas 2014/24/UE e 2014/25/UE, razão pela qual são as suas normas as aplicáveis, e não as das diretivas de 2004. O Tribunal de Justiça considerou as normas do regulamento (CE) nº 1370/2007 como lei especial, prevalente as diretivas gerais em matéria de contratação pública (nº 52, do acórdão). Pelo que dirigiu o essencial da sua atenção às consequências do desrespeito pela obrigação de publicar um anúncio de pré-informação. E afirmou : ***"59. (...) se a omissão não autorizada de publicação no Jornal Oficial a União Europeia de um anúncio de um concurso público deve, em geral, implicar a declaração de invalidade do contrato em causa, essa consequência não está prevista pela legislação da União em matéria de contratos públicos em caso de incumprimento da obrigação de pré-informação referida no artigo 7º, nº 2, do Regulamento nº 1370/2007".*** *O Tribunal de Justiça tinha enquadrado o conjunto desta questão nos meios de recurso, de onde não retirou qualquer consequência drástica, que implicasse a invalidade do procedimento (números 56 a 59, do acórdão), nem violação dos princípios da efetividade e da equivalência (números 61 a 65, do acórdão). Deste modo, e na ausência de norma expressa que conduzisse a tal resultado negativo, o Tribunal de Justiça fundamentou assim :* ***"67. (...) quando a violação do artigo 7º, nº 2, do Regulamento nº 1370/2007 ocorre num contexto em que a autoridade ou a entidade adjudicante tem a intenção de organizar um procedimento concorrencial lançando posteriormente um concurso regular, essa violação não constitui, por si só, um obstáculo a que o operador económico possa efetivamente participar nesse concurso".*** *Acentuando, mas sem retirar qualquer hipótese do órgão jurisdicional de reenvio encontrar consequências mais negativas do que os que resultam de uma visão, de conjunto, otimista, o Tribunal de Justiça continuou :* ***"70. (...) No caso em apreço, resulta de decisão de reenvio que foi concedido aos operadores económicos um prazo de 49 dias após a publicação do concurso para responder ao mesmo, o que ultrapassa os prazos mínimos previstos pelas Diretivas 2014/24 e 2014/25. Além disso, o operador económico em causa no processo principal estava na posse de informações relativas à eventualidade de um concurso muito antes de este concurso ter sido publicado".***

Processo C-606/17 (IBA)
Acórdão de 18 de outubro de 2018
ECLI:EU:C:2018:843

"1.(...).

2) O artigo 1º, nº 2, alínea a), e o artigo 2º, da Diretiva 2004/18 devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma regulamentação nacional como a que está em causa no processo principal, que, ao equiparar os hospitais privados 'classificados' aos hospitais públicos devido à sua inserção no sistema de planeamento público de saúde nacional regulado por convenções *ad hoc*, distintas das relações ordinárias de acreditação com os restantes operadores privados que participam no sistema de prestação de cuidados de saúde, os subtrai à regulamentação nacional e à da União em matéria de contratos públicos, incluindo nos casos em que são incumbidos de fabricar e fornecer gratuitamente às estruturas de saúde públicas produtos específicos necessários ao exercício do serviço de saúde, em contrapartida de um financiamento público afeto ao fabrico e ao fornecimento desses produtos."

COMENTÁRIO :

O que estava substancialmente em causa na matéria decidida nesta conclusão era a possibilidade de, por meio de uma classificação nacional, transformar entidades privadas em entes públicos para efeitos de consideração, mais ou menos turbulenta, de modelos de contratação pública interna. O que o Tribunal faz é descrever o que, até esse momento, havia sido aceite pela jurisprudência quanto a isenção de aplicação de normas das diretivas sobre adjudicações públicas, e rematar a sua conclusão negativa ao identificar a presença de entes privados na relação em causa, nitidamente com vantagem sobe os seus potenciais concorrentes. Na situação concreta, o Sacro Cuore, hospital "classificado", numa equiparação a hospitais públicos, por estar inserido no sistema público de saúde. Não era, portanto, sequer uma relação coberta pela contratação interna. O comentário à primeira conclusão deste acórdão consta do capítulo 8 (contrato).

Processo C-63/18 (Vitali)
Acórdão de 26 de setembro de 2019

Trata-se de mais um caso sobre os limites à subcontratação, frequentemente constantes da legislação nacional (neste caso, em Itália). E, uma vez mais, o Tribunal de Justiça considerou ser esse tipo de disposições contrária ao direito da União, interpretando a diretiva 2014/24/UE. O comentário consta do capítulo 12 (seleção qualitativa dos interessados e apreciação das suas propostas).

Processo C-253/18 (Rhenus Veniro)
Acórdão de 8 de maio de 2019

O comentário a este acórdão consta do capítulo 24 (setores especiais). É especialmente interessante quanto à definição do âmbito de aplicação do regulamento específico sobre o transporte de passageiros por ferrovia ou rodovia, e as diretivas da geração de 2014. Como sucedeu com o comentário à decisão nos processos C-350/17 e C-351/17 apensos, optámos por colocá-lo no capítulo 24, para frisar a importância da coexistência de regimes, geral e especial (nos termos reiterados pela jurisprudência), em áreas sobrepostas, ao menos parcialmente. Com a devida chamada aqui.

Processo C-264/18 (PM)
Acórdão de 6 de junho de 2019

O comentário a este acórdão consta do capítulo 5 (princípios gerais). Discutiu-se a compatibilidade entre algumas exceções de incidência das normas da diretiva 2014/24/UE, sobre serviços de arbitragem, conciliação, e outros serviços jurídicos, com os princípios gerais do direito da União e as regras sobre as liberdades económicas fundamentais.

Processo C-285/18 (Irgita)
Acórdão de 3 de outubro de 2019

O comentário a este acórdão consta do capítulo 22 (sistemas de contratação interna, in-house, e de cooperação para exercício conjunto de missão de serviço público). Nele se decidiu sobre a aplicação de normas das diretivas 2004/18/CE ou 2014/24/UE, pendendo o Tribunal de Justiça para a aplicação desta última, no contexto de uma relação de contratação interna, na Lituânia.

