

CAPÍTULO 11

CONCESSÕES.

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). Sublinhe-se que, nesta decisão é afastada a qualificação de um contrato como de concessão de serviços.

Processo C-324/98 (Telaustria e Telefonadress)

Acórdão de 7 de dezembro de 2000

O comentário a este acórdão está distribuído pelos capítulos 5 (princípios gerais) e 24 (setores especiais), onde constam as respectivas conclusões. Do conjunto do acórdão constam importantes passos sobre o conceito de concessões de serviços, que justificaram frequentes referências em decisões posteriores. É o caso da segunda parte da primeira conclusão, onde figura o seguinte : “(...) esse contrato não fica abrangido por esta (diretiva 93/38/CEE, nota nossa), na fase actual do direito comunitário, devido nomeadamente ao facto de a contrapartida fornecida pela primeira empresa à segunda consistir na obtenção por esta última do direito de explorar, com vista à sua própria retribuição, a sua própria prestação”. Matéria esta contextualizada no processo de produção legislativa dessa diretiva, e no facto de terem desaparecido as referências às concessões de serviços, que constavam do processo inicial.

Processo C-358/00 (Buchhaendler)

Despacho de 30 de maio de 2002

Coletânea, 2002, página I-4685

ECLI:EU:C:2002:317

“Um contrato de concessão de serviços públicos de edição está, no estado actual do direito comunitário, excluído do âmbito de aplicação 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, na redacção que lhe foi dada pela Directiva 97/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro de 1997, apesar de, pelo seu objecto específico, se enquadrar no anexo IA desta directiva, para a qual remete o seu artigo 8º”.

COMENTÁRIO :

O reenvio prejudicial resultou de um conflito entre a Buchhaendler Vereinigung GmbH, por um lado, e a Saur Verlag e a Deutsche Bibliothek, por outro, a propósito do projeto de celebração, por última, de um contrato de concessão de serviços públicos para a reprodução e a distribuição da bibliografia nacional alemã em catálogo impresso e em CD-ROM. Ver a decisão dada no processo C-324/98 (Telaustria e Telefonadress), a que o Tribunal recorre extensivamente, para reaplicar essa jurisprudência. De muito interesse igualmente (números 24 a 27 do acórdão) a referência ao processo de aprovação da diretiva 92/50/CEE, no qual a Comissão propôs que as concessões de serviço público fossem abrangidas, e o Conselho retirou, da versão final, todas as menções a esse tipo de contrato público. O mesmo já tinha sido feito no atrás citado processo C-324/98 (Telaustria e Telefonadress), quanto à produção da legislação sobre os setores especiais.

Processo C-231/03 (Coname)

Acórdão de 21 de julho de 2005

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). Trata-se de uma situação de pretensa contratação interna, não validada pelo Tribunal de Justiça, envolvendo uma concessão de serviço público.

Processo C-458/03 (Parking Brixen)

Acórdão de 13 de outubro de 2005

Coletânea, 2005, página I-8585

ECLI:EU:C:2005:605

“1) A atribuição, por uma autoridade pública a um prestador de serviços, da gestão de um parque de estacionamento público pago, em contrapartida da qual esse prestador é remunerado pelos montantes pagos por terceiros que utilizam esse parque, constitui uma concessão de serviços públicos a que não é aplicável a Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços.
(...)”

COMENTÁRIO :

*Para o Tribunal de Justiça bastaria, pelo menos na conclusão desta decisão, que a remuneração da parte privada do contrato o fosse pelo recebimento de “montantes pagos por terceiro que utilizam esse parque”. Não é referido, diretamente na conclusão, o fator **risco** que deva ser assumindo pelo concessionário, se bem que, se a única fonte de remuneração for da natureza da apontada, tal é inerente. Porém, a discussão sobre o conceito comunitário de concessão, seja de obras ou serviços, vai muito além deste primeiro passo. Basta ver o teor do artigo 3º da diretiva 71/305/CEE, que já admite que numa concessão possa a remuneração do concessionário ser a exploração de um equipamento, acompanhado do pagamento de um preço. De especial interesse, a decisão que veio a ser dada no processo C-206/08 (Wasser Gotha). À época da decisão no processo Parking Brixen, a possibilidade de aplicação da diretiva 92/50/CEE foi afastada, por ser qualificado o contrato em causa, como concessão de serviço público e não de obra pública. Por isso, o Tribunal recorreu a princípios gerais, para censurar, e ilegalizar, a falta de concurso, ou de qualquer outro procedimento aberto à concorrência. O comentário à segunda conclusão, que é muito relevante, consta do capítulo 22 (sistemas de contratação interna, in-house, e de cooperação para exercício conjunto de missão de serviço público).*

**Processos C-187/04 e C-188/04 apensos
(Comissão *versus* Itália)**

Acórdão de 27 de outubro de 2005

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 uma adjudicação direta, sem precedência de qualquer anúncio, de concessões de autoestradas.

Processo C-410/04 (ANAV)
Acórdão de 6 de abril de 2006)

O comentário a este acórdão consta do capítulo 22 (sistemas e contratação interna, in-house, e de cooperação para exercício conjunto de missão de serviço público).

Processo C-382/05 (Comissão *versus* Itália)
Acórdão de 18 de julho de 2007

O comentário a este acórdão consta do capítulo 16 (falta ou conteúdo incorreto de anúncios e desrespeito por outras regras dos procedimentos pré-contratuais). É importante pela discussão da natureza dos contratos em causa nesse processo, e pelo conceito de concessão aí sustentado, de modo muito claro, pela Comissão, e, pelo menos aparentemente, acolhido, neste caso, pelo Tribunal de Justiça. Ou seja, de que é indispensável a assunção de risco pelo concessionário.

Processo C-347/06 (ASM Brescia)

Acórdão de 17 de julho de 2008

Coletânea, 2008, página I-5641

ECLI:EU:C:2008:416

“1) A Directiva 2003/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2003, que estabelece regras comuns para o mercado interno de gás natural e que revoga a Directiva 98/30/CE não se opõem a que a regulamentação de um Estado-Membro como a que está em causa no processo principal, preveja a prorrogação, nas condições nela fixadas, do período de transição findo o qual deve cessar antecipadamente uma concessão de distribuição de gás natural como a que está em causa no processo principal. Nestas condições deve considerar-se igualmente o artigo 10º CE e o princípio da proporcionalidade também não se opõem a essa regulamentação.

2) Os artigos 43º CE, 49º CE e 86º, nº 1, CE não se opõem a que a regulamentação de um Estado-Membro como a que está em causa no processo principal, preveja a prorrogação, nas condições nele fixadas, do período de transição findo o qual deve cessar antecipadamente uma concessão de distribuição de gás natural como a que está em causa no processo principal, desde que essa prorrogação permita aos co-contratantes dissolverem as suas relações contratuais em condições aceitáveis tanto do ponto de vista das exigências de serviço público como do ponto de vista económico.”

COMENTÁRIO :

A diretiva 2003/55/CE dispôs sobre regras comuns para o mercado interno de gás natural, o qual deveria ser concretizado pelos sistemas jurídicos dos Estados-Membros. Como a atividade de distribuição de gás natural já existia, e frequentemente era concretizada por concessões, um dos pontos mais sensíveis era o do estatuto a dar às concessões já contratadas, e como se deveria seguir no futuro. No caso da lei italiana, estava sobretudo em causa este conjunto de normas : “Relativamente à actividade de distribuição de gás, as concessões existentes à data de entrada em vigor do presente decreto assim como as concessões adjudicadas às sociedades derivadas da transformação dos actuais gestores prosseguem, até ao termo do prazo fixado, se este termo ocorrer antes do final do período de transição previsto no nº 7 (neste número 7 dispunha que o período transitório, em geral, era de cinco

anos sobre 31 de dezembro de 2000, com algumas possibilidades de prorrogações, ainda que por períodos pouco longos , nota nossa). *As concessões em vigor relativamente às quais não está previsto o termo do prazo ou cujo termo ocorra depois de terminado o período transitório manter-se-ão até ao fim do período transitório*". O litígio no processo principal estabeleceu-se entre a ASM Brescia SpA e o município de Rodengo Saiano a propósito da deliberação nº 19 do seu Conselho Municipal, de 19 de julho de 2005, que confirma a data de 31 de dezembro de 2005 como fim da concessão à ASM Brescia do serviço de distribuição de gás natural no seu território. A ASM Brescia era a concessionária desse serviço desde 27 de fevereiro de 1984, com termo definido para 31 de dezembro de 2014, depois estendido para 31 de dezembro de 2029. Este elemento ficava prejudicado pela deliberação citada, que igualmente fixou o direito ao reembolso de amortizações à ASM Brescia, no valor de € 926.000. O Tribunal de Justiça apreciou as três questões apresentadas pelo órgão jurisdicional de reenvio, dirigindo-se, em primeiro lugar, a discernir se era compatível com o artigo 10, do Tratado CE (princípio da proporcionalidade), e com o nº 1, do artigo 23, da diretiva 2003/55/CE, uma legislação que prorroga automaticamente uma concessão de distribuição de gás natural, adjudicada sem procedimento concorrencial. A resposta do Tribunal de Justiça a esta questão foi a seguinte : **"37. Resulta tanto da sistemática da Directiva 2003/55/CE que esta tem por objecto a realização do mercado interno no sector do gás natural. Para este efeito, como prevê o seu artigo 1º, nº 1, primeiro período, a directiva institui regras comuns relativas ao transporte, distribuição, fornecimento e armazenagem do gás natural. 38. O artigo 23º, nº 1, da Directiva 2003/55/CE determina o calendário de abertura relativo ao fornecimento do gás natural e prevê, designadamente, que os Estados-Membros devem garantir que os clientes elegíveis, ou seja, aqueles que têm o direito de se dirigir ao fornecedor da sua escolha, sejam, a partir de 1 de julho de 2007, todos os clientes. 39. Esta disposição diz respeito ao fornecimento de gás natural e não à sua distribuição. Por conseguinte, não se pode dela inferir nenhuma obrigação de os Estados-Membros porem fim aos contratos de distribuição adjudicados sem procedimento de submissão à concorrência. 40. A Directiva 2003/55/CE não contém, além disso, nenhuma disposição relativa às actuais concessões de gás natural"**. Sobre as duas restantes questões, e enquadradas juridicamente nas regras sobre as liberdades económicas fundamentais, desde que apresentem um interesse transfronteiriço certo (nº 59, do acórdão), constata o Tribunal de Justiça que a adjudicação de uma

concessão de serviços, sem qualquer concorrência, constitui um prejuízo para todos os potenciais interessados, algo que é inaceitável no direito da União. Restaria saber se a prorrogação desta situação, que novamente constituiria uma lesão, poderia ser aceitável. Aqui, a pronúncia é positiva para a solução da lei italiana, por três motivos : a) a diretiva 2003/55/CE, na promoção do mercado interno não pôs em causa a concessões já atribuídas ; b) depois, no caso concreto, caso não existisse a deliberação impugnada nacionalmente, ela mesma permite que ao contrário de cessar a omissão da concorrência só em 2029, acabaria em 2005 (limite da prorrogação, segundo a regra geral) ; c) o princípio da segurança jurídica alguma consequência terá de lhe ser outorgada, tendo em conta que existiam contratos firmados, nomeadamente quanto às condições em que o vínculo contratual existente seja dissolvido em condições minimamente aceitáveis.

Processo C-423/07 (Comissão *versus* Espanha)

Acórdão de 22 de abril de 2010

O comentário a este acórdão consta do capítulo 16 (falta de publicação ou conteúdo incorreto de anúncios ou desrespeito por outras regras dos procedimentos pré-contratuais). Estava em causa a realização de obras não previstas no contrato de concessão, que foi considerada incompatível com o disposto na diretiva 93/37/CEE.

Processo C-437/07 (Comissão *versus* Itália)

Acórdão de 13 de novembro de 2008

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 do caso da adjudicação de uma concessão (assim qualificada pela entidade adjudicante) pela comuna de Áquila por meio de um procedimento atípico denominado “financiamento de projeto”. O Tribunal de Justiça considerou que haveria de respeitar os procedimentos previstos na diretiva 93/37/CEE, o que não tinha acontecido.

Processo C-206/08 (Wasser Gotha)

Acórdão de 10 de setembro de 2009

Coletânea, 2009, página I-8377

ECLI:EU:C:2009:540

“O facto de, no âmbito de um contrato relativo a prestações de serviços, o adjudicatário não ser directamente remunerado pelo poder público, mas ter o direito de cobrar uma contrapartida a terceiros, basta para que esse contrato seja qualificado de ‘concessão de serviços’, na acepção do artigo 1º, nº 3, alínea b), 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, desde que o adjudicatário assuma a totalidade ou, pelo menos, uma parte significativa do risco de exploração suportado pelo poder público, mesmo que esse risco seja muito limitado de antemão, devido às modalidades de direito público da organização do serviço.”

COMENTÁRIO :

No contexto de um litígio principal entre a associação de distribuição de água e de evacuação de águas residuais da cidade de Gotha e dos municípios da sua área administrativa (WAZV Gotha), e a empresa Eurowasser, quanto à atribuição do serviço público de distribuição de água potável e de evacuação de águas residuais, surgiram as questões prejudiciais daquele que, provavelmente, será um dos mais importantes arestos do Tribunal de Justiça sobre o conceito material de concessão. A WAZV Gotha tinha, anteriormente, atribuído a uma empresa municipal da cidade de Gotha o cumprimento das tarefas em causa, por contrato que expirava em 2008. Por isso, a WAZV Gotha desencadeou, em setembro de 2007, um procedimento de concurso informal, em vez do procedimento formal de adjudicação de contratos públicos. Mas publicou o anúncio no JOCE. Como precisa o acórdão : “14. O anúncio informava da atribuição de uma concessão de serviços para a distribuição de água e a evacuação de águas residuais no território coberto pela WAZV Gotha, por um período de 20 anos, e convidava as empresas interessadas a apresentarem as suas candidaturas”. Decidindo sobre a matéria de fundo, o Tribunal de Justiça começou por afirmar a condição da WAZV Gotha como poder público, e considerar aplicável a diretiva 2004/17/CE. O que levava a que estivesse aí prevista a figura da concessão de serviços (o que acontecia, no direito comunitário, pela primeira vez), mas que também que o artigo 18

dessa diretiva declarava a sua inaplicabilidade a concessões de serviços no setor da água. A questão essencial residia em saber se bastava que a remuneração do cocontratante resultasse do direito de cobrar a terceiros uma contrapartida, ou se era necessário que a isso se unisse a assunção do risco do negócio (ver números 46 e 47, do acórdão). O Tribunal lembrou a definição de concessão que há muito constava da legislação comunitária (para as concessões de obra pública, desde a diretiva 71/305/CEE), que permitia que fosse, nesse contexto feito o pagamento de um preço, além da recolha das receitas de exploração. E que essa característica fora vertida para a definição de concessão de serviços, da diretiva 2004/17/CE. Como, no caso presente, a remuneração do cocontratante provinha do pagamento a ser feito pelos utentes do serviço, estava identificada um primeiro traço da existência da concessão. E, como afirma o acórdão : **“55. (...) é irrelevante que a remuneração seja regulada pelo direito privado ou pelo direito público”**. Conclui : **“57. (...) a circunstância de o adjudicatário não ser directamente remunerado pelo poder público, mas de ter o direito de cobrar uma remuneração de terceiros, satisfaz a exigência de uma contrapartida, prevista no artigo 1º, nº 3, alínea b), da Directiva 2004/17. 58. Esta conclusão impõe, contudo, que seja precisado o conceito de ‘direito de exploração’, como ‘contrapartida dos serviços’, que figura na referida disposição”**. E, aqui, sim chegamos a um ponto controverso, na determinação da natureza jurídica do contrato. No processo, as partes (e os contrainteressados) divergiram muito quanto a este ponto, indo desde a afirmação de que não era necessário suportar expressamente, qualquer risco, até à necessidade de suportar todo. A Comissão, por exemplo, entendia que era necessário estar-se perante a assunção de um risco importante, mesmo que não igual ao que seria suportado em mercado livre. O Tribunal, de algum modo, parece hesitar numa pronúncia clara, como se vem a depreender da parte final da conclusão do acórdão, acima reproduzida. Assim, e recorrendo a características que idêntica no setor da água – **“72. É corrente que certos sectores de actividade, designadamente os sectores relativos a actividades de utilidade pública, como a distribuição de água e a evacuação das águas residuais, sejam objecto de um regime que pode ter por efeito limitar os riscos económicos elevados” ; “75. (...) não seria razoável exigir a uma autoridade pública concedente que criasse condições de concorrência e de risco económico mais elevadas do que aquelas que, nos termos do regime aplicável ao setor em causa, existem neste último”**.

Processo C-274/09 (Privater Rettungsdienst)

Acórdão de 10 de março de 2011

Coletânea, 2011, página I-1335

ECLI:EU:C:2011:130

“O artigo 1º, nºs 2, alínea d), e 4, 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, deve ser interpretado no sentido de que, quando a remuneração do operador económico escolhido é integralmente assegurada por pessoas distintas da entidade adjudicante que atribuiu o contrato relativo aos serviços de socorro e esse operador económico incorre num risco de exploração, ainda que limitado, em razão, designadamente, do facto de o montante das taxas de utilização dos serviços em causa depender do resultado de negociações anuais com terceiros e não estar assegurada uma cobertura integral dos custos incorridos no quadro de uma gestão das suas actividades em conformidade com os princípios enunciados no direito nacional, o referido contrato deve ser qualificado de contrato de ‘concessão de serviços’, na acepção do artigo 1º, nº 4, desta directiva.”

COMENTÁRIO

O litígio no processo principal opôs a empresa Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler à associação de municípios encarregada dos serviços de socorro e de incêndios de Passau, a propósito dos processos de adjudicação de contratos de prestação de serviços em matéria de serviços de socorro. Estava sobretudo em causa se o contrato em causa era de prestação de serviços, ou, pelo contrário, uma concessão de serviços. A empresa citada prestou serviços de socorro para a associação, até 31 de dezembro de 2008, data da rescisão dos contratos então existentes. A associação, depois, celebrou contratos temporários com duas entidades, declarando que, em momento posterior, celebraria um contrato definitivo, após aplicação do procedimento pré-contratual respetivo. A empresa que anteriormente tinha os contratos, impugnou judicialmente a atitude da associação. No território de Passau, os contratos relativos à prestação de serviços de socorro à população são celebrados de acordo num denominado modelo de “concessão”. Resumindo as características desse sistema o montante das taxas a pagar pelo serviço é convencionado entre o organismo de segurança social e o prestador admitido. Existem critérios legais para a fixação das

taxas, a que devem submeter-se os prestadores, sem prejuízo de poderem desencadearem um procedimento arbitral, em caso de divergência. O Ministério do Interior bávaro procede aos pagamentos aos prestadores, em adiantamentos sistemáticos, acertados periodicamente em função dos serviços prestados. O Tribunal de Justiça reiterou que o conceito de “concessão de serviços” é do domínio do direito da União, e independente de qualquer noção jurídica nacional, utilizou jurisprudência constante, valorizando a existência de um direito de exploração de um equipamento, ou deste acompanhado de um pagamento. Logo, ser a remuneração satisfeita por terceiros, preenche uma condição inicial para ser qualificado o contrato como de concessão. Depois, mencionou a necessidade de que haja alguma transferência de risco para o concessionário. Aprofundando o caso concreto, o Tribunal frisa que : **“(...) a associação de municípios de Passau transferiu para os prestadores escolhidos, por vários anos, a totalidade da execução técnica, administrativa e financeira das prestações de serviços de socorro, de que tinha o encargo, em conformidade como parágrafo 4, nº 1, da lei bávara”**. O Tribunal recorreu diretamente à decisão dada no processo C-206/08 (Wasser Gotha) para relativizar o que seja a assunção de risco, quando estão em causa atividades em que, antes da relação em análise, já existiam formas de mitigação de risco. Para concluir : **“35. Em tais setores, o poder público não tem nenhuma influência sobre as modalidades de direito público aplicáveis à organização do serviço, e sobre o nível de risco a transferir, e não seria razoável exigir a uma autoridade pública concedente que criasse condições de concorrência e de risco económico mais elevadas do que aquelas que, nos termos do regime aplicável ao setor em causa, existem neste último (v. acórdão Eurowasser, já referido, nºs 75 e 76)”**. Esses riscos são os da exploração económica, como a exposição a fatores aleatórios do mercado, à concorrência com outros operadores, a inadequação entre a oferta e a procura, o risco de insolvência dos devedores do preço, o risco da falta de cobertura integral das despesas de exploração, ou qualquer um que esteja ligado ao incumprimento contratual. Ora, aqui, o fator negociação das taxas é relevante, se comparado com o preço fixo de uma prestação de serviços, dado que pode a remuneração não ser suficiente para a própria sustentação do negócio. Sendo claro que o Tribunal aceitou a qualificação do contrato como de “concessão de serviços”, por todos os motivos que considerou, e dos quais se faz uma súmula, neste comentário, é importante que o intérprete leve sempre sempre em boa ordem o texto exato da conclusão. Neste caso, ela coloca diretamente todas as condições que valorizou.

Processo C-348/10 (Norma Dekom)

Acórdão de 10 de novembro de 2011

Coletânea, 2011, página I-10983

ECLI:EU:C:2011:721

“1) A 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 de água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, deve ser interpretada no sentido de que constitui um ‘contrato de serviços’ na acepção do artigo 1º, nº 2, alínea d), desta directiva um contrato através do qual um adjudicatário, por força das regras de direito público e das cláusulas contratuais que regem a prestação destes serviços, não assume uma parte significativa do risco que a entidade adjudicante suporta. Compete ao órgão jurisdicional nacional apreciar se a operação em causa no processo principal deve ser qualificada de concessão de serviços ou de contrato público de serviços tendo em conta todas as características da referida operação.

2) (...).”

COMENTÁRIO:

O caso desenvolveu-se na Letónia, num litígio que opôs as empresas Norma e Dekom a uma entidade pública que sucedeu ao Conselho Regional de Ludza, a respeito da atribuição à Ludzas autotransporta uzņēmums SAI da “concessão” de serviços de transporte público por autocarro na cidade e no distrito de Ludzas. O Conselho Regional citado desencadeou um concurso com o objeto atrás apontado, em 17 de junho de 2009. As duas reclamantes apresentaram proposta, mas o contrato foi adjudicado a uma terceira empresa, também já referida. Depois de reiterar que a apreciação da natureza jurídica do contrato em causa – saber se é de prestação de serviços ou de concessão de serviços – é uma questão de direito da União, excluída a intervenção de normas nacionais, o Tribunal de Justiça avançou na identificação das características da concessão (ou da sua não verificação). Uma vez mais, a questão de como se concebe a remuneração (e, concomitantemente a da assunção, ou não, de risco) teve papel preponderante. Como é afirmado no acórdão : “42. No que respeita a um contrato relativo a prestações de serviços, a circunstância de o adjudicatário não ser directamente remunerado pela entidade adjudicante, mas ter o direito de cobrar uma remuneração a terceiros, satisfaz a exigência de uma contrapartida, prevista no

artigo 1º, nº 3, alínea b), da Directiva 2004/17 (v. designadamente, acórdão Eurowasser, já referido, nº 57. 43 É esse o caso quando, como no processo principal, ao prestador de serviços em compensação dos quais é remunerado pelos utilizadores finais dos mesmos em conformidade com a tarifa fixada. 44. Embora o modo de remuneração seja um dos elementos determinantes para a qualificação de uma concessão de serviços, resulta ainda da jurisprudência que a concessão de serviços implica que o concessionário assuma o risco ligado à exploração dos serviços em questão, A falta de transferência para o prestador do risco ligado à prestação de serviços indica que a operação visada constitui um contrato público de serviços e não uma concessão de serviços (v.,designadamente, acórdão Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler,já referido, nº 26". Sem discutir agora se o Tribunal de Justiça sempre exigiu a verificação destes dois elementos, e do modo claro como aqui é feito, importa, sim, salientar a longa reflexão que é feita quanto ao critério do risco (números 45 a 56), sem paralelo em qualquer outro acórdão, confirmando a posição expressa no acórdão Wasser Gotha (também mencionado como Eurowasser), processo C-206/08, de 10 de setembro de 2009. Note-se que existia divergência entre as partes no processo perante o Tribunal de Justiça quanto à existência, ou não, de transferência de risco (na legislação letã e no contrato em causa existiam diversas possibilidades de proceder a pagamentos ao prestador/concessionário, que, de facto, tinham consequências a este respeito). Por isso o Tribunal de Justiça remeteu para o órgão jurisdicional de reenvio a tarefa de confirmar se essa transferência se verificava. No entanto, da primeira conclusão ficam claras as baías normativas, a respeitar depois de esclarecida a situação de facto. O comentário à segunda conclusão consta do capítulo 28 (meios de recurso).

Processo C-221/12 (Belgacom)
Acórdão de 14 de novembro de 2013
ECLI:EU:C:2013:736

“1) Os artigos 49º TFUE e 56º TFUE devem ser interpretados no sentido de que um operador económico de um Estado-Membro pode invocar nos órgãos jurisdicionais desse Estado-Membro a violação do dever de transparência que resulta destes artigos que terá ocorrido quando da celebração de um contrato através do qual uma ou várias entidades públicas do referido Estado-Membro adjudicaram a um operador económico do mesmo Estado-Membro uma concessão de serviços que apresenta um interesse transfronteiriço certo ou cederam a um operador económico o direito exclusivo de exercer uma atividade económica que apresenta semelhante interesse.

2) Os artigos 49º TJUE e 56º TFUE devem ser interpretados no sentido de que :

- a vontade de não desrespeitar certos direitos que, por contrato preexistente, entidades públicas cederam a um operador económico a respeito da utilização de redes por cabo que lhes pertencem não pode justificar que seja dada a esse contrato uma extensão contrária ao direito da União sob a forma de uma adjudicação direta de uma concessão de serviços ou de um direito exclusivo de exercer uma atividade que apresenta um interesse transfronteiriço certo, ainda que tal tenha sido feito com o propósito de pôr termo a um litígio surgido entre as partes em causa, por razões totalmente independentes da sua vontade, quanto ao âmbito deste contrato ;
- motivos de natureza económica, como a vontade de evitar a depreciação de uma atividade económica, não constituem razões imperiosas de interesse geral suscetíveis de justificar uma adjudicação direta de uma concessão de serviços relativos a essa atividade ou de um direito exclusivo de exercer a referida atividade e que tem um interesse transfronteiriço certo, em derrogação dos princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação consagrados nos referidos artigos.”

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal opôs a Belgacom NV a quatro associações intermunicipais belgas, a respeito de várias decisões pelas quais estas aprovaram a celebração, sem concurso público, de contratos que previram a transferência para a Telenet NV da sua atividade de fornecimento de serviços de televisão e dos contratos de subscrição de televisão subscritos pelos seus clientes, bem como, por tempo determinado, dos direitos acessórios sobre as suas redes por cabo e a cessão de um direito de enfiteuse sobre essas redes. Em termos de enquadramento normativo, a diretiva 2004/18/CE não se aplicava, por efeito do seu artigo 17. Logo, a matéria seria abordada a partir das regras das liberdades económicas fundamentais e dos princípios gerais. As quatro associações são integralmente entidades públicas. Em 1996, e por intermédio de uma sociedade cooperativa de direito comum, a Interkabel, uma participação de 1,51% no capital social da Telenet, através da cessão a esta de direito de utilização parcial das suas redes por caso durante 50 anos. O ato formal de cessão atribuía à Telenet um direito de preferência em caso de cessão de direitos de propriedade sobre as redes por cabo das associações intermunicipais, e um direito de preferência em caso de cessão a um terceiro dos direitos de utilização daquelas para o fornecimento de “serviços multimédia”. Em seguida, as associações intermunicipais constituíram um agrupamento económico, o IN-DI, com vista, designadamente, a oferecer serviços de televisão digital interativa através das suas redes por cabo. A Telenet impugnou judicialmente esta última decisão, teve deferido um pedido de medidas provisórias e acabou por concluir um acordo extrajudicial com as associações, que acabou por ser por elas aceite em dezembro de 2007. Desse acordo resultaram diversos direitos e obrigações para a Telenet, com total exclusão do mercado de todos os outros operadores, como a Belgacom, que o impugnou judicialmente. Decidindo sobre a matéria, o Tribunal de Justiça enquadrou a situação considerando a inaplicabilidade da diretiva 2004/18/CE, mas com a sujeição deste contrato ao respeito pelas liberdades económicas fundamentais, e aos princípios gerais. Até porque existia um interesse transfronteiriço certo. Sobre se as circunstâncias como as do processo principal poderiam ser consideradas razões imperiosas de interesse geral que pudessem legitimamente derrogar a aplicação do princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação, o Tribunal de Justiça balizou assim a questão : **“36. As circunstâncias assim referidas são a vontade de respeitar certos direitos que, por contrato preexistente, as entidades em causa cederam a este operador a respeito da utilização dessas redes por cabo, bem como a vontade de chegar a um acordo com vista a pôr termo a um litígio**

relativo ao âmbito destes direitos tendo em conta uma decisão judicial provisória, evitando em simultâneo a depreciação da referida atividade de fornecimento de serviços de televisão exercida por essas entidades através das referidas redes e permitindo que seja proposta uma oferta comercial completa aos subscritores desses serviços". O Tribunal de Justiça, se bem que temperando a sua análise com o respeito de princípio pelo valor da segurança jurídica, e dos efeitos de um contrato celebrado antes dele se pronunciar, considerou que, por um lado, "39. (...) não se pode considerar que os motivos referidos na presente questão prejudicial, quer sejam analisados isoladamente ou em conjunto, constituem razões imperiosas de interesse geral". Logo, ficavam-se sendo restrições não justificáveis à liberdade de estabelecimento e à liberdade de prestação de serviços.

Processo C-388/12 (Comune di Ancona)

Acórdão de 14 de novembro de 2013

ECLI:EU:C:2013:734

“1. (...).

2. (...).

3. (...).

4. Em circunstâncias como as do litígio no processo principal, o direito da União não se opõe à adjudicação sem concurso de uma concessão de serviço público relativa a uma obra, desde que essa adjudicação responda ao princípio da transparência cujo respeito, sem necessariamente implicar uma obrigação de abrir um concurso, deve permitir a uma empresa situada no território de um Estado-Membro diferente do da autoridade adjudicante aceder às informações adequadas relativas a essa concessão antes que esta seja adjudicada de forma a que, se essa empresa o tivesse pretendido, poderia ter manifestado o seu interesse na obtenção da referida concessão, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.”

COMENTÁRIO :

Depois de recordar que as concessões de serviços, à data dos factos objeto deste processo C-388/12, não tinham a sua adjudicação disciplinada pela legislação ordinária sobre contratação pública, dado o artigo 17 da diretiva 2004/18/CE, o Tribunal de Justiça passou ao enquadramento jurídico adequado. Agindo, então, unicamente as normas sobre as liberdades económicas fundamentais e sobre os princípios gerais. E algo que não fosse genericamente acessível a todos os interessados - o Tribunal de Justiça fala de “50. (...) falta de toda e qualquer transparência na adjudicação da concessão”, - dada o modo como seja levado à prática, poderia constituir uma lesão dessas normas estruturantes. Contextualizando a resposta, o Tribunal de Justiça recorre a outros tópicos que estão em causa no conjunto do processo (e que ocupam as três conclusões iniciais), : “51 (...) a circunstância de uma concessão não ser suscetível de gerar entradas líquidas significativas nem de proporcionar um benefício indevido a uma empresa ou a uma coletividade pública não permite, por si só concluir que essa concessão não reveste um interesse económico para empresas situadas em Estados-Membros diferentes do da autoridade adjudicante. Com efeito, no âmbito de uma estratégia económica que se destina a estender uma parte das suas atividades a outro Estado-Membro, uma empresa pode tomar

a decisão tácita de solicitar a adjudicação neste Estado de uma concessão apesar do facto de esta não poder, enquanto tal, gerar lucros adequados, porque não deixa de ser verdade que essa oportunidade lhe permite instalar-se no mercado do referido Estado e dar-se a conhecer com o objetivo de preparar a sua futura concessão". Logo, uma interpretação favorável a um quadro de maior concorrência, mesmo nas condições específicas desta concessão. Por isso, o Tribunal de Justiça, embora reconhecendo que não havia obrigação de cumprir os procedimentos típicos previstos na diretiva 2004/18/CE (mencionando, para este efeito, expressamente o concurso, na conclusão), haveria de garantir o cumprimento dos princípios gerais. Começando por tornar acessível aos potenciais interessados (do espaço da União) as informações que lhes permitissem apresentar proposta. O comentário às primeiras três conclusões consta do capítulo 27 (fundos estruturais), sendo indispensáveis para se compreender a decisão sobre o modo de adjudicação desta concessão.

Processo C-425/12 (Portgás)

Acórdão de 12 de dezembro de 2013

ECJI:EU:C:2013:829

“Os artigos 4º, nº 1, 14º, nº 1, alínea c), i) e 15º da Diretiva 93/38/CEE do Conselho, de 14 de junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, conforme alterada pela Diretiva 98/4/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de fevereiro de 1998, devem ser interpretadas no sentido de que não podem ser invocados contra uma empresa privada pelo simples motivo de esta ter a qualidade de concessionário exclusivo de um serviço de interesse geral que se insere no âmbito de aplicação pessoal desta diretiva, uma vez que a referida diretiva ainda não foi transposta para a ordem jurídica do Estado-Membro em questão. Tal empresa, encarregada por força de um ato de uma autoridade pública de cumprir, sob o controlo desta, um serviço de interesse público e que dispõe, para tal, de poderes exorbitantes relativamente às regras aplicáveis nas relações entre particulares, está obrigada a respeitar as disposições da Diretiva 93/38, conforme alterada pela Diretiva 98/4, e portanto, estas disposições podem ser invocadas contra a mesma pelas autoridades de um Estado-membro.”

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal opôs a Portgás-Sociedade de Produção e Distribuição de Gás, SA, ao Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do território a respeito da decisão que determinou a recuperação do apoio financeiro que foi concedido à referida empresa no âmbito do FEDER, pelo facto de a Porgás não ter respeitado, no processo de aquisição de contadores de gás a outra sociedade, algumas regras do direito da União aplicáveis em matéria de contratos públicos. Tal contrato foi feito com a Soporgás-Sociedade Portuguesa de Gás, Lda, a 7 de julho de 2001, pelo valor de € 532.736,92. Para suportar parte do seu investimento, entre o qual a aquisição dos contadores, a Portgás havia apresentado, e conseguido, um apoio financeiro. Pediu-o a 21 de dezembro de 2001, e obteve-o a 11 de outubro de 2002. Em 2009, após uma auditoria da Inspeção-geral das Finanças, foi considerado que a aquisição dos contadores deixara de ser despesa elegível, por falta de aplicação das disposições sobre adjudicação de contratos públicos. Foi solicitada a devolução do apoio em causa, o que foi judicialmente impugnado pela

Portgás. No decurso do processo principal, a troca de argumentos incluiu a ausência de transposição da diretiva 93/38/CEE, à data da celebração do contrato controvertido (7 de julho de 2001), o que só veio a ocorrer com a entrada em vigor do decreto-lei nº 223/2001, de 9 de agosto (que ocorreu 120 dias sobre a data de publicação, conforme o nº 1, do seu artigo 53). Para a compreensão das conclusões deste acórdão, é importante perceber como o Tribunal de Justiça resume a questão que lhe foi apresentada : **“17. Com a sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se os artigos 4º, nº 1, 14º, nº 1, alínea c), i) e 15º da Diretiva 93/38 podem ser invocados contra uma empresa privada pelos simples motivo de esta ter a qualidade de concessionário exclusivo de um serviço de interesse público que se insere no âmbito de aplicação pessoal desta diretiva e se, em caso afirmativo, as autoridades do Estado-Membro em questão podem invocar essas disposições, uma vez que a referida diretiva ainda não foi transposta para a ordem jurídica desse Estado-Membro”**. O Tribunal de Justiça, lembrando a jurisprudência sobre o efeito direto de normas das diretivas não transpostas, considerou que as disposições em causa, neste processo, que : **“21. (...) estas disposições da Diretiva 93/38 são incondicionais e suficientemente precisas para serem invocadas perante os órgãos jurisdicionais nacionais”**. Restava saber se era possível invocá-las perante uma empresa privada. Utilizando o terceiro parágrafo do artigo 288 TFUE, lembra que só há vinculação em relação ao “Estado-membro destinatário”. O que não incluía particulares, mas podia incluir um organismo, fosse qual a sua forma jurídica, que tenha sido encarregue, por um ato de autoridade pública, de prestar, sob controlo desta, um serviço de interesse público e disponha de poderes que ultrapassem os inerentes às relações entre privados. E acentua **“25. (...) mesmo que um particular esteja abrangido pelo âmbito de aplicação pessoal de uma diretiva, as disposições desta não podem, enquanto tal, ser invocadas contra o mesmo nos órgãos jurisdicionais nacionais. Assim, conforme salientou o advogado-geral no nº 41 das suas conclusões, a simples circunstância de uma empresa privada concessionário exclusivo de um serviço público fazer parte das entidades expressamente visadas pelo âmbito de aplicação pessoal da Diretiva 93/38 não tem como consequência que as disposições dessa diretiva possam ser invocadas contra essa empresa. 26. Com efeito, é necessário que o referido serviço de interesse público seja desempenhado sob controlo de uma autoridade pública e que a referida empresa disponha de poderes exorbitantes relativamente às regras aplicáveis nas relações entre**

particulares (v., neste sentido, acórdão Rieser Internationale Transport, já referido, n.ºs 25 a 27". O Tribunal de Justiça considerou que não tinha informação suficiente para concluir plenamente quanto ao estatuto da Portgás, mas não fechou a possibilidade positiva, remetendo a análise para o órgão jurisdicional de reenvio. No entanto, é sobre a verificação, ou não, das duas condições apontadas, que se centra o sentido útil do acórdão. Porque, como se constata sobretudo da segunda conclusão, só se a Portgás for considerada como abrangida por um estatuto paraestatal, é que estaria obrigada ao cumprimento da diretiva 93/38/CEE.

Processo C-269/14 (Kansanelakelaitos)

Acórdão de 21 de maio de 2015

ECLI:EU:C:2015:329

“O artigo 1º, nº 4, 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, deve ser interpretado no sentido de que um quadro contratual como o que está em causa no processo principal pode ser considerado uma ‘concessão de serviços’, na aceção dessa disposição, desde que a entidade adjudicante tenha transferido a totalidade ou uma parte significativa do risco de exploração económica que suporta, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar tendo em conta todas as características inerentes às operações abrangidas por esse quadro contratual.”

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal, na Finlândia, formou-se entre o Kansanelakelaitos, organismo da segurança social e entidade adjudicante, e duas sociedades de táxis, devido ao estabelecimento de um conjunto contratual, sem publicação de anúncio, tendo por objeto um procedimento eletrónico de compensação direta dos custos de transporte em táxi, ligado a tratamentos médicos de segurados pelo sistema de segurança social. Uma denominada convenção-quadro foi celebrada entre o Kansanelakelaitos e a União de táxis da Finlândia (esta em nome de várias sociedades de exploração comercial de serviço de táxi), em 4 de fevereiro de 2010, convenção essa que previa o reembolso, por meio de um procedimento eletrónico de compensação direta ao motorista de táxi. Em cumprimento dessa convenção, as delegações locais da entidade adjudicante designavam, em cada circunscrição sanitária, uma sociedade de táxis com quem celebravam nova convenção, agora de âmbito local. Tudo operado por uma central de reservas, criada e operada por essas sociedades, que recolhia os pedidos dos segurados e os transmitia aos motoristas. Os segurados pagavam uma parte do custo diretamente ao motorista, e este recebia uma compensação automática, da entidade adjudicante. Caso o segurado não recorresse ao sistema de reserva pela central, pagaria integralmente o custo ao motorista, e solicitaria o pagamento de parte deles ao Kansanelakelaitos. O objetivo da convenção-quadro era melhorar todo o serviço prestado aos segurados, e nela se determinava que cada parte pagaria os seus custos na implementação do sistema. A entidade adjudicante pretendia, e conseguia

com este sistema, poupar dinheiro face ao que seria o custeio direto de serviços de táxi. Tínhamos, assim, uma situação jurídica de conjunto, em que o cocontratante assegura parte substancial da logística do sistema e recebe uma parte da sua remuneração de terceiros (os segurados). Mais ainda, os motoristas aderentes ao sistema tinham, por sua vez, de pagar uma comissão à central de reservas respetiva. E o Tribunal, quando apreciou o risco a que estavam submetidas as centrais, salientou a possibilidade dos motoristas não honrarem os seus compromissos, perante essas centrais (nº 38), as quais só tinham como fonte de receita essa contribuição, e uma taxa sobre as chamadas telefónicas. Mantendo-se a possibilidade, para os segurados, de obter o reembolso diretamente do Kansanelakelaitos, isso, como elemento de procura, integrava igualmente o risco que era assumido pelas sociedades de táxis, gestoras das centrais ao nível local. Se bem que reconheçamos a complexidade deste caso, com várias entidades e outros tantos vínculos contratuais, fica a sensação de que tudo poderia ser facilmente reconduzível a um contrato de serviços, e não a uma concessão. Bastava que o preço pago pela entidade adjudicante compensasse o verdadeiro risco, e tudo poderia ser juridicamente enquadrado de outro modo (eventualmente por isso o Tribunal de Justiça remete à jurisdição nacional a confirmação da transferência de risco, total ou em parte significativa). Ou seja, parece algo vaga a conclusão do acórdão, reconhecendo elementos que não estão suficientemente caracterizados economicamente. O que seria muito importante para o processo principal, pois que, nos termos da diretiva 2004/18/CE, esta não era aplicável aos procedimentos de adjudicação de concessões de serviços (seu artigo 17), que remetia expressamente para o artigo 3º, algumas consequências a retirar. Esse artigo 3º (sob a epígrafe "**concessão de direitos especiais ou exclusivos : cláusula de não discriminação**"), tinha este texto : "**Quando uma entidade adjudicante conferir a entidades que não tenham o seu estatuto jurídico direitos especiais ou exclusivos de exercício de actividades de serviço público, o acto pelo qual tais direitos são conferidos deve prever que a entidade em questão respeite o princípio da não discriminação por motivos de nacionalidade na adjudicação de contratos de fornecimento a terceiros no âmbito dessa actividade**".

**Processos C-458/14 (Promoimpresa) e C-67/15 (M.Melis)
apensos**

Acórdão de 14 de julho de 2016

O comentário a este acórdão consta do capítulo 17 (liberdade de estabelecimento). O objeto do processo reside na outorga de concessões do domínio público marítimo e lacustre, sobre as quais incide legislação específica, tanto no âmbito nacional, como no da União.

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). Reportando-se a concessões de jogos de fortuna e azar, importa porque se arguiu a aplicabilidade da diretiva 2004/18/CE, o que o Tribunal de Justiça não aceitou.

Processo C-542/15 (Angela Manzo)

Despacho de 28 de setembro de 2016

O comentário a esta decisão consta do capítulo 12 (seleção qualitativa dos interessados e apreciação das suas propostas). Neste processo está em causa a adjudicação de concessões de jogos de fortuna e azar, e o modo como os proponentes tinham de evidenciar a sua capacidade económica e financeira. Importante a desaplicação da diretiva 2004/18/CE.

Processo C-526/17 (Comissão *versus* Itália)

Acórdão de 18 de setembro de 2019

ECLI:EU:C:2019:756

“1) Ao ter prorrogado, de 31 de outubro de 2028 a 31 de dezembro de 2046, a concessão do troço da autoestrada A 12 Livorno-Civitavecchia que liga Livorno a Cecina (Itália) sem publicar um anúncio de concurso, a República Italiana não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 2º e 58º 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, conforme alterada pelo Regulamento 1422/2007 da Comissão, de 4 de dezembro de 2007.

2) A ação é julgada improcedente quanto ao mais.

3) A Comissão Europeia suportará, além das suas próprias despesas, três quartos das despesas da República Italiana. A República Italiana suportará um quarto das suas próprias despesas.”

COMENTÁRIO :

*Em 25 de outubro de 1969, foi celebrado um contrato de concessão de obras públicas entre a Azienda Nazionale Autonoma delle Strade SpA (ANAS) e a Società Autostrada Tirrenica (SAT), para construção e exploração da autoestrada entre Livorno e Civitavecchia, no total de cerca de 237 quilómetros. A concessão teria a duração de trinta anos de exploração, mas sem ultrapassar os mesmos trinta anos sobre a conclusão dos trabalhos de construção. Os efeitos do contrato produziram-se a partir de 7 de novembro de 1969. A 14 de outubro de 1987 as partes celebraram um aditamento, no qual foi inserta a seguinte disposição : “**a duração da presente concessão é fixada em 30 anos a partir da data em que toda a autoestrada esteja aberta ao trânsito**”. A 7 de outubro de 1999, as partes celebraram novo contrato, por meio do qual foi atribuída à SAT a exploração do troço Livorno-Cecina, no total de 36,6 quilómetros, aberto ao trânsito a 3 de julho de 1993, e que passava a ser integrado na autoestrada, juntamente com dois outros troços a construir. Quanto à duração da concessão, foi inserta a seguinte norma : “**a concessão termina em 31 de outubro de 2028**”. A 11 de março de 2009, as partes assinaram um projeto de convenção, no qual resolvem contencioso financeiro recíproco e outros aspetos, o estatuto de todos os acrescentos ao objeto, que, somados, totalizaram 242,6*

quilómetros. Os troços em causa já estavam previstos no acordo de 1999. Quanto ao prazo de duração, o documento de 2009 remeteu o seu limite para 31 de dezembro de 2046. Denunciada, logo em 2009, a situação à Comissão Europeia, esta encetou diversas diligências com as autoridades italianas, mas só em 2014 lhes enviou um parecer fundamentado, invocando a violação das normas da diretiva 2004/18/CE, baseado na extensão ilícita do prazo de concessão. O Tribunal de Justiça esclareceu que só estaria em causa a violação, se o fosse, das normas da citada diretiva de 2004, reduzido ao teor do contrato de 2009 (o que deriva muito do modo como a Comissão intentou a sua ação). E, conseqüentemente, o Tribunal de Justiça resumiu a sua decisão no seguinte : ***“É pacífico que a alteração do termo do prazo de concessão, adiado para 31 de dezembro de 2046 por força da Convenção Única de 2009, oferece um importante lapso de tempo suplementar à SAT para assegurar a exploração do troço que liga Livorno a Cecina e que, na medida em que esse concessionário é remunerado através dessa exploração aumenta consideravelmente a sua remuneração. 76. Essa prorrogação de 18 anos e 2 meses do prazo inicial dessa concessão constitui, por conseguinte, por força dos princípios recordados no nº 58 do presente acórdão (igualdade de tratamento e obrigação de transparência, nota nossa) uma alteração substancial das condições da concessão existente. 77. Por conseguinte, a cláusula 4.1. da Convenção Única de 2009, na medida em que prorroga, de 31 de outubro de 2028 a 31 de dezembro de 2046, a concessão no que se refere ao troço que liga Livorno a Cecina, viola a obrigação de igualdade de tratamento prevista no artigo 2º da Diretiva 2004/18 e a obrigação de publicar um anúncio de concurso, prevista no artigo 58º desta diretiva”***. Fica, assim, fora o âmbito da censura do Tribunal de Justiça tudo quanto respeita aos dois outros troços, mesmo no que se resumisse ao tempo de duração da concessão.

Processo C-702/17 (Unareti)
Acórdão de 21 de março de 2019
ECLI:EU:C:2019:233

“O direito da União em matéria de concessões de serviço público, lido à luz da segurança jurídica, deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, que altera as normas de referência para o cálculo do reembolso a que têm direito os titulares de concessões de distribuição de gás natural adjudicadas sem concurso devido à cessação antecipada das referidas concessões, tendo em vista uma nova adjudicação mediante concurso.”

COMENTÁRIO:

Se bem que o tipo de resposta do Tribunal de Justiça esteja muito condicionado pelo enunciado da questão prejudicial, esta sucinta conclusão pode, eventualmente, conduzir a algum equívoco. Com efeito, o Tribunal de Justiça declara a não oposição entre ao direito da União em matéria de concessões de serviço público, conjugado com o princípio da segurança jurídica, por entender que a República Italiana decidiu em bases estritamente nacionais. Assim – “32. (...) a suspensão das concessões existentes, cujas consequências são em parte determinadas pelos decretos impugnados no processo principal, não decorre do direito da União em matéria de concessões de serviço público de distribuição de gás”. Lembrando o conteúdo escasso da diretiva 2009/73/CE (seu artigo 24), lei especial na atividade em causa, e que sempre que tais concessões apresentassem um interesse transfronteiriço certo, haveria que aplicar as regras das liberdades económicas fundamentais e os princípios gerais do direito da União, o Tribunal remeteu tudo para o âmbito nacional : “35. (...) as autoridades italianas, ao porem termo antecipadamente às concessões existentes e ao adotarem os decretos impugnados no processo principal, não atuaram no exercício da sua obrigação de aplicação do direito da União”. Uma vez mais subiu ao Tribunal de Justiça a política italiana de fazer cessar antecipadamente concessões antigas, ou muito antigas, adjudicadas por ajuste direto, para desencadear procedimentos abertos para novas adjudicações. No processo principal, uma concessionária, a Unareti, impugnara dois decretos que alteravam (desfavoravelmente, para os seus interesses) o critério do cálculo de valor a receber pela cessação das concessões, anteriormente definido por um outro decreto, de 1925. Daí a invocação do princípio da segurança jurídica. Para se ter uma noção da

importância económico-financeira deste contencioso, a Unareti assegurava, à data do processo, o serviço público de distribuição de gás natural em 213 municípios italianos, localizados principalmente na Lombardia, numa rede de cerca de 6.650 Km e com um volume de distribuição anual de cerca de 2 mil milhões de metros cúbicos de gás. Seja por isto, seja pela orientação seguida pelo Tribunal de Justiça, tudo remetendo para o direito nacional, não pode este acórdão deixar de suscitar uma reflexão redobrada.

Processo C-835/19 (Autostrada Torino Valle D'Aosta)

Despacho de 26 de novembro de 2020

ECLI:EU:C:2020:970

“O artigo 2º, nº 1, primeiro parágrafo, da Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão, conjugado com o Artigo 30º e os considerandos 5 e 68 desta diretiva, deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma disposição nacional que proíbe as autoridades adjudicantes de adjudicar concessões de autoestradas que já caducaram ou se encontram em vias de caducar recorrendo ao processo de financiamento de projetos previsto no artigo 183º do decreto legislativo nº 50 – *Codice dei contratti pubblici* (Decreto legislativo nº 50, que aprova o Código dos Contratos Públicos), de 18 de abril de 2016.

COMENTÁRIO :

Nas palavras do Tribunal de Justiça, *“2. Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Autostrada Torino Ivrea Valle D'Aosta-Ativa SpA (a seguir 'Ativa') à Presidenza del Consiglio dei Ministri (Presidência do Conselho de Ministros, Itália), ao Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (Ministério das Infraestruturas (a seguir 'MIT'), ao Ministero dell' Economia e delle Finanze (Ministério da Economia e das Finanças, Itália e à Autorità di regolazione dei trasporti (Autoridade Reguladora dos Transportes, Itália), a propósito da rejeição pelo MIT de duas propostas de financiamento de projetos apresentados pela Ativa”.*

A Ativa, sociedade concessionária de gestão de autoestradas geria um troço da autoestrada A5 (no Piemonte, com cerca de 220 quilómetros), na sequência de várias concessões, a última das quais expiraria em 2016. Em 25 de setembro de 2015, a Ativa apresentou ao MIT um projeto de financiamento de projetos para a concessão da gestão da autoestrada A5, da junção das autoestradas A4/A5, da rede de autoestradas e periférica de Turim, da execução de obras de segurança no nó hidráulico de Ivrea, de redução do risco sísmico e de renovação de infraestruturas. Fê-lo, segundo o seu entendimento, de acordo com o disposto no antigo Código dos Contratos Públicos (que teve a sua última grande reforma em 2006). Este “financiamento de projetos” é uma parceria público-privada, a qual pode ser desencadeada, na fase de projeto, pelos interessados. O novo Código dos Contratos Públicos, de abril de 2016, muito alterado pouco depois de publicado (em maio de 2017, por meio de um denominado “decreto

corretivo”), manteve a figura, mas passou a incluir (já em 2017) a seguinte regra : **“as administrações não podem adjudicar as concessões de autoestradas que já caducaram ou se encontrem em vias de caducar recorrendo ao procedimento previsto no artigo 183º”**. O MIT recusou, em 29 de julho de 2016, a primeira proposta que a Ativa lhe submeteu. Em 20 de setembro de 2016, a Ativa apresentou nova proposta, que igualmente foi rejeitada pelo MIT, a 22 de maio de 2017 (já com a alteração que contém a proibição de aplicação do “financiamento de projetos” em vigor). A Ativa impugnou ambas as decisões. Apesar dos numerosos argumentos trocados pelas partes, não foi quanto a eles - conteúdo da proposta, aplicação da lei no tempo, momento da pronúncia do MIT face a prazos menores para tal, etc - que incidiu a questão prejudicial. Como esclarece o Tribunal de Justiça : **“40. (...) há que salientar que o presente pedido de decisão prejudicial se destina não a saber se o processo de financiamento de projetos regulado pelo artigo 183º, do Código dos Contratos Públicos é compatível com a Diretiva 2014/23, mas a determinar se um Estado-Membro pode impor às suas autoridades adjudicantes que recorram a uma concessão para a exploração de autoestradas e, deste modo, proibi-las de optar pelo processo de financiamento de projetos”**. Para viabilizar a opção constante da lei italiana, por ela não se dever considerar contrária ao disposto na diretiva 2014/23/UE, o Tribunal de Justiça recorreu a cinco argumentos : em primeiro lugar, a diretiva 2014/23/UE só é aplicável a concessões (números 43 e 44, do acórdão) ; em segundo lugar, é afirmado, nessa diretiva, o princípio da livre administração, que leva a que os produtores normativos podem escolher que tipos contratuais admitir (nº 45, do acórdão) ; em terceiro lugar, as autoridades públicas podem optar até para a satisfação das necessidades coletivas por utilização direta de meios próprios, a par de requerer a intervenção dos operadores económicos (números 46 e 47, do acórdão) ; em quarto lugar, o nº 1, do artigo 80, da mesma diretiva, e o seu considerando 68, confirmam a liberdade atrás afirmada (números 48 e 49, do acórdão) ; e, finalmente, em quinto lugar, as liberdades e os princípios fundamentais limitam qualquer âmbito de arbitrariedade lesiva da concorrência (nº 50, do acórdão).

Processo C-332/20 (Roma Multiservizi)

Acórdão de 1 de agosto de 2022

O comentário a este acórdão consta do capítulo 22 (sistemas de contratação interna, in-house, e de cooperação para exercício conjunto de missão de serviços público) e nele se discutiu o conceito de concessão, em direito da União, face ao de contrato público de serviços, no contexto da constituição de uma sociedade de economia mista.

Processo C-

Acórdão de 19 de janeiro de 2023

O comentário a este acórdão consta do capítulo 1 (âmbito e alcance das normas sobre contratação pública). Trata-se de uma decisão sobre tema muito interessante, já que o Tribunal de Justiça entendeu considerar a obrigação de contratar cursos de sensibilização e de reeducação rodoviária para recuperação de pontos da carta de condução através de uma concessão de serviços público ilícita face ao disposto na diretiva 2006/123/CE.

Processo C-486/21 (Sharengo)
Acórdão de 10 de novembro de 2022

ECLI:EU:C:2022:

“1. O artigo 5º, nº 1, alínea b), da Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação dos contratos de concessão, conforme alterada pelo Regulamento Delegado (UE) 2019/1827 da Comissão, de 30 de outubro de 2019,

deve ser interpretado no sentido de que :

constitui uma ‘concessão de serviços’ a operação mediante a qual uma autoridade adjudicante pretende confiar a criação e a gestão de um serviço de aluguer e de partilha de veículos elétricos a um operador económico cuja contribuição financeira se destina maioritariamente à aquisição desses veículos, e na qual as receitas desse operador económico provirão, no essencial, das taxas pagas pelos utilizadores desse serviço, quando tais características sejam suscetíveis de demonstrar que o risco relacionado com a exploração dos serviços concedidos foi transferido para o referido operador económico.

2. (...).

3. (...).

4. (...).

5. (...).”

COMENTÁRIO :