

CAPÍTULO 22

SISTEMAS DE CONTRATAÇÃO INTERNA, IN-HOUSE, E DE COOPERAÇÃO PARA EXERCÍCIO CONJUNTO DE MISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.

De modo a percorrer a jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre a contratação interna (in-house) e acompanhar o seu desenvolvimento e desdobramento, estão colocadas neste capítulo todas as decisões, - desde o acórdão Teckal, inclusive - que apresentam relação, direta ou indireta, com esta temática.

Processo C-107/98 (Teckal)

Acórdão de 18 de novembro de 1999

Coletânea, 1999, página I-8121

ECLI:EU:C:1999:562

“A Directiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento, é aplicável quando uma entidade adjudicante, como uma autarquia local ou regional, pretende celebrar por escrito, com uma entidade dela distinta no plano formal, e dela autónoma no plano decisório, um contrato a título oneroso que tenha por objecto o fornecimento de produtos, quer esta entidade seja ela própria uma entidade adjudicante quer não.”

COMENTÁRIO :

Este aresto é considerado o iniciador da jurisprudência sobre a contratação interna (in-house). Porém, como está por nós devidamente comentado, já nos processos C-3/88 (Comissão versus Itália) e C-272/91 (Comissão versus Itália) se podia perceber (ou antever) que a presença de duas entidades públicas (potenciais entidades adjudicantes) como partes da relação não conduziria, por si só, à desaplicação dos procedimentos pré-contratuais constantes das diretivas. Isto, naturalmente, sem prejuízo do respeito de normas especiais a este propósito, como sucedia com algumas

da diretiva 92/50/CEE. O caso ganhou o nome Teckal porque o litígio de onde emerge a questão prejudicial submetida ao Tribunal de Justiça opunha a sociedade privada Teckal Srl à comuna de Viana e ao agrupamento de várias comunas Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia (uma empresa pública intermunicipal). Em causa estava a adjudicação direta, por decisão de 24 de maio de 1997 da comuna de Viano à AGAC, de um contrato de gestão do serviço de aquecimento de determinados edifícios comunais, se bem que o objeto de tal contrato fosse misto, porquanto implicava também o fornecimento de combustíveis. E, como aponta o Tribunal no número 37, do acórdão, o valor dos produtos a fornecer era superior ao dos serviços a prestar. A justificação do Tribunal de Justiça é feita de um modo particular, que tem de ser enfatizado. Com efeito, embora a pronúncia conclusiva seja unicamente a de que, - apesar de estar em causa uma relação entre entidades adjudicantes - se aplicava a Diretiva 93/36/CEE e seus procedimentos, aquilo que transportou esta decisão para a história da jurisprudência do Tribunal de Justiça (e para o nº2, do artigo 5º, do nosso Código dos Contratos Públicos, na sua versão inicial, como será desenvolvido adiante) é a admissão de critérios de exceção à aplicação declarada. Que constam do número 50, do acórdão : ***“50. (...), de acordo com o artigo 1º, alínea a), da Diretiva 93/36, basta, em princípio, que o contrato tenha sido celebrado entre, por um lado, uma autarquia local ou regional e, por outro, uma pessoa dela juridicamente distinta. Só pode ser de outro modo na hipótese de, simultaneamente, a autarquia exercer sobre a pessoa em causa um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e de essa pessoa realizar o essencial da sua atividade com a ou as autarquias que a compõem (o sublinhado é nosso).*** A diretiva 92/50/CEE, primeira sobre a adjudicação de contratos públicos de serviços continha disposições sobre a contratação interna (seu artigo 6º), que foram abundantemente referidas na decisão dada neste processo C-107/98, porque a questão prejudicial referia exatamente a interpretação dessa disposição. Mas o predomínio do valor dos produtos a fornecer, desaplicou a diretiva 92/50/CEE, e a sua exceção, tudo mantendo no âmbito da diretiva 93/36/CEE, que não continha qualquer norma semelhante ou equivalente ao atrás referido artigo 6º. Portanto, desde o acórdão Teckal, a contratação interna foi reconhecida, em todos os contratos públicos que interessassem o direito comunitário, desde que verificados os dois requisitos apontados. Como veremos, o Tribunal acrescentou, face a outras questões concretas que lhe apresentaram, um terceiro elemento, atinente à potencial vantagem indireta dada a privados, por implementação de modelos de contratação interna (processo C-26/03 Stadt Halle ; processo C-458/03, Parking Brixen

; processo C-29/04, Comissão versus Áustria ; processo C-215/09, Mehilainen e processo C-574/12, SUCH, sem prejuízo de as decisões se dirigirem a situações bastante diferentes, e nalguns casos se pretenda prevenir o benefício ilegítimo de privados). Depois, considerou a cooperação entre entidades públicas para cumprimento comum de missões de serviço público uma outra modalidade de isenção de aplicação dos procedimentos pré-contratuais (processo C-480/06, Comissão versus Alemanha, acórdão de 9 de junho de 2009 e C-51/15, Remondis, acórdão de 21 de dezembro de 2016). E, mais tarde, aceitou um terceiro modelo, expresso na decisão do processo C-113/13 (Spezzino), com acórdão emitido a 11 de dezembro de 2014, e baseado no objeto específico da relação interna. Tendo as diretivas de 2004 e 2014 unificado as regras para a trilogia essencial da contratação pública (empreitadas, fornecimentos e serviços), mais fácil se revelou a aplicação desta orientação jurisprudencial. Atualmente, já existe regulamentação específica positiva para a contratação interna, podendo servir de paradigma o disposto no artigo 12, da diretiva 2014/24/UE. A primeira expressão da contratação interna na lei portuguesa foi o nº 2, do artigo 5º, do Código dos Contratos Públicos, decalcado da jurisprudência Teckal. A sua redação foi : **“2. A parte II do presente Código também não é aplicável à formação dos contratos, independentemente do seu objecto, a celebrar entre entidades adjudicantes com uma outra entidade, desde que : a) A entidade adjudicante exerça sobre a actividade desta, isoladamente ou em conjunto com outras entidades adjudicantes, a celebrar por entidades adjudicantes, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços ; b) Esta entidade desenvolva o essencial da sua actividade em benefício de uma ou de várias entidades adjudicantes que exerçam sobre ela um controlo análogo referido na alínea anterior”**. A opção por reproduzir, quase textualmente, uma decisão judicial com cerca de dez anos, o acórdão Teckal, era de alto risco. Com efeito, quando o legislador opta por aproveitar, com este detalhe, uma decisão judicial, fica na contingência de ter de alterar a sua lei conforme a jurisprudência a que se recorreu mude. E certo é que, não tendo feito isso, a lei portuguesa ficou desatualizada face às pronúncias sucessivas do Tribunal de Justiça (pior, já estava desatualizada quando foi publicado, no que respeita ao terceiro critério do modelo Teckal, definido inicialmente no acórdão de 11 de janeiro de 2005, processo C-26/03, Stadt Halle). Nada, na legislação portuguesa entre 2008 e 2017, veio a ser previsto para o respeito do terceiro critério, o de prevenir a vantagem ilegítima de privados, e nada sobre a segunda modalidade lícita de contratação interna, a cooperação entre entes públicos. Com a reforma produzida pelo decreto-lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto,

os novos artigos 5º-A e 5º-B, bem como os números 1 e 2, do artigo 4º, dão uma regulamentação, não isenta de equívocos, à denominada “contratação no âmbito do setor público”.