Processo C-322/18 (Schiafinni Travel)
Despacho de 20 de junho de 2019

ECLI:EU:C:2019:527

"O artigo 5º e o artigo 8º, nº 2, do Regulamento (CE) nº 1370/2007do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2007, relativa aos serviços de transporte ferroviário e rodoviário de passageiros e que revoga os Regulamentos (CEE) nº 1191/69 e (CEE) nº 1107/70 do Conselho, devem ser interpretados no sentido de que o artigo 5º, nº 2, deste regulamento não é aplicável a um procedimento de adjudicação de um contrato de concessão de serviço público de transporte local que decorreu antes de 3 de dezembro de 2019."

COMENTÁRIO :

Mais uma decisão sobre o âmbito de aplicação (sobretudo temporal) do regulamento 1370/2007, desencadeada a partir de um litígio entre a empresa Schiaffini Travel Spa e a comuna de Latina (Lácio, Itália) quanto à admissão de um agrupamento temporário de empresas denominado Citia num procedimento aberto, desencadeado por anúncio publicado no JOUE, a 26 de maio de 2017. O objeto do futuro contrato era o transporte público local no território municipal de Latina. Schiaffini contestou a admissão do agrupamento Citia, controlado pela RATP (Paris), através de uma sociedade instrumental italiana (ver processos apensos C-350/17 e C-351/17, Mobit, sobre questão similar, e também envolvendo uma subsidiária italiana da RATP, nesse caso a Autolinea Toscane). Schiaffini considerava que a Citia seria um operador interno, mas no Estado-Membro de estabelecimento da entidade dominante, a RATP, e não noutro, se fosse aplicável o enquadramento do artigo 5º, do regulamento em questão (pretendendo a Schiaffini que, com essa exclusão qualitativa, se desencadeasse um impedimento à subsidiária da RAPT em poder obter qualquer adjudicação, por não poder participar em nenhum procedimento), O que o Tribunal fez foi sufragar o regime transitório e excecional, conjugado entre o disposto no nº 2, do artigo 8º, e o artigo 5º, do regulamento 1370/2007, salientando a necessidade de um período de adaptação antes da abertura plena à concorrência (nº 35, do acórdão). Com esse exercício, resolveu as questões, subtraindo-lhe qualquer fundamento jurídico. Veja-se o teor do início do nº 2, do artigo 8º, referido : ***"2. Sem prejuízo do nº 3, a adjudicação de contratos de serviço público de transporte ferroviário e rodoviário deve dar cumprimento ao disposto no artigo 5º, a partir de 3 de dezembro de 2019. Durante***

este período transitório, os Estados-Membros devem tomar medidas para darem gradualmente cumprimento ao disposto no artigo 5º, a fim de evitar anomalias estruturais graves, nomeadamente relacionadas com a capacidade de transporte (...)".

Processo C-424/18 (Croce Verde)
Despacho de 20 de junho de 2019
ECLI:EU:C:2019:528

"O artigo 10º, alínea h), da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE, lido em conjugação com o considerando 28 dessa diretiva, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional nos termos da qual, por um lado, os serviços de ambulância, relativamente aos quais seja obrigatória a presença de um motorista socorrista possuidor das habilitações e competências demonstradas pela frequência de um curso e pela aprovação numa prova de exame das matérias relativas ao socorrismo, e, por outro, os serviços de transporte previstos no quadro dos níveis básicos de cuidado efetuados com veículo de emergência, estão abrangidos, na falta de urgência, pela exclusão prevista nessa disposição."

<u>COMENTÁRIO</u>

Este reenvio prejudicial resultou de dois litígios, que opuseram a Italy Emergenza Cooperativa Sociale e a Associazione Volontaria di Pubblica Assistenza "Croce Verde"à Ulss 5 Polesana Rovigo (Unidade Regional Socio-Sanitaria nº 5 Polesine, Rovigo Italia) e à Regione del Veneto, relativamente à adjudicação por ajuste direto pela Ulss do contrato de prestação de serviços de transporte em ambulância à Croce Verde (as convenções que nas quais o ajuste direto se projetava eram de elevado valor financeiro - € 2.291.260 por ano, sendo a decisão da entidade adjudicante foi assumida a 28 de dezembro de 2017, para valer de 1 de abril de 2018 a 31 de março de 2020, com hipótese de renovação por mais dois anos). A Italy Emergenza considerava, no recurso judicial que interpôs, que os serviços de transporte em ambulância não figuravam entre as exclusões previstas na alínea h), do artigo 10, da diretiva 2014/24/UE. Entretanto, devido a uma decisão do Conselho de Estado que dispôs sobre matéria similar, a Ussl anulou a sua decisão controvertida. A Italy Emergenza dispôs-se a retirar o seu recurso, na condição de que a Croce Verde não recorresse do citado ato de anulação. Porém, a Croce Verde assim não procedeu, impugnando o referido ato da Ussl. O Tribunal de Justiça sumariou, assim, a questão prejudicial : ***"23. Com as suas questões, que importa analisar em conjunto, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 10º, alínea h), da Diretiva 2014/24, lida em conjugação com o considerando 28 desta diretiva,***

deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional nos termos da qual, por um lado, os serviços de ambulância, nos quais é obrigatória a presença a bordo de um motorista socorrista e de, pelo menos, um socorrista possuidor das habilitações e competências demonstradas pela frequência num curso e pela aprovação numa prova de exame das matérias relativas ao socorrismo, e, por outro, os serviços de transporte previstos no quadro dos níveis básicos de cuidados efetuados com veículos de emergência, estão abrangidos, na falta de urgência, pela exclusão prevista nessa disposição". *Como no comentário ao processo C-465/17 (Falck Rettungsdienste), interessa aqui recordar o teor das normas em causa, do artigo 10, da diretiva 2014/24/UE :* ***"A presente diretiva não se aplica aos contratos públicos de serviços destinados : (...) h) Aos serviços de proteção civil e prevenção de riscos que sejam prestados por organizações ou associações sem fins lucrativos e que sejam abrangidos pelos seguintes códigos CPV : (...), exceto serviços de ambulância de transportes de doentes".*** *E o Tribunal de Justiça conclui :* ***"25. Resulta do artigo 10º, alínea h), da Diretiva 2014/24, lido à luz do seu considerando 28, que a exclusão das regras da contratação pública prevista nesta disposição a favor dos serviços prevenção de riscos só pode beneficiar determinados serviços de emergência prestados por organizações ou associações sem fins lucrativos e que não deve ultrapassar o estritamente necessário (Acórdão de 21 de março de 2019, Falck Rettungsdienste e Falck, C-465/17, EU:C:2019:234, nº 43)".*** *A necessidade de se estar perante um serviço de emergência não estava demonstrada simplesmente pela presença de pessoal qualificado a bordo. E qualquer situação que pudesse fazer cair na previsão da citada alínea h), teria de ser apreciada objetivamente. Tenha-se em atenção o conteúdo preciso dos códigos CPV em causa : serviços de socorro e incêndios (75250000-3), serviços de incêndios (75251000-0), serviços de combate a incêndios (75251100-1), serviços de prevenção de incêndios (75251110-4), serviços de luta contra os incêndios florestais (75251120-7), serviços de socorro (75252000-7), serviços de ambulâncias (85143000-3) e serviços relacionados com a segurança nuclear (98113100-9). Estava, naturalmente, sobretudo em causa o âmbito da exceção relativa aos serviços de ambulância.*

Processo C-475/18 (SATI)
Despacho de 20 de junho de 2019
ECLI:EU:C:2019:529

"O artigo 5º e o artigo 8º, do Regulamento (CE) nº 370/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2007, relativo aos serviços públicos de transporte ferroviário e ferroviário de passageiros e que revoga os Regulamentos (CEE) nº 1191/69 e (CEE) nº 1107/70 do Conselho, devem ser interpretados no sentido de que o artigo 5º, nº 4, deste regulamento, não é aplicável à decisão de uma autoridade local competente relativa à adjudicação direta de um contrato de serviço público de transporte local tomada antes de 1 de dezembro de 2019."

COMENTÁRIO :

Processo C-515/18 (Autorità Garante I)
Acórdão de 24 de outubro de 2019
ECLI:EU:C:2019:893

"O artigo 7º, nºs 2 e 4, do Regulamento (CE) nº 1370/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2007, relativo aos serviços públicos de transporte ferroviário e rodoviário de passageiros e que revoga os Regulamentos (CEE) nº 1191/69 e (CEE) nº 1107/70 do Conselho, deve ser interpretado no sentido de que as autoridades nacionais competentes que tenham a intenção de adjudicar por ajuste direto um contrato de serviço público de transporte ferroviário de passageiros não estão obrigadas, por um lado, a publicar ou comunicar aos operadores eventualmente interessados todas as informações necessárias para que possam elaborar uma proposta suficientemente pormenorizada e suscetível de ser objeto de uma avaliação comparativa e, por outro, a efetuar essa avaliação comparativa relativamente a todas as propostas eventualmente recebidas na sequência da publicação dessa informações."

COMENTÁRIO :
O litígio no processo principal estabeleceu-se entre a Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e a Região Sardenha a respeito da adjudicação por esta última, em ajuste direto de um contrato de serviço público de transporte ferroviário de passageiros à Trenitalia, Spa. A 29 de dezembro de 2015 a Região Sardenha publicou, nos termos do artigo 7º, nº 2, do regulamento 1370/2007, um anúncio de pré-informação sobre a adjudicação prendida efetuar. Recebeu duas declarações de interesse, um da Trenitalia e dois de outros dois operadores económicos. Um deles solicitava informação complementar, seja quanto ao objeto, seja quanto ao procedimento. A Região Sardenha adjudicou, sem mais, por decisões de 27 de junho e de 17 de julho de 2017 o serviço de transporte público de transporte de passageiros para o período de 1 de novembro de 2017 a 31 de dezembro de 2025. O nº 6, do artigo 5º, do regulamento 1370/2007 dispunha o seguinte : ***"6. Salvo proibição da legislação nacional, as autoridades competentes podem decidir adjudicar por ajuste direto contratos de serviço público relativos ao transporte ferroviário, com exceção de outros sistemas guiados como os metropolitanos e os metropolitanos ligeiros de superfície. Em derrogação do nº 3, do artigo 4º, a duração destes contratos não pode ser superior a dez anos, exceto em aplicação do nº 4, do artigo 4º".*** *O considerando 30,*

do mesmo regulamento, afirmava que ***"os contratos de serviço público adjudicados por ajuste direto deverão estar subordinados à maior transparência"****. Mas a definição constante da alínea h), do artigo 2º para o ajuste direto era* ***"(...) adjudicação de um contrato de serviço público a um determinado operador de serviços públicos sem qualquer processo prévio de concurso".*** *Logo, a noção de transparência seria mais vaga do que aquilo a que normalmente se depreende desse princípio, bastando clareza na aplicação do interesse público. A Trenitalia é uma empresa pública detida a 100% pela holding FS (Ferrovia dello Stato), cujo capital, por sua vez, é detido pelo Ministério das Finanças. Se bem que as questões prejudiciais tivessem a ver com obrigações específicas da entidade adjudicante quanto a providenciar informação sobre o processo, e quanto a eventual comparação de propostas, é nas normas anteriormente referidas que está a resolução da questão. Que acaba por limitar as obrigações de informação à divulgação do teor da decisão singularmente assumida. Foi nesses termos que o Tribunal de justiça interpretou as normas contidas no artigo 7º, do regulamento 1370/2007, considerando-as cumpridas. O Tribunal lembrou a decisão dada no processo C-518/17 (Rudigier), a 20 de setembro de 2018 (nº 33, do acórdão), e também o processo legislativo do que veio a ser o regulamento 1370/2007, onde a proposta de maior abertura à concorrência proposta pela Comissão, não foi acolhida.*

Processo C-521/18 (Pegaso)
Acórdão de 28 de outubro de 2020

O comentário a esta decisão consta do capítulo 24 (setores especiais). Discutiu-se se os serviços de portaria, receção e vigilância dos acessos às instalações dos prestadores de serviços postais deveriam ser adjudicados em respeito pelas disposições da diretiva 2014/25/UE. O Tribunal de Justiça decidiu que sim, desde que as atividades referidas se destinem efetivamente a permitir que os operadores de serviços postais cumpram a sua função de forma adequada, tendo em conta as respetivas condições normais de exercício.

Processo C-796/18 (ISE)
Acórdão de 28 de maio de 2020

O comentário a este acórdão consta do capítulo 22 (sistemas de contratação interna, in-house, e modelos de cooperação para o exercício conjunto de missão de serviço público). É uma decisão muito importante para o discernir do conceito de "contrato público", e para o papel da onerosidade nessa qualificação.

Processo C-3/19 (Asmel)
Acórdão de 4 de junho de 2020

Processo C-11/19 (Euganea)
Despacho de 6 de fevereiro de 2020

O comentário a esta decisão consta do capítulo 22 (sistemas de contratação interna, in-house, e de cooperação para exercício conjunto de missão de serviço público), e aí foi apreciada uma regra nacional que só permitia desencadear um procedimento no mercado se através do recurso a meios próprios e outras entidades públicas não se satisfizesse as necessidades coletivas em causa. O Tribunal aceitou a conformidade dessa regra com o direito da União.

Processo C-45/19 (Tranvias Coruña)
Acórdão de 19 de março de 2020
ECLI:EU:C:2020:224

"O artigo 8º, nº 3, segundo parágrafo, segunda frase, do Regulamento (CE) nº 1370/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2007, relativo aos serviços públicos de transporte ferroviário e rodoviário de passageiros e que revoga os Regulamentos (CEE) nº 1191/69 e (CEE) nº 1107/70 do Conselho, deve ser interpretado no sentido de que a duração máxima de 30 anos prevista nesta disposição, para os contratos visados no artigo 8º, nº 3, primeiro parágrafo, alínea b), deste regulamento, começa a correr na data da entrada em vigor do referido regulamento."

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal estabeleceu-se entre a Compañia de Tranvías de La Coruña ao Ayuntamiento de A Coruña, quanto ao termo de um contrato de transporte público adjudicado diretamente à citada Compañia. A 1 de dezembro de 1986, o município da Corunha aprovou a celebração de um contrato com a Compañia, destinado a unificar numa única concessão todas as linhas de transporte urbano de que esta era concessionária. Este contrato previa como termo único 21 de dezembro de 2024, e foi assinado a 6 de fevereiro de 1987. Em 5 de julho de 1996 as mesmas partes celebraram outro contrato para incluírem na relação um novo serviço de transporte público, prestado por elétricos. O termo era o mesmo. No nº 3, do artigo 8º, do regulamento (CE) 1370/2007, quando se estabeleceram diversos prazos para caraterizar o processo de transição para a nova disciplina, foi inserta, num passo que abrange o contrato (os contratos) da Coruña, a seguinte expressão "os contratos (...) podem manter-se em vigor até ao termo da sua duração, mas não por um período superior a trinta anos". Ora, como o Tribunal de Justiça aponta, essa norma ***"19. (...) não especifica expressamente o ponto de partida a partir do qual a duração máxima de 30 anos deve ser calculada".*** *E, portanto, criou um problema, pois no universo desses contratos há muitos que foram celebrados muito antes da publicação do regulamento em questão. A 18 de outubro de 2016, o município da Corunha enviou à Compañia uma comunicação indicando que, em conformidade com o novo regulamento, a extinção da concessão ocorreria de pleno direito nos termos do período de trinta anos a contar da data da sua adjudicação. Mesmo contado a data do contrato (1 de dezembro de 1986), e não a da adjudicação, o termo deste teria passado de 21 de dezembro de 2024, para 30 de*

novembro de 2016. Ainda assim o município da Corunha decidiu manter a concessão por um período máximo de dois anos, contados de 30 de novembro de 2016, apesar do Tribunal de Justiça ter contado o prazo limite a partir da entrada em vigor do regulamento 1370/2007.

Processo C-537/19 (Comissão *versus* Áustria)
Acórdão de 22 de abril de 2021
ECLI:EU:C:2021:319

"1) A ação é julgada improcedente.
2) A Comissão Europeia é condenada nas despesas."

COMENTÁRIO :

Uma vez mais alertamos para o facto de uma decisão ser sucinta, e completamente negativa para as pretensões da Comissão Europeia, em nada prejudica a importância da fundamentação que o Tribunal de Justiça desenvolve. A Comissão levou a Áustria perante o Tribunal, por entender que a empresa pública Stadt Wien-Wiener Whonen teria ilicitamente adjudicado por ajuste direto à sociedade Vectigal Immobilien GmbH & Co KG, o contrato de 25 de maio de 2012, relativo ao imóvel de escritórios sito na Guglgasse 2-4, em Viena. A Comissão sustentava que tal contrato era de empreitada, e que a violação seria a normas da diretiva 2004/18/CE. A Vectigal era proprietária do terreno onde pretenderia nele construir o imóvel Gate 2. Recorrendo diretamente à descrição do acórdão : ***"12. O bem arrendado era constituído por duas alas (A e B), do rés-do chão ao quinto andares. Além disso, a Wiener Whonen dispunha, enquanto opção (Call-Option) do direito unilateral de tomar de locação, para além dos cinco andares que constituíam o bem arrendado desde o início, o sexto e oitavo andares na ala B do referido imóvel. Um aditamento ao contrato de arrendamento datado de 25 de outubro de 2012 confirmou que a Wiener Whonen exerceu esta opção. 13. O contrato de locação em causa foi celebrado por tempo indeterminado. Previa inicialmente que a Wiener Whonen apenas podia rescindir oficialmente o contrato quinze anos após o início da locação, e, em seguida, de dez em dez anos. Além desta rescisão ordinária, era possível a rescisão extraordinária se o locador violasse o contrato de locação de forma grave ou persistente, ou se o imóvel Gate 2 não pudesse ser utilizado para o uso acordado durante mais de seis meses. 14.O segundo aditamento ao referido contrato, datado de 16 e 17 de setembro de 2013, adiou o prazo da primeira possibilidade de rescisão ordinária (...). 15. Depois de ter ocupado o imóvel Gate 2, a Wiener Whonen subarrendou à Wiener Whonen Haus und Aussenbetreuung GmbH alguns espaços de escritório. Além disso, o Gewerkschaft der Gemeindebediensteten (Sindicato dos trabalhadores municipais) instalou igualmente um centro de***

informação nesse imóvel". *O contrato de locação de longa duração visava centralizar das instalações de serviços dessa empresa municipal. Vejamos os argumentos adiantados pela Comissão, e a sua apreciação pelo Tribunal de Justiça.* ***"21. A Comissão sustenta que a celebração, pela Wiener Whonen, uma entidade pública ligada à cidade de Viena, com uma empresa privada, de um contrato de locação de longa duração relativo ao imóvel Gate 2, antes de este ter sido construído, constitui uma adjudicação por ajuste direto de um contrato de empreitada com vista à construção e locação de um imóvel de escritórios, pelo facto de a Wiener Whonen ter exercido uma influência no planeamento dos trabalhos relativos ao referido imóvel, que ia muito além das exigências habituais do locatário de um novo imóvel".*** *Tendo em conta que a exclusão de incidência da diretiva referida prevista na alínea a), do nº 1, do seu artigo 16 terá de considerar que, por exemplo, o conceito de "contrato de locação" é de direito da União, e não matéria de definições nacionais ou de denominações que as partes dêem a contratos (número 43, do acórdão). Relembrou, repetidamente, a decisão no processo C-213/13 (Impresa Pizzarotti), mas não omitiu o facto do imóvel, à data da celebração do contrato, não estar ainda construído. Particularmente importante o seguinte passo :* ***"53. No que respeita ao edifício projetado, pode ser identificada uma influência determinante na sua conceção se se puder demonstrar que essa influência é exercida em relação à estrutura arquitetónica desse edifício, com a sua dimensão, as suas paredes exteriores e as suas paredes de suporte. Só se pode considerar que os pedidos relativos aos acabamentos internos demonstram uma influência determinante se se distinguirem devido à sua especificidade ou à sua amplitude".*** *Afirmando o princípio do ónus da prova que cabia à Comissão, o Tribunal de Justiça frisa que esta não alegou que a Wiener Whonen houvesse procurado exercer uma influência nos planos do proprietário do terreno, antes da receção, a 28 de fevereiro de 2012, da análise das localizações (número 57, do acórdão). Além disso, as caraterísticas do edifício não se distinguiam de unidades com fins semelhantes (número 60). Como arguiu a República da Áustria, quando se entabularam as negociações para o contrato, o seu planeamento estava determinado e concluído (numero 61). E desvalorizou a opção pelo arrendamento dos andares suplementares, porque já estava previsto na versão inicial do contrato (números 63 a 71). Unindo a análise a estes argumentos principais outros parte do elenco da Comissão – inexistência de licença de construção à data da celebração do contrato, tipo de fiscalização, especificações técnicas do imóvel a construir, etc – a conclusão*

foi a de que a Comissão não lograra demonstrar perante uma violação da diretiva 2004/18/CE. Sem desvalorizar este último aspeto, que pode, ou não, verificar-se em qualquer processo futuro, não temos dúvidas de que este acórdão virá certamente a suscitar muita discussão, pois pode providenciar um caminho de fuga à aplicação dos procedimentos previstos no direito da União.

Processo C-598/19 (Conacee)
Acórdão de 6 de outubro de 2021

O comentário a este acórdão consta do capítulo 12 (seleção qualitativa dos interessados e apreciação das suas propostas). Discutiu-se a compatibilidade entre o direito da União e um normativo espanhol sobre os requisitos de participação em procedimentos de adjudicação de contratos reservados a pessoas com deficiência ou desfavorecidos, que era maias restritiva do que o estabelecido no nº 1, do artigo 20, da diretiva 2014/24/UE.

Processo C-436/20 (ASADE I)
Acórdão de 14 de julho de 2022
ECLI:EU:C:

"1) Os artigos 76º e 77º da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE, devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma legislação nacional que reserva às instituições privadas sem fins lucrativos a faculdade de celebrarem, através de concurso público, acordos ao abrigo dos quais estas instituições prestam serviços sociais de assistência às pessoas, contra o reembolso dos custos que suportam, independentemente do valor previsto desses serviços, mesmo que tais instituições não cumpram os requisitos previstos nesse artigo 77º, desde que, por um lado, o quadro jurídico legal e contratual no qual é desenvolvida a atividade das referidas instituições contribua efetivamente para o fim social e para a prossecução de objetivos de solidariedade e de eficácia orçamental em que assenta essa legislação e, por outro, o princípio da transparência, conforme é densificado, em particular, no artigo 75º dessa diretiva, seja respeitado.

2) O artigo 76º da Diretiva 2014/24 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional segundo a qual, no âmbito da adjudicação de um contrato público de serviços sociais referido no anexo XIV desta diretiva, a implantação do operador económico na localidade onde os serviços devem ser prestados constitui um critério de seleção dos operadores económicos, prévio ao exame das suas propostas".

<u>COMENTÁRIO :</u>

O litígio no processo principal estabeleceu-se entre a ASADE (Asociación Estatal de Entidades de Atención a Domicilio), e o Governo da Comunidade Autónoma Valenciana, a respeito da legalidade de um seu decreto sobre a ***ação concertada de serviços sociais****. A ASADE sustentava que tal diploma era contrário ao direito da União, porque limitava, para a Comunidade Valenciana, o regime definido nas diretivas sobre contratação pública. Especificamente, arguia a ASADE, segundo o relato constante do acórdão :* ***"31. (...) por excluírem as instituições com fins lucrativos da possibilidade de prestarem determinados serviços sociais de assistência a pessoas no âmbito de uma ação concertada, permitindo simultaneamente que as instituições sem***

fins lucrativos, e não só as organizações de voluntariado, prestem esses serviços contra remuneração sem terem de passar por um procedimento de concurso transparente que assegure a igualdade de tratamento entre os operadores económicos em causa". *O Tribunal de Justiça afastou a aplicação da diretiva 2006/123, seja pela escassez de dados constantes dos autos (números 43 e 44, do acórdão), seja pela incidência desse diploma (número 42, igualmente do relatório do acórdão). Portanto, tudo se jogava nos termos da diretiva 2014/24/UE, começando pela apreciação sobre se se estava perante "contratos públicos", conceito de direito da União (nº 55), para concluir que sim. Depois seria um contrato público de serviços, sendo os "serviços" considerado nos termos do artigo 56 TFUE. E conclui que, salvo exceções, estes vínculos são "contratos públicos de serviços". Mais precisamente :* ***"73. (...) por um lado, resulta dos autos de que dispõe o Tribunal de Justiça que, pelo menos, uma parte dos serviços sociais de assistência às pessoas, suscetíveis de ser objeto de um acordo de ação concertada, está abrangida pelos serviços enumerados no anexo XIV da Diretiva 2014/24 e, por outro, que as questões prejudiciais têm por objeto a interpretação não das disposições desta diretiva geralmente aplicáveis aos procedimentos de adjudicação de contratos públicos, mas apenas dos artigos 74º a 77º da referida diretiva, que instituem em específico um regime simplificado de adjudicação de contratos públicos abrangidos por este anexo".*** *E só com estes pressupostos a questão foi apreciada :* ***"77. O artigo 77º, nº 2, da Diretiva 2014/24 especifica os requisitos estritos mediante os quais um operador económico pode ser considerado uma 'organização', na aceção deste artigo. Assim, é exigido que esse operador económico tenha por objetivo a prossecução de uma missão de serviço público ligada à prestação de serviços sociais ou especiais, a que se refere esse artigo, que os lucros do referido operador económico sejam reinvestidos com vista à prossecução desse objetivo e que quando esse lucros sejam distribuídos ou redistribuídos, essa operação se deve basear em considerações de natureza participativa. Além disso, a estrutura de gestão ou propriedade desse operador económico devem basear-se na participação dos trabalhadores ou em princípios participativos, ou requerer o envolvimento dos trabalhadores, utilizadores ou partes interessadas".*** *Foi ainda respondida uma questão sobre a implantação necessária do operador económico na localidade onde devem ser prestados os serviços, algo que foi considerado contrário ao direito da União.*

Processo C-669/20 (Veridos)
Acórdão de 15 de setembro 2022

O comentário a este acórdão consta dos capítulos 15 (critério de adjudicação e regime do preço anormalmente baixo) e 28 (meios de recurso). Esteve em causa a aplicação da verificação do preço anormalmente baixo no contexto da diretiva 2009/81/CE (contratação nos domínios da segurança e defesa), e da proteção jurisdicional de atos praticados (e de omissões relevantes) nesse contexto.

Processo C-676/20 (ASADE II)
Despacho de 11 de março de 2023
ECLI:EU:C:2023:289

"Os artigos 76º e 77º da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 20214, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE,
devem ser interpretados no sentido de que :
não se opõem a uma legislação nacional que reserva a instituições sem fins lucrativos a faculdade de celebrar, com observância dos princípios de publicidade, de concorrência e de transparência, acordos em virtude dos quais essas instituições prestam serviços sociais ou de saúde pública de interesse geral, contra o reembolso dos custos que suportam, independentemente do valor previsto para desses serviços, quando a utilização desses acordos tenha em vista satisfazer objetivos de solidariedade, sem melhorar necessariamente a adequação ou a eficácia orçamental da prestação dos referidos serviços relativamente ao regime de aplicação geral aos procedimentos de contratação pública, sempre que,
- por um lado, o quadro geral e convencional em que se desenvolve a atividade das referidas instituições contribui efetivamente para a finalidade social e a prossecução de objetivos de solidariedade e de eficiência orçamental que sustentam essa legislação, e
- por outro lado, se respeite o princípio da transparência, tal como é designadamente especificado no artigo 75º dessa diretiva:"

<u>COMENTÁRIO :</u>
Apreciando matéria que ocupou, principalmente, o processo C-436/20 (ASADE I), mas agora no contexto de um litígio entre a ASADE e a Consejeria de Sanidad de la Diputación General de Aragón, temos uma reafirmação da jurisprudência. Basta sinalizar a forma da decisão, para confirmar esta nossa opinião : o primeiro processo foi objeto de um acórdão, o segundo de um despacho. A temática assim duplamente decidida está, claramente, na fronteira entre a atividade económica e a simples ação social. Certo é que, mesmo nestas situações limite o Tribunal de Justiça não perde o foco na promoção da maior concorrência possível. Daí a reiterada chamada de atenção do artigo 75, da diretiva 2014/24/EU, como já tinha sucedido no acórdão anterior sobre matéria similar.

Processos C-213/21 e C-214/21 (Italy Emergenza) apensos
Acórdão de 7 de julho de 2022

ECLI:EU:C:2022:532

"O artigo 10º, alínea h), da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE, deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma regulamentação nacional que prevê que os serviços de transporte sanitário de urgência e de emergência só podem ser adjudicados *prioritariamente* por convenção a organizações de voluntariado, e não a cooperativas sociais que podem distribuir pelos seus membros excedentes relacionados com as suas atividades".

COMENTÁRIO :

As questões prejudiciais resultaram de dois litígios que opuseram a Italy Emergenza Cooperativa Sociale à Azienda Sanitaria Locale de Berletta-Andria-Trani (processo C-213/21, com anúncio do procedimento de 27 de abril de 2020) e a mesma firma à Azienda Sanitara Provinciale di Cosenza (processo C-214/21, com anúncio publicado a 26 de fevereiro de 2020), a propósito de duas decisões pelas quais as entidades públicas referidas deram início a procedimentos de seleção com vista à adjudicação, por convenção, do serviço de transporte sanitário de urgência e emergência a organizações de voluntariado (o que impedia a Italy Emergenza, enquanto cooperativa social, de concorrer). Estava em causa a interpretação do conceito de "organizações sem fins lucrativos", constante da alínea h), da diretiva 2014/24/UE, e utilizada para determinar uma exclusão de incidência prevista nessa diretiva, para vários contratos públicos de serviços. O Tribunal de Justiça salientou a natureza ampla desse conceito e a necessidade de lhe ser dada uma interpretação uniforme (números 29 e 30, do acórdão). Enquadrando a questão, salientou o imperativo de, para cumprir os objetivos da diretiva, se ter de produzir uma interpretação restritiva, para respeitar a pureza da exceção consagrada : ***"33. (...) o conceito de organizações ou associações 'sem fins lucrativos', na aceção do artigo 10º, alínea h). da diretiva 2014/24/UE deve estar estreitamente circunscrito às organizações e associações que tenham uma natureza particular, isto é, às que não prosseguem nenhum fim lucrativos e que não podem proporcionar qualquer lucro, ainda que indireto, aos seus membros".*** *O Tribunal de Justiça salientou a indispensabilidade de reinvestimento dos resultados, como*

definido no acórdão dado no processo C-465/17 (Falck Rettungsdienste), e concluiu : ***"39. No caso em apreço, e sem prejuízo da análise da regulamentação nacional e dos estatutos das organizações em causa no processo principal que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio efetuar, resulta de uma leitura conjugada do artigo 3º, nº 2-bis, do Decreto Legislativo nº 112/2017 e do artigo 34º dos Estatutos da Italy Emergenza que a assembleia geral pode decidir sobre o pagamento de excedentes a cada um dos membros. Ora, como resulta tanto das decisões de reenvio como das observações dos vários interessados, uma vez que os excedentes constituem um instrumento que permite atribuir uma vantagem aos membros de uma cooperativa, a existência dessa possibilidade de distribuição de 'lucros' deve obstar à qualificação de uma cooperativa social, como a Italy Emergenza, de organização ou associação 'sem fins lucrativos, na aceção do artigo 10º, alínea h), da Diretiva 2014/24/UE".'*** *Portanto, consolida-se, na jurisprudência, a indispensabilidade do reinvestimento da totalidade dos resultados, para não ser considerado o fim lucrativo de qualquer tipo de organização.*

Processo C-292/21 (CNAE)
Acórdão de 19 de janeiro de 2023
ECLI:EU:C:2023:32

"O artigo 15º da Diretiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro, relativa aos serviços no mercado interno,
deve ser interpretado no sentido de que :
esta disposição opõe-se a uma regulamentação nacional segundo a qual a adjudicação de cursos de sensibilização e de reeducação rodoviária para recuperação de pontos da carta de condução deve ser efetuada através de uma concessão de serviço público, na medida em que esta regulamentação excede o que é necessário para alcançar o objetivo de interesse geral prosseguido, a saber a melhoria da segurança rodoviária."

COMENTÁRIO :
Num processo com traços muito particulares, foi apreciado um conjunto de temas de contratação pública, ainda que interpretando normas inclusas na diretiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (sobre os serviços no mercado interno). O processo principal é espanhol e opôs a Administración General del Estado e a Confederación Nacional de Autoescuelas (CNAE) à Audica e ao Ministério Público, a respeito do regime jurídico aplicável aos cursos de sensibilização e de reeducação rodoviária para efeitos da recuperação de pontos das cartas de condução. O objeto do contrato sujeito a concurso foi caraterizado uma concessão de serviço público. Para este efeito, o território nacional (com a exceção da Catalunha e do País Basco) foi dividido em cinco zonas, correspondendo cada uma a um lote. No termo do procedimento, o adjudicatário de cada um dos lotes seria a única entidade autorizada a ministrar os referidos cursos. A Audica (Asociación para la Defensa de los Intereses Comunes de las Autoescuelas) impugnou o concurso, já fundado na contestação ao formato jurídico. Depois de uma decisão desfavorável, a Audica interpôs recurso para a Audiência Nacional, que deu provimento ao mesmo. A Administração General del Estado e a CNAE impugnaram esta última decisão, em recurso para o Tribunal Supremo, de onde resultou o reenvio prejudicial. O primeiro aspeto a ser abordado pelo Tribunal de Justiça foi saber se a diretiva 2006/123/CE seria aplicável, tendo sido a resposta positiva, em prejuízo da aplicabilidade da diretiva 2014/23/UE. Do acórdão : ***"30. No caso em apreço, há que considerar, à semelhança do órgão jurisdicional de reenvio, que a realização de cursos de***

sensibilização e de reeducação rodoviária para recuperação de pontos da carta de condução através de uma concessão permite que o concessionário preste os cursos em causa a título oneroso. Por outro lado, esta atividade está relacionada com uma instalação estável a partir da qual a prestação de serviços é efetivamente assegurada". *Depois, lembrou a jurisprudência que sustenta que entra no conceito de serviços no domínio dos transportes não só o ato físico de movimentação de pessoas ou mercadorias de um local para outro* ***"(...) mas também qualquer serviço intrinsecamente relacionado com esse ato (...)*** *segundo o que consta do ponto 33, do acórdão.*

Processo C-437/21 (Liberty Lines)
Acórdão de 13 de outubro de 2022
ECLI:EU:C:2022:794

"O Regulamento (CEE) nº 3577/92 do Conselho, de 7 de dezembro de 1992, relativo à aplicação do princípio da livre prestação de serviços aos transportes marítimos internos nos Estados-Membros (cabotagem marítima), e, em especial, o seu artigo 1º, nº 1, e o seu artigo 4º, nº 1, deve ser interpretado no sentido de que :

se opõe a uma regulamentação nacional que tem por objeto equiparar os serviços de transporte marítimo aos serviços de transporte ferroviário, quando essa equiparação tenha por efeito subtrair o serviço em causa à aplicação da regulamentação em matéria de contratos públicos que lhe é aplicável."

COMENTÁRIO :

O processo principal, em Itália, opôs a Liberty Lines ao Ministério das Infraestruturas e Transportes a respeito da adjudicação por ajuste direto do serviço de transporte marítimo rápido de passageiros entre Messsina e Reggio Calabria. Entre 2015 e 2018 a Liberty Lines (então denominada Ustica Lines), por ter ganho um concurso público, assegurou esse serviço. Porém, a partir de outubro de 2015 o Ministério adjudicou por ajuste direto o novo contrato à firma Blueferries, detida integralmente pela Rete Ferroviaria Italiana. As autoridades italianas sustentaram que o regulamento 1370/2007 era igualmente aplicável ao transporte marítimo de passageiros, tendo em seu apoio o disposto no nº 2, do seu artigo 1º, que refere a possibilidade de extensão a casos de transporte 'por via marítima nacional'. Esse regulamento admitia a adjudicação por ajuste direto. Porém, intervinha também o regulamento 3577/92, o qual não prevê adjudicações sem concorrência. E : ***"36. (...) dado que os Estados-Membros só podem aplicar o Regulamento nº 1370/2007 ao transporte marítimo de passageiros por via navegável sem prejuízo do Regulamento nº 3577/92, os contratos de transporte público de passageiros por via navegável não podem ser celebrados sem concurso prévio, em conformidade com o que este último regulamento prevê".*** *Saliente-se que, para além de um exercício normal de esclarecimento da incidência normativa, estava em causa o recurso oportunista a um enquadramento jurídico alternativo, com a finalidade de degradar as condições de concorrência.*

Processo C-186/22 (Sad Trasporto Locale)
Acórdão de 19 de outubro de 2023
ECLI:EU:C:2023:

"1) O artigo 1º, nº 2, do Regulamento (CE) nº 1370/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2007, relativo aos serviços públicos de transporte ferroviário e rodoviário de passageiros e que revoga os Regulamentos (CEE) nº 111/69 e (CEE) nº 1170/70 do Conselho, conforme alterado pelo Regulamento (UE) 2016/2338 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de dezembro de 2016,
deve ser interpretado no sentido de que :
este regulamento não se aplica a um contrato de serviços públicos misto de transporte intermodal de passageiros, incluindo o transporte por elétrico, por funicular e por teleférico, inclusivamente num contexto no qual que o transporte cuja gestão foi adjudicada."
2) (...)."

COMENTÁRIO :
O litígio no processo principal opõe a Sad Trasporto Locale à Província Autónoma de Bolzano a respeito da adjudicação direta, mediante concessão, a um operador interno do serviço de transporte público de passageiros em determinadas instalações por sistema guiado (via férrea) e teleférico da Strutture Trasporto Alto Adige. O próprio Tribunal de Justiça sumaria, assim, parte essencial dos factos relevantes neste caso : ***"10. Por força das Decisões de 30 de dezembro de 1991 e de 15 de junho de 2001, cujos efeitos foram prorrogados por mais de uma vez e, por último, até 19 de março de 1991, a recorrida no processo principal, a Província Autónoma de Bolzano, comissionou à recorrente no processo principal, a Sad Trasporto Localde SpA, a gestão dos serviços de transporte público locais na referida Província, incluindo as instalações fixas de funicular, de teleférico e de elétrico. 11. Ao abrigo da Deliberação nº 243, de 16 de março de 2021, a recorrida no processo principal adjudicou internamente, nos termos do artigo 5º, nº 2, do Regulamento nº 1370/2007, os referidos serviços de transporte público, para o período compreendido entre 19 de maio de 2021 e 30 de abril de 2030, à STA, uma sociedade de que é a única acionista e que é, portanto, juridicamente distinta, embora exerça a sua atividade a título principal com a mesma e opere exclusivamente no território da Província Autónoma de Bolzano. 12. O transporte por funicular e elétrico representa a parte maioritária dos serviços de transporte cuja gestão foi assim atribuída, constituindo o transporte por teleférico 47% do serviço***

global diretamente atribuído à STA". *A questão nuclear era assim a de saber se o regulamento 1370/2007 era aplicável à situação em concreto. O Tribunal de Justiça entende que não, essencialmente nestes termos :* ***"25. (...) o Regulamento 1370/2007 não define os termos 'transporte de passageiros por caminho de ferro propriamente dito e outros sistemas guiados'. Todavia, tendo em conta o seu sentido habitual na linguagem corrente, a opção de o legislador utilizar estes termos implica que pretendeu visar modos de transporte caracterizados pela deslocação de veículos numa via formada por uma única via férrea ou por vários carris paralelos".*** *Do mesmo modo o citado diploma não previa qualquer aplicação a contratos mistos (número 28, do acórdão). O comentário à segunda conclusão consta do capítulo 23 (auxílios de Estado).*

Processo C-348/22 (Autorità Garante)
Acórdão de 20 de abril de 2023

Este acórdão está analisado nos capítulos 4 (efeito direto) e 18 (liberdade de prestação de serviços). Esteve em causa a aplicação de normas da diretiva 2006/123/CE, sobre os serviços no mercado interno, quanto a concessões de ocupação do domínio público marítimo, e respetivas prorrogações. Reconhecendo o efeito direto a normas decisivas para o enquadramento jurídico do caso concreto, o Tribunal de Justiça também se pronunciou sobre a validade da aprovação da diretiva citada, pelo Conselho por maioria absoluta e não por unanimidade.

Processo C-737/22 (BibMedia)
Acórdão de 13 de junho de 2024
ECLI:EU:C:

"O artigo 18º, nº 1, da Diretiva 2014/24/UE ddo Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE,
deve ser interpretada no sentido de que :
os princípios da igualdade de tratamento e da transparência enunciados nesta disposição se opõem a que, no âmbito de um procedimento de adjudicação de um contrato público dividido em lotes seja adjudicado um lote ao proponente que tenha apresentado a segunda proposta economicamente mais vantajosa, na condição de aceitar efetuar os fornecimentos e prestar os serviços relativos a esse mesmo lote ao mesmo preço que o proponente que tenha apresentado a proposta economicamente mais vantajosa e ao qual, em consequência, tenha sido adjudicado outro lote, mais importante, desse contrato."

COMENTÁRIO :