Processo C-108/98 (RI.SAN)

Acórdão de 9 de setembro de 1999

Coletânea, 1999, página I-5219

ECLI:EU:C:1999:400

“O artigo 55º do Tratado CE (actual artigo 45º CE) não é aplicável numa situação, como a do processo principal, em que todos os elementos se confinam no interior de um único Estado-Membro e que, por este facto, não apresenta qualquer elemento de conexão com uma das situações previstas pelo direito comunitário no domínio da livre circulação de pessoas e de serviços.”

COMENTÁRIO :

Apesar da claríssima pronúncia negativa do Tribunal, vale a pena observar mais de perto este processo. Em 19 de março de 2006, a comuna de Ischia (Itália) constituiu uma sociedade cujo capital seria detido em 51% pela comuna e em 49% pela empresa GEPI, esta última uma sociedade de capital integralmente público, e com âmbito de intervenção nacional. Por decisão de 7 de novembro de 1996, o conselho comunal confiou a essa sociedade, a Ischia Ambiente, o serviço de recolha de resíduos sólidos urbanos, que antes era assegurado pela RI.SAN, titular de um contrato cujo termo estava fixado para 4 de janeiro de 1997. Além de estar em causa a natureza do novo vínculo que foi estabelecido, que poderia oscilar entre um contrato público de serviços e uma concessão de serviço público (o primeiro estaria abrangido pela diretiva 92/50/CEE, e o segundo não teria, à época, cobertura do direito comunitário de coordenação quanto às adjudicações públicas), importaria saber se – tendo em conta a descrição do caso que aponta para que tudo se passe exclusivamente em Itália, e sem que empresas localizadas fora desse País tenham demonstrado qualquer interesse concreto em obter a adjudicação do contrato – haveria que aplicar os princípios económicos fundamentais. O Tribunal concluiu que não. Tem, assim, toda a pertinência, atualmente, comparar as conclusões deste acórdão com o já vasto universo de decisões sobre os sistemas de contratação interna (in-house) e de cooperação de interesse público, mesmo no contexto de uma pronúncia negativa liminar. Na prática, aqui foi essencial a não aplicação da diretiva 92/50/CEE, tendo em conta objeto do contrato, a qual era o único documento legislativo que dispunha de normas sobre relações de adjudicação de contratos entre entidades públicas, para unir este elemento à ausência de interesse transfronteiriço certo, e concluir como se

concluiu. Nada era aproveitável, seja face às normas das diretivas, seja em relação às regras do Tratado, quanto à liberdade de prestação de serviços.

Processo C-26/03 (Stadt Halle)

Acórdão de 11 de janeiro de 2005

Coletânea, 2005, página I-1

ECLI:EU:C:2005:5

“1) (...).

2) Na hipótese de a entidade adjudicante pretender celebrar um contrato a título oneroso para serviços abrangidos pelo âmbito de aplicação material da Directiva 92/50, alterada pela Directiva 97/52, com uma sociedade juridicamente distinta, em cujo capital detém uma participação com uma ou mais empresas privadas, devem ser sempre aplicados os procedimentos de adjudicação de contratos públicos previstos nesta directiva.”

COMENTÁRIO :

No litígio principal, a cidade de Halle (Alemanha) opunha-se à empresa RPL Recyclingpark Lochau GmbH, por um lado, e à empresa Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall und Energiewertungsanlage TREA Leuna, por outro, a propósito da adjudicação de um contrato público de serviços relativo ao tratamento de resíduos pela cidade de Halle à RPL Lochau. A Lochau era uma sociedade de capital misto no qual uma parte maioritária pertencia à cidade de Halle e a minoritária a uma empresa privada. A adjudicação foi deliberada pelo conselho municipal de Halle a 12 de dezembro de 2001. O Tribunal, decidindo no que viria a ser a segunda conclusão, preferiu um raciocínio de base muito amplo, parecendo ir mesmo além da jurisprudência Teckal, e abrir caminho para o reconhecimento lícito dos modelos de cooperação entre entes públicos Assim, : “48. Uma autoridade pública, que seja uma entidade adjudicante, tem a possibilidade de desempenhar as tarefas de interesse público que lhe incumbem pelos seus próprios meios, administrativos, técnicos e outros, sem ser obrigada a recorrer a entidades externas que não pertençam aos seus serviços. Nesse caso, não está em questão um contrato a título oneroso celebrado com uma entidade juridicamente distinta da entidade adjudicante. Assim, não há que aplicar as disposições comunitárias em matéria de contratos públicos”. Mas quando se tratou de aplicar os critérios expostos no processo C-107/98, a posição foi negativa – “49. (...) Importa lembrar que no caso referido (Teckal, nota nossa), a entidade distinta era inteiramente detida por autoridades públicas. Ao invés, a participação, ainda que minoritária, de uma empresa privada no capital de uma sociedade na qual participa também a entidade

adjudicante possa exercer sobre esta sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços". Logo, não estavam reunidos os critérios Teckal, neste caso concreto. Porém, um novo aspeto muito importante, e que se consolidaria no futuro, foi definido pelo Tribunal : "51. (...) a atribuição, sem concurso, de um contrato público a uma empresa de economia mista colide com o objetivo da concorrência livre e não falseada e com o princípio da igualdade de tratamento dos interessados a que se refere a Directiva 92/50, na medida em que, designadamente, esse procedimento permite a uma empresa privada com capital nessa empresa uma vantagem relativamente aos seus concorrentes". Estava encontrado um terceiro critério para que a contratação interna fosse lícita, bem antes, por exemplo, da aprovação do Código dos Contratos Públicos, em Portugal, que não acolheu esta exigência adicional. Como já vimos, no comentário ao acórdão Teckal. Para se compreender a importância conferida pelo Tribunal a este terceiro critério, veja-se a decisão dada no processo C-458/03 (Parking Brixen), em que se praticou uma verdadeira prevenção de potencial benefício a privados. A reforma legislativa de 2014 acolheu este terceiro critério, de modo muito incisivo, como se comprova, a título de exemplo, da alínea c), do nº 1, do artigo 12, da diretiva 2014/24/UE. O comentário à primeira conclusão consta do capítulo 28 (meios de recurso).

Processo C-84/03 (Comissão *versus* Espanha)

Acórdão de 13 de janeiro de 2005

O comentário a este acórdão consta do capítulo 7 (incumprimento de obrigações de transposição). A referência aqui feita dirige-se ao facto de a legislação espanhola em questão no processo ter tentado legitimar modelos de contratação interna demasiado amplos, por isso não aceitáveis face ao que o Tribunal de Justiça já decidira.

Processo C-231/03 (Coname)

Acórdão de 21 de julho de 2005

Coletânea, 2005, página I-7287

ECLI:EU:C:2005:487

“Os artigos 43º CE e 49º CE opõem-se, em circunstâncias como as do processo principal, à adjudicação directa por um município de uma concessão relativa à gestão do serviço público de distribuição de gás a uma sociedade de capitais maioritariamente públicos e em cujo capital o referido município detém uma participação de 0,97%, se essa adjudicação não responder a exigências de transparência que, sem necessariamente implicarem uma obrigação de realizar um concurso público, possam, designadamente, permitir que uma empresa situada num território de um Estado-Membro diferente do do referido município tenha acesso às informações adequadas relativas à referida concessão antes de esta ser adjudicada de forma a que, se essa empresa o desejar, possa manifestar o seu interesse na obtenção dessa concessão.”

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal foi estabelecido entre o Consorzio Aziende Metano (Coname) e a comuna de Cingia de' Botti, a respeito da atribuição, por esta última, à Padania Acque, do serviço relativo à gestão, distribuição e manutenção de instalações de distribuição de gás metano. O Coname tinha celebrado com o município referido um contrato para prestação do serviço de manutenção, gestão e vigilância da rede de gás metano para o período de 1 de janeiro de 1999 a 31 de dezembro de 2000. A 21 de dezembro de 1999, o município decidiu adjudicar à Padania Acque o serviço em causa, para o período de 1 de janeiro de 1999 a 31 de dezembro de 2005, o que o Coname impugnou, por entender que teria tal ato de ser precedido de <concurso público. A Padania Acque era constituída maioritariamente por capitais públicos, detidos pela província de Cremona e pela quase totalidade dos municípios dessa província. O município de Cingia de' Botti detém uma participação de 0,97% na Padania. Também aqui, e à época, não eram cobertas pelas diretivas de contratação pública as concessões de serviço público, que é a qualificação com a qual o Tribunal trabalhou. Por isso, tudo se joga no campo da lesão, ou não, dos princípios gerais ou das liberdades económicas fundamentais. O Tribunal começou por identificar uma diferença de tratamento entre o Coname e a Padania Acque, dado a primeira nada poder fazer para se introduzir num potencial procedimento, que não fora desencadeado. Logo, trata-se de uma discriminação contra

todas as empresas que não a Padania Acque, o que, no limite, abrange todas as situadas em noutro Estado-Membro, para além das consequências discriminatórias ao nível nacional. E não era possível de considerar a Padania como parte de um sistema interno à Administração Pública. Como afirma, de modo muito claro, o Tribunal : “26. (...) há que referir que uma estrutura como a da Padania não pode ser equiparada a uma estrutura através da qual um município ou uma cidade gere, internamente, um serviço público. Com efeito, como resulta dos autos, a Padania é uma sociedade aberta, pelo menos em parte, ao capital privado, o que impede que seja considerada uma estrutura de gestão ‘interna’ de um serviço público no âmbito dos municípios que dela fazem parte”. O recurso às normas sobre as liberdades económicas fundamentais, como os então artigos 43 e 49 CE (já com a renumeração produzida pelo Tratado de Amsterdão) resolveu o caso, não se reconhecendo a existência de um modelo lícito de contratação interna.

Processo C-458/03 (Parking Brixen)

Acórdão de 13 de outubro de 2005

Coletânea, 2005, página I-8585

ECLI:EU:C:2005:605

“1) (...).

2) Os artigos 43º CE e 49º CE, bem como os princípios da igualdade, da não discriminação da transparência, devem ser interpretados no sentido de que se opõem a que uma entidade pública atribua, sem abertura de concurso, uma concessão de serviços públicos a uma sociedade anónima resultante da transformação de uma empresa especial desta autoridade pública, sociedade cujo objecto social foi alargado a novas áreas importantes, cujo capital deve obrigatoriamente ser aberto a curto prazo a outros capitais, cuja área territorial de actividades foi alargada a todo o país e ao estrangeiro e em que o conselho de administração possui amplos poderes de gestão que pode exercer de forma autónoma.”

COMENTÁRIO :

A afirmação final desta segunda conclusão prejudicaria, por si só, a aplicação da jurisprudência Teckal, como se demonstra em detalhe, no final deste comentário. Mas este aresto merece mais alguma apreciação. Assim, em primeiro lugar estamos perante uma concessão de serviços públicos, fora da incidência, à data dos factos, da política de coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos, por não cair na previsão da diretiva 92/50/CEE. Logo, e desde que haja um interesse transfronteiriço certo, tudo se joga na aplicação das liberdades económicas fundamentais, e naquilo que daí decorre, em sede de princípios de igualdade de tratamento, e do dever de transparência. O município de Brixen (Itália) confiou a uma empresa especial municipal – a Stadtwerke Brixen – a gestão de determinados serviços públicos, entre os quais a dos parques de estacionamento. Posteriormente (em 2005), a Stadtwerke Brixen foi transformada em Stadtwerke Brixen AG, ou seja, passou de empresa municipal de direito público (a citada empresa municipal especial), a sociedade de direito privado, se bem que mantendo a participação pública exclusiva. Tal nova empresa, apesar de suceder em todos os direitos e obrigações, à anterior, tinha, contudo, outro alcance e ambições. Podia agir no âmbito local, nacional e internacional. O município manteria, sempre, a maioria das ações, mas era definida a obrigatoriedade da abertura a outros capitais. O Tribunal afirmou : “70. Quando uma entidade concessionária goza de uma margem de autonomia caracterizada

por elementos como os realçados nos n.ºs 67 a 69 do presente acórdão, está excluído que a entidade pública concedente exerça sobre a entidade concessionária um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços". Não estando cumprido este requisito, o Tribunal dispensou-se de verificar se, conforme os autos, o essencial da atividade era exercida em benefício da entidade instituidora. O comentário à primeira conclusão consta do capítulo 11 (concessões).

Processo C-532/03 (Comissão *versus* Irlanda)

Acórdão de 18 de dezembro de 2007

O comentário a este acórdão consta do capítulo 1 (âmbito e alcance das normas sobre contratação pública). Esta decisão é muito importante porque decide sobre uma relação entre duas entidades públicas que é aceite como lícita pelo Tribunal de Justiça, mesmo sem necessidade de a enquadrar em contratação interna.

Processo C-29/04 (Comissão *versus* Áustria)

Acórdão de 10 de novembro de 2005

Coletânea, 2005, página I-9705

ECLI:EU:C:2005:670

“1) Tendo contrato relativo à eliminação dos resíduos da cidade de Moedling sido celebrado sem que tenham sido respeitadas as regras do procedimento e de publicidade previstas pelas disposições conjugadas dos artigos 8º, 11º, nº 1, e 15º, nº 3, 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, a República da Áustria não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força desta Directiva.

2) A República da Áustria é condenada nas despesas.”

COMENTÁRIO :

O município de Moedling decidiu, em 21 de maio de 1999, criar uma entidade juridicamente distinta de si, para assegurar prestações no domínio da gestão ecológica de resíduos e efetuar as operações comerciais a elas atinentes, em particular quanto à eliminação de resíduos. Criou, assim, a Abfall, de início só de capital público, a quem encarregou, de imediato e a título exclusivo, da gestão de resíduos em território municipal. No final de 1999, o município decidiu abrir o capital da Abfall a uma empresa privada, a Saubermacher. O Município indica que procedeu a diversos contactos com vários interessados, mas sem que tenha sido organizado um procedimento aberto. O Tribunal afirmou : “39. Deve recordar-se que a cessão de 49% do capital da sociedade Abfall ocorreu pouco depois de esta sociedade ter sido encarregada, em exclusivo e por tempo indeterminado, da recolha e tratamento dos resíduos da cidade de Moedling. Além disso, a sociedade Abfall só se tornou operacional após a sociedade Saubermacher ter entrado no seu capital. 40. Assim, é pacífico que, pelo expediente de uma construção artificial que compreende várias fases distintas, consistentes na criação da sociedade Abfall, na celebração com esta do contrato de eliminação de resíduos e na cessão de 49% do capital dessa sociedade à sociedade Saubermacher, foi atribuído um contrato público a uma empresa de economia mista de que uma empresa privada detém 49% das participações”. Veja-se a importância de não ter sido adotado um procedimento aberto e concorrencial para a participação de um privado, conforme se depreende do acórdão dado no processo C-196/08 (Acoset). Muito presente, assim, o

terceiro requisito derivado da jurisprudência Teckal, que visa impedir um benefício, direto ou indireto, de privados, em supostos modelos de contratação interna (ver processo C-26/03, Stadt Halle, processo C-215/09, Mehilainen, processo C-574/12 SUCH).

Processo C-340/04 (Carbotermo)

Acórdão de 11 de maio de 2006

Coletânea, 2006, página I-4137

ECLI:EU:C:2006:308

“1) A Directiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento, opõe-se à adjudicação directa de um contrato de fornecimento e de serviços, no qual o valor dos fornecimentos é preponderante, a uma sociedade anónima cujo conselho de administração goza de amplos poderes de gestão que pode exercer de modo autónomo e cujo capital, na situação actual, é inteiramente detido por outra sociedade anónima, da qual, por seu turno, a entidade adjudicante é acionista maioritária.

2) Para apreciar a condição relativa à inaplicabilidade da Directiva 93/36 nos termos da qual a empresa à qual foi directamente adjudicado o fornecimento deve realizar o essencial da sua actividade com a autarquia que a controla, não há que aplicar o artigo 13º da Directiva 93/38/CEE do Conselho, de 14 de junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações.

3) Para apreciar se uma empresa realiza o essencial da sua actividade com a autarquia que a controla, a fim de decidir da aplicabilidade da Directiva 93/36, há que tomar em conta todas as actividades que esta empresa realiza com base na adjudicação feita pela entidade adjudicante, independentemente de quem remunera esta actividade, quer se trate da própria entidade adjudicante ou do utilizador das prestações fornecidas, sendo irrelevante o território no qual esta actividade é exercida.”

COMENTÁRIO :

O litígio do processo principal estabeleceu-se entre, por um lado, as empresas Carbotermo e o Consorzio Alisei à comuna de Busto Arizio e à empresa AGESP, em Itália, sobre a adjudicação, a esta última empresa, por ajuste direto, de um contrato para o fornecimento de combustíveis e para a manutenção, requalificação técnica e adequação às normas das instalações térmicas dos edifícios do município referido. A AGESP holding era uma sociedade anónima detida em 99,98% pelo município de Busto Arizio sendo os outros acionistas vários municípios, e o seu objeto social compreendia a gestão de serviços de utilidade pública nos setores do gás, da água, da

higiene, do ambiente, dos transportes, dos parques de estacionamento, dos banhos públicos, das farmácias, da energia elétrica e do aquecimento, dos serviços funerários e da sinalização rodoviária. A AGESP holding, por sua vez, criou a AGESP Spa, de que tem a totalidade do capital. Em 22 de setembro de 2003, o município de Busto Arizio lançou o procedimento referido no início do comentário, procedimento esse que acabou anulado. Em 18 de setembro de 2003, o município adjudicou um contrato com o mesmo objeto à AGESP, adjudicação essa que foi contestada pela Carbotermo e pelo Consorzio Alisei, os quais, entre outros argumentos, puseram em causa a relação município-AGESP holding-AGESP Spa. O Tribunal, aplicando a jurisprudência Teckal, declarou no acórdão : **“38. Resulta dos autos que os estatutos da AGESP Holding e da AGESP atribuem ao conselho de administração de cada uma destas sociedades os mais amplos poderes para a gestão ordinária e extraordinária da sociedade. Estes estatutos não reservam ao município de Busto Arizio qualquer poder de controlo ou direito de voto especial para restringir a liberdade de acção reconhecida a estes conselhos de administração. O controlo exercido pelo município de Busto Arizio sobre estas duas sociedades resume-se no essencial à latitude que o direito das sociedades reconhece à maioria dos accionistas, o que limita de modo considerável o seu poder de influenciar as decisões destas sociedades. A isto acresce que a influência eventual do município de Busto Arizio é exercida por intermédio de uma sociedade holding. A intervenção deste intermediário pode, consoante as circunstâncias do caso concreto, enfraquecer o controlo eventualmente exercido pela entidade adjudicante sobre uma sociedade anónima pelo simples facto de participar no seu capital”**. Logo, não estava preenchido o primeiro requisito da jurisprudência Teckal. Num outro ponto, igualmente importante e que consta da terceira conclusão : **“70. No caso de várias autarquias controlarem uma empresa, a condição relativa ao essencial da sua actividade pode ser satisfeita se esta empresa efectuar o essencial da sua actividade não necessariamente com tal ou tal autarquia, mas com estas autarquias tomadas no seu conjunto. 71. Por conseguinte, a actividade a tomar em conta no caso de uma empresa controlada por várias autarquias é aquela que esta empresa realiza com o conjunto destas autarquias”**. Este aspeto é importante, pela consideração de agrupamentos de entidades adjudicantes, e veículos empresariais por elas instituídos. E virá a estar presente na jurisprudência futura : processo C-295/05 (Tragsa), processo C-371/05 (Comissão versus Itália), processo C-324/07 (Coditel Brabant),

processo C-573/07 (Sea), processos apensos C-182/11 e C-183/11 (Econord) e processo C-553/15 (Undis Servizi)

Sobre a segunda conclusão, o Tribunal concluiu que o contrato estava abrangido pela diretiva 93/36/CEE, daí resultante a desaplicação da 93/38/CEE, e a inutilidade de, sobre este diploma, se pronunciar.

Processo C-410/04 (ANAV)

Acórdão de 6 de abril de 2006

Coletânea, 2006, página I-3303

ECLI:EU:C:2006:237

“Os artigos 43º CE, 49º CE e 86º CE, bem como os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação em razão da nacionalidade e da transparência, não se opõem a uma regulamentação nacional que permite a um organismo público adjudicar um serviço público directamente a uma sociedade cujo capital detém integralmente, desde que o organismo público exerça sobre essa sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e que a sociedade desenvolva o essencial da sua actividade com o organismo que a detém,”

COMENTÁRIO :

*Aqui está um exemplo claro de aplicação da jurisprudência Teckal, como facilmente se depreende do texto da conclusão. O litígio principal de onde emergiu a questão prejudicial opunha a Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) à comuna de Bari e à AMTAB Servizio Spa quanto à adjudicação a esta última do serviço de transporte público no território do citado município. A AMTAB era uma empresa pública, cujo capital era totalmente detido pela comuna de Bari, que havia lançado um concurso público de transporte. Sendo publicada legislação nacional (decreto legislativo nº 269/20003, alterando o decreto legislativo nº 267/2000) que previa a adjudicação direta em questão, ao concurso já então desencadeado não foi dada sequência. E, por decisão da comuna, de 18 de dezembro de 2008, procedeu-se à adjudicação direta à AMTAB. Para além de retomar a temática da não aplicação da diretiva 92/50/CEE às concessões de serviço público, e da concomitante aplicação, potencial, dos princípios gerais se existir interesse transfronteiriço certo, o Tribunal decidiu, com o seguinte fundamento : “**24. No âmbito das concessões de serviços públicos está, contudo, excluída a aplicação das normas dos artigos 12º CE, 43º CE e 49º CE, bem como dos princípios gerais de que elas constituem a expressão específica, se, simultaneamente, o controlo que a entidade pública adjudicante exerce sobre a entidade concessionária for análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e se a mesma entidade concessionária realizar o essencial da sua actividade com a entidade que é sua detentora (acórdão Parking Brixen, já referido, nº 62).***

Processo C-220/05 (Auroux)

Acórdão de 18 de janeiro de 2007

Coletânea, 2007, página I-385

ECLI:EU:C:2007:31

“1) Uma convenção pela qual uma primeira entidade adjudicante confia a uma segunda entidade adjudicante a realização de uma obra constitui um contrato de empreitada de obras públicas na acepção do artigo 1º, alínea a), 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, modificada pela Directiva 97/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro de 1997, independentemente de estar ou não previsto que a primeira entidade adjudicante é ou será proprietária da totalidade ou de parte dessa obra.

2) (...).

3) Uma entidade adjudicante não está dispensada de recorrer aos processos de adjudicação de contratos de empreitada de obras públicas previstos pela directiva com o fundamento de que, nos termos do direito nacional, essa convenção só pode ser celebrada com determinadas pessoas colectivas que possuem, elas próprias, a qualidade de entidade adjudicante e que, por sua vez, serão obrigadas a aplicar os referidos processos para celebrar eventuais contratos subsequentes.”

COMENTÁRIO :

O conselho municipal de Roanne (França) decidiu, a 28 de outubro de 2002, autorizar o seu presidente a celebrar com a SEDL-Société d'équipement du département de La Loire, uma empresa pública, um contrato (aí denominado convenção) destinado à realização de um centro de lazer. Esta decisão foi impugnada na justiça administrativa por J.Auroux e vários outros interessados. Estava em causa saber, antes do mais, se a convenção em questão deveria ser qualificada como um contrato de empreitada de obra pública, nos termos da directiva 93/37/CEE. O tribunal afirmou : “36. É verdade que, além da execução das obras, a convenção confia à SEDL tarefas suplementares que têm, como diversos intervenientes referiram, a natureza de uma prestação de serviços. Todavia, ao contrário do que sustenta a comuna de Roanne, do simples facto de a convenção comportar elementos que vão além da execução de obra não resulta que a mesma escape ao âmbito da directiva” ; “44. Em segundo lugar, é dado assente que,

enquanto operador económico activo no mercado que se compromete a realizar as obras previstas na convenção, a SEDL deve ser qualificada de empreiteiro na acepção da directiva” ; “45. (...) é manifesto que a convenção foi celebrada a título oneroso”. O Tribunal desvalorizou, igualmente, o argumento avançado pelas autoridades francesas de que o modelo aplicado em Roanne derivava de norma nacional explícita sobre este tipo de convenções, que só podiam ser celebradas entre entidades adjudicantes. Finalmente, sendo a SEDL uma entidade perfeitamente distinta (económica, financeira e gestonária e juridicamente) da comuna de Roanne não havia qualquer possibilidade de aplicação da jurisprudência Teckal. O comentário à segunda conclusão consta do capítulo 8 (contrato).

Processo C-295/05 (Tragsa) Acórdão de 19 de abril de 2007

Coletânea, 2007, página I-2999

ECLI:EU:C:2007:227

“As Directivas 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento, e 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, não se opõem a um regime jurídico como aquele de que a Tragsa beneficia, que lhe permite, enquanto empresa pública que actua na sua qualidade de instrumento próprio e de serviço técnico de várias autoridades públicas, realizar operações sem estar sujeita ao regime previsto pelas referidas directivas, dado que, por um lado, as autoridades públicas em questão exercem sobre esta empresa um controlo análogo ao que exercem sobre os seus próprios serviços e que, por outro, esta empresa realiza o essencial da sua actividade com essas mesmas autoridades.”

COMENTÁRIO :

Temos aqui um acórdão em que, sem se afastar dos elementos essenciais da jurisprudência Teckal, se afirma uma segunda modalidade de exceção de aplicação dos procedimentos de contratação pública, pelo reconhecimento da existência de um modelo instrumental de serviço público. O reenvio prejudicial desencadeou-se de um processo em Espanha, num litígio entre a Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) e a Transformación Agraia (Tragsa). O Tribunal declarou : “54. Deve observar-se que se a Tragsa não dispuser de liberdade quanto ao seguimento a dar a um pedido feito pelas autoridades competentes em causa nem quanto à fixação do preço aplicável às suas prestações, o que cabe ao tribunal de reenvio verificar, não está reunida a condição de aplicabilidade das directivas em causa, relativa à existência de um contrato”. Para a matéria sobreposta com a jurisprudência Teckal, o domínio do Estado espanhol sobre a Tragsa era total. Sendo aqui Estado em sentido geral, incluindo as Comunidades Autónomas, de acordo com os estatutos da empresa. O mesmo se afirma quanto ao segundo critério, pelo facto de 55% da sua atividade ser em benefício das Comunidades Autónomas e 35% em benefício do Estado.

*Salientamos que, embora esteja em causa a aplicação da jurisprudência Teckal, se vai mais além. Não é por acaso que esses elementos (controlo e atividade) são colocados, na conclusão, depois de reconhecer a Tragsa como “**instrumento próprio e de serviço técnico de várias entidades**”. Lentamente, abria-se caminho para o reconhecimento de uma segunda modalidade de contratação interna, a da cooperação entre entes públicos, aqui prejudicada pelo incontestável domínio das entidades instituidoras sobre a Tragsa.*

Processo C-337/05 (Comissão *versus* Itália)
Acórdão de 8 de abril de 2008

O comentário a este acórdão consta do capítulo 16 (falta de publicação ou conteúdo incorreto de anúncios e desrespeito por outras normas dos procedimentos pré-contratuais). A razão pela qual é feita aqui uma breve menção reside no facto de as autoridades italianas, no processo de aquisição de helicópteros à sociedade Agusta, Srl, terem invocado a suposta existência de uma relação in-house entre o Estado e essa sociedade. A Agusta, criada em 1974 como sociedade de economia mista, não preenchia, de modo muito evidente segundo os dados do processo, o requisito do controlo da jurisprudência Teckal. Por isso, o Tribunal nem apreciou se o segundo requisito (o da atividade) se verificava, e negou a existência de qualquer modelo legítimo de contratação interna.

Processo C-371/05 (Comissão *versus* Itália)

Acórdão de 17 de julho de 2008

Coletânea, 2008, página I-110

ECLI:EU:C:2008:410

“1) A acção é julgada improcedente.

2) A Comissão das Comunidades Europeias é condenada nas despesas.”

COMENTÁRIO :

Apesar da conclusão deste processo ser completamente negativo para as pretensões da Comissão, não é por isso que lhe falta interesse para a contratação interna. A Comissão considerava ilícita a adjudicação, pela comuna de Mântua (Itália) de um contrato de gestão, manutenção e desenvolvimento dos seus serviços informáticos à ASI, sociedade totalmente detida por essa e outras comunas limítrofes. De acordo com os elementos carreados para os autos, o Tribunal considerou que estavam reunidos os dois requisitos da jurisprudência Teckal : domínio da entidade adjudicante sobre o adjudicatário análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e o essencial da atividade ser em benefício da entidade adjudicante, aqui com a variante de poderem ser várias entidades, como corre quando se interpõe uma sociedade instrumental. Cabe sublinhar que, mesmo que possa aparentar alguma consideração diversa do que ocorreu em casos anteriores, certo é que tudo depende do que consta do processo em concreto, e da argumentação, e contra-argumentação das partes e daquilo que, casuisticamente, carrearam para os autos.

Processo C-220/06 (Asociación Profesional)

Acórdão de 18 de dezembro de 2007

Coletânea, 2007, página I-12175

ECLI:EU:C:2007:815

“1) O direito comunitário deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma regulamentação de um Estado-Membro que permita que as Administrações Públicas atribuam, à margem das regras de adjudicação de contratos públicos, a prestação de serviços postais reservados em conformidade com a Directiva 97/67/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997, relativa às regras comuns para o desenvolvimento do mercado interno dos serviços postais comunitários e a melhoria da qualidade de serviço, a uma sociedade anónima pública cujo capital é integralmente detido pelas autoridades públicas e que é, neste Estado, o prestador do serviço postal nacional.

2) 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, na redacção que lhe foi dada pela Directiva 2001/78/CE da Comissão, de 13 de Setembro de 2001, deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma regulamentação de um Estado-Membro que permita que as Administrações Públicas atribuam, à margem das regras de adjudicação de contratos públicos, a prestação de serviços postais não reservados na acepção da Directiva 97/67 a uma sociedade anónima pública cujo capital é integralmente detido pelas autoridades públicas e que é, nesse Estado, o prestador do serviço postal universal, na medida em que os acordos aos quais essa regulamentação se aplica

- atinjam o limiar pertinente previsto no artigo 7º, nº 1, da Directiva 92/50, na redacção que lhe foi dada pela Directiva 2001/78, e

- constituam contratos, na acepção do artigo 1º, alínea a), da Directiva 92/50, na redacção que lhe foi dada pela Directiva 2001/78, celebrados por escrito e a título oneroso

o que compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar

3) Os artigos 43º CE, 49º CE e 86º CE, bem como os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação em razão da nacionalidade e da transparência, devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma regulamentação de um Estado-Membro que permita que as Administrações Públicas atribuam, à margem das regras de adjudicação de contratos públicos, a

prestação de serviços postais não reservados na aceção da Directiva 97/67 a uma sociedade anónima pública cujo capital é integralmente detido pelas autoridades públicas e que é, nesse Estado, o prestador do serviço postal universal, desde que os acordos aos quais esta regulamentação se aplica

- não atinjam o limiar pertinente previsto no artigo 7º, nº 1, da Directiva 92/50, na redacção que lhe foi dada pela Directiva 2001/78, e

- não constituam, na realidade, um acto administrativo unilateral que imponha unicamente obrigações ao prestador do serviço postal universal e que se destaque sensivelmente das condições normais da sua oferta comercial,

o que compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.”

COMENTÁRIO :

O presente reenvio resultou de um processo entre a Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia e a Administración General del Estado, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, no qual a associação impugna a atribuição, sem concurso público, de serviços postais à Sociedad Estatal Correos y Telegrafos, que é o prestador do serviço postal universal, em Espanha, em 2002. Está aqui em causa a diretiva 97/67/CE, sobre os serviços postais, a par da diretiva 92/50/CEE. A resposta à primeira questão (que corresponde à primeira conclusão) foi dada pelo Tribunal de Justiça por mero recurso ao artigo 7º, da diretiva 97/67/CE, que resolve o problema, no sentido de que é possível ter um único prestador de serviço universal. Logo, tudo se resumiu aos denominados serviços postais não reservados. Aqui, o Tribunal laborou comparando o raciocínio exposto no processo C-295/05 (Tragsa) – “53. (...) a Correos, enquanto prestador do serviço postal universal, tem uma função completamente diferente, que implica designadamente que a sua clientela seja composta por todas as pessoas que pretendam recorrer ao serviço postal universal. O mero facto de esta sociedade não dispor de de qualquer liberdade, nem quanto ao seguimento a dar a um pedido feito pelo Ministerio nem quanto à tarifa aplicável às suas prestações, não pode ter automaticamente como consequência que nenhum contrato tenha sido celebrado por estas duas entidades”. E, conseqüentemente, solicitou ao órgão jurisdicional de reenvio que verificasse as condições de definição de objeto (prestações da Correos e retribuição correspondente), de modo a perceber qual a margem de autonomia da adjudicatária. Mas que não era possível reconhecer qualquer modelo aceitável pela jurisprudência Teckal, bastando para tal a

constatação, pública e notória, que a Correos não exercia o essencial da sua atividade para o Estado, outrossim para a sociedade espanhola em geral. Não aceitou também que, caindo a previsão legal na diretiva 92/50/CEE, o objeto da Correos fosse - em tudo quanto não dissesse respeito aos serviços reservados - correspondente a um direito exclusivo. Portanto, as conclusões apontam para a ilicitude da prática do Ministerio, com exceção daqueles contratos que não atinjam os limiares das diretivas, e sejam mesmo contratos. Veja-se a distinção de fundamentos censórios entre as segunda e terceira conclusões, quando para a primeira se aplicam a diretiva 92/50/CE, por terem sido atingidos os limiares de valor dos contratos, e quando o não fosse, por aplicação das normas do Tratado sobre liberdades económicas fundamentais. Finalmente, tudo tem de se jogar, no âmbito do direito da União para a contratação pública (coisa que não é forçosamente replicável na legislação nacional, como se comprova, por exemplo, do nº 3, do artigo 1º, do Código dos Contratos Públicos, versão 2017), a partir da existência de um contrato. Não de um ato administrativo unilateral.

Processo C-357/06 (Frigerio Luigi)
Acórdão de 18 de dezembro de 2007

O comentário a este acórdão consta do capítulo 10 (interessado, concorrente, candidato, operador económico). É um processo muito curioso, pois que além da reafirmação de jurisprudência constante sobre a não possibilidade de exclusão de um interessado, por este não assumir uma forma jurídica pré-determinada, há uma tentativa (frustrada) de constituição de um modelo Teckal, para justificar a atitude da entidade adjudicante.

Processo C-480/06 Comissão *versus* Alemanha

Acórdão de 9 de junho de 2009

Coletânea, 2009, página I-4747

ECLI:EU:C:2009:357

“1) A acção é julgada improcedente.

2) A Comissão das Comunidades Europeias é condenada nas despesas.”

COMENTÁRIO :

Este acórdão é especialmente importante, dado que foi a primeira vez que o Tribunal de Justiça reconheceu um outro modelo de contratação interna lícita, ou seja, de desaplicação legítima das normas das diretivas. Logo, trata-se, novamente, de uma improcedência muito substantiva ! A Comissão levou a República Federal da Alemanha perante o Tribunal de Justiça, pelo facto de os Landkreise (circunscrições administrativas) de Rotenburg (Wuemme), Soltau-Fallingsbommel e Stade terem celebrado um contrato relativo à eliminação de resíduos diretamente com os Serviços de Limpeza da Cidade de Hamburgo, de forma direta e sem publicidade. No entendimento da Comissão tratar-se-ia de uma violação da diretiva 92/50/CEE, sobre a adjudicação de contratos públicos de serviços. O contrato foi celebrado a 18 de dezembro de 1996 (!) e a Comissão chamou a atenção para o facto a 30 de março de 2004 (!), isto é, oito anos depois. O Tribunal desceu ao detalhe do contrato, para acabar por concluir que se deveria reconhecer que se estaria em presença de um modelo de cooperação entre entidades públicas, para o que haviam sido convidadas pela própria legislação europeia (diretiva 75/442/CEE) : “38. (...) é indiscutível que o contrato celebrado entre os serviços de Limpeza da Cidade de Hamburgo e os Landkreise em causa deve ser analisado como o culminar de um processo de cooperação intermunicipal entre as partes no contrato e que este implica exigências idóneas para assegurar a missão de eliminação dos resíduos. Com efeito, tem por objectivo permitir à cidade de Hamburgo construir e explorar uma instalação de tratamento de resíduos, nas condições económicas mais vantajosas, graças à entrega de resíduos dos Landkreise limítrofes, o que permite atingir uma capacidade de 320.000 toneladas. Por esta razão, a construção desta instalação apenas foi decidida e realizada depois do acordo dos quatro Landkreise em causa, de utilizar a central, e do seu compromisso nesse sentido. 39. O objeto

deste contrato, como é expressamente indicados nas primeiras cláusulas, consiste principalmente no compromisso de os Serviços de Limpeza da Cidade de Hamburgo porem à disposição dos quatro Landkreise em causa, anualmente, uma capacidade de tratamento de 120.000 toneladas de resíduos, com vista à sua valorização térmica na instalação de Rigerberger Damm. Como foi seguidamente especificado no contrato, os Serviços de Limpeza da Cidade de Hamburgo não assumem de maneira nenhuma a responsabilidade da exploração desta instalação e não oferecem garantias a este propósito. No caso de paragem ou de mau funcionamento da instalação, as suas obrigações limitam-se a oferecer capacidades de substituição, sendo, no entanto, esta obrigação condicionadas a dois aspectos. Por um lado, a eliminação de resíduos da cidade de Hamburgo deve ser assegurada prioritariamente e, por outro, deve haver disponibilidade de capacidade noutras instalações às quais o Serviço de Limpeza da Cidade de Hamburgo têm acesso". No essencial, o Tribunal reconheceu que este era um modelo de cooperação entre entes públicos, não abrangido pelas normas sobre contratação pública – "44. (...) afigura-se que o contrato controvertido constitui quer o fundamento quer o quadro jurídico para a construção e exploração futuras de uma instalação destinada a prestar um serviço público, concretamente, a valorização técnica dos resíduos. O referido contrato apenas foi celebrado por autoridades públicas, sem a participação de privados, e não prevê nem considera a adjudicação dos contratos eventualmente necessários para a construção e a exploração da instalação de tratamento de resíduos". Trata-se, portanto, de um aresto relevante, pois que reconhece, pela primeira vez, a licitude de um modelo de contratação interna (in-house) baseado não no domínio de uma entidade pela outra, mas sim na cooperação entre entidades públicas para cumprimento de uma missão de serviço público.

Processo C-323/07 (Termoraggi)

Despacho de 10 de abril de 2008

Coletânea, 2008, página I-57
ECLI:EU:C:2008:219

“A Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de serviços, e a Directiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento, não se aplicam a um contrato celebrado entre uma colectividade territorial e uma pessoa juridicamente distinta desta última, na hipótese em que, simultaneamente, a colectividade territorial exerce sobre a pessoa em causa um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e essa pessoa realiza o essencial da sua actividade com a ou as colectividades que a detêm.

O artigo 6º da Directiva 92/50 só é aplicável se existirem disposições legislativas, regulamentares e administrativas publicadas que confirmem ao adjudicatário um direito exclusivo a respeito do objecto do contrato adjudicado.”

COMENTÁRIO :

Temos aqui um caso de pura aplicação da jurisprudência Teckal, que se desenvolveu a partir de um litígio entre a Termoraggi e a comuna de Monza (Itália) e a Acqua Gas Azienda Municipale (AGAM) pela atribuição direta do serviço de gestão do calor para os edifícios de Monza e manutenção das instalações de aquecimento. A Termoraggi é uma empresa especializada na prestação de serviços de gestão de calor e trabalhos relacionados, e que até 1997 prestou esse tipo de serviços à comuna de Monza. A AGAM é uma empresa municipal de Monza, e, desde 1997, passou a prestar os serviços antes assegurados pela Termoraggi. O Tribunal de Justiça reconheceu estar-se perante uma verificação dos dois requisitos, se bem que lembrando que caberia ao órgão jurisdicional de reenvio confirmar tal realidade. Noutro ponto, de inegável interesse, reafirmou a necessidade de, para aplicar o artigo 6º, da diretiva 92/50/CEE, se teria de estar face à outorga de um direito exclusivo. Algo que neste processo se não constatava. Ou seja, recusou, como uma manifestação mais de jurisprudência constante, qualquer possibilidade de interpretação do citado artigo 6º, que o tornasse numa solução residual para viabilizar modelos de contratação interna. Ou se reconhecia, com rigor e substância,

que se estava perante a outorga de um direito exclusivo, ou a desaplicação dos procedimentos pré-contratuais era inviável, nos termos do citado artigo 6º.

Processo C-324/07 (Coditel Brabant)

Acórdão de 13 de novembro de 2008

Coletânea, 2008, página I-8457

ECLI:EU:C:2008:621

“1) Os artigos 43º CE e 49º CE, os princípios da igualdade e da não discriminação em razão da nacionalidade e o dever de transparência que deles decorre não se opõem a que uma autoridade pública adjudique, sem realização de concurso, uma concessão de serviços públicos a uma sociedade cooperativa intermunicipal cujos associados são todas autoridades públicas, quando estas autoridades públicas exerçam sobre essa sociedade um controlo análogo ao que exercem sobre os seus próprios serviços e quando a referida sociedade realize o essencial da sua actividade com essas autoridades públicas.

2) Sob reserva da verificação pelo órgão jurisdicional de reenvio dos factos relativos à margem de autonomia de que goza a sociedade em causa, em circunstâncias como as do processo principal nas quais as decisões relativas às actividades de uma sociedade cooperativa intermunicipal detida exclusivamente por autoridades públicas são por órgãos estatutários dessa sociedade compostos por representantes das autoridades públicas associadas, o controlo exercido sobre essas decisões pelas referidas autoridades públicas pode ser entendido no sentido de permitir que estas últimas exerçam sobre aquela sociedade um controlo análogo ao que exercem sobre os seus próprios serviços.

3) No caso de uma autoridade pública se associar a uma sociedade cooperativa intermunicipal cujos associados são todas autoridades públicas, a fim de transferir para esta a gestão de um serviço público, o controlo que as autoridades associadas a essa sociedade exercem sobre ela pode, para ser qualificado de análogo ao controlo que exercem sobre os seus próprios serviços, ser exercido de forma conjunta por essas autoridades através de deliberações, se for caso disso aprovadas por maioria.”

COMENTÁRIO :

De um litígio que opunha a Coditel Brabant ao município de Uccle, da Região Bruxelas-Capital e à Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (Brutélé), a propósito da adjudicação, pelo município, da gestão da sua rede de distribuição televisiva municipal a uma sociedade cooperativa intermunicipal resultou a questão prejudicial. Depois de um

processo algo conturbado de instalação e exploração da sua rede televisiva municipal, foi decidido pelo município de Uccle a associação à Brutélé, adjudicando-lhe a gestão da sua rede de distribuição. Dado o facto de a remuneração da Brutélé ser oriunda do pagamento feito pelos utilizadores da rede, o Tribunal qualificou o contrato como de concessão de serviço público, não coberto, portanto, pela legislação comunitária, e, em especial, fora do âmbito de aplicação da diretiva 92/50/CEE, sobre adjudicação de contratos públicos de serviços. Sem prejuízo dos princípios gerais, ou as liberdades económicas fundamentais, poderem intervir. Apesar do Tribunal acabar por reconhecer a legitimidade do essencial da ação do município de Uccle, o Tribunal hesita na aceitação do critério do controlo - um pouco ao jeito da reflexão sobre uma sociedade instrumental composta por entes públicos, como está no acórdão dado no processo C-340/04 (Carbotermo), poder fragilizar a relação de controlo - o que faz nestes termos : ***“36. Coloca-se a questão de saber se a Brutélé adquiriu desse modo uma dimensão de mercado e uma margem de autonomia suscetíveis de tornar precário o controlo exercido pelas autoridades públicas que lhe estão associadas”***. Tendo em conta o objeto do contrato adjudicado, - concessão de serviços públicos - como em muitos outros casos, foi ao arquétipo fundamental da União Europeia que o Tribunal recorreu. Aqui, é muito interessante constatar a construção jurídica que é feita, para situar historicamente o que veio a ser a aceitação dos modelos de contratação interna. Num primeiro momento (acórdão Teckal), está em causa a aplicação da diretiva 92/50/CEE, ou da diretiva 93/36/CEE. Nesse caso, e aplicando a última das diretivas, o Tribunal enunciou os dois critérios para a confirmação da licitude do modelo. No acórdão dado no processo C-26/03 (Stadt Halle) é adicionado um terceiro critério, mas ainda no contexto da aplicação de normas de uma diretiva, a 92/50/CEE. Mas existem diversos casos (como o presente) em que é incontestável que não cabe aplicar a diretiva 92/50/CEE, por se estar perante uma concessão de serviços públicos. Nestas situações, recorre-se ao disposto nas liberdades económicas fundamentais, sempre que exista interesse transfronteiriço certo. Mas o Tribunal não esquece o contributo da jurisprudência Teckal, sem prejuízo de edificar a sua pronúncia jurídica no teor dos artigos do Tratado.

Processo C-573/07 (Sea)

Acórdão de 10 de setembro de 2009

Coletânea, 2009, página I-8127

ECLI:EU:C:2009:532

“Os artigos 43º CE e 49º CE, os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação em razão da nacionalidade, bem como a obrigação de transparência que deles decorre, não se opõem à adjudicação directa de um contrato público de serviços a uma sociedade anónima de capitais inteiramente públicos, desde que o organismo público que constitui a entidade adjudicante exerça sobre essa sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e que essa sociedade desenvolva o essencial da sua actividade com o organismo ou organismos que a detém

Sem prejuízo da verificação pelo órgão jurisdicional de reenvio da relevância das disposições estatutárias em causa, o controlo exercido pelos organismos accionistas sobre a referida sociedade pode ser considerado análogo ao que exercem sobre os seus próprios serviços em circunstâncias como as do processo principal, quando :

- a actividade dessa sociedade esteja limitada ao território dos referidos organismos e for essencialmente exercida em benefício destes, e
- através dos órgãos estatutários compostos por representantes dos referidos organismos, estes exerçam uma influência determinante tanto sobre os objectivos estratégicos como sobre as decisões importantes da referida sociedade.”

COMENTÁRIO :

De um litígio que se gerou entre a empresa Sea e o município de Ponte Nossa (Itália), a propósito da adjudicação de um contrato relativo ao serviço de recolha, transporte e eliminação de resíduos urbanos à Servizi Tecnologici Comune (Setco). A Sea havia assegurado o serviço de recolha, transporte e eliminação de resíduos sólidos urbanos de 1 de janeiro de 2004 a 31 de dezembro de 2006. Em 2006, a comuna de Ponte Nossa decidiu integrar a Setco, empresa participada por algumas autarquias de Val Seriana (mas cujos estatutos admitem participação privada, se bem que ela não exista, à data dos factos), cujo maior acionista é a comuna de Clusone. Com a intenção, que veio a concretizar a 6 de dezembro desse ano, de cumprir o serviço anteriormente assegurado pela Sea, com efeito desde 1 de janeiro de 2007. A Sea impugnou essa atribuição, colocando em causa a

existência de um modelo de contratação interna (in-house). O Tribunal de Justiça,, embora declare que não tem elementos suficientes para comprovar se o contrato é de prestação de serviços ou de concessão de serviço público, considera que, mesmo assim, pode decidir sobre o caso, o que faz nestes termos : **“35. (...) a questão de saber se o processo principal diz respeito a uma concessão de serviços ou a um contrato público de serviços, e a questão de saber se, neste último caso, esse contrato de serviços se enquadra, ou não, no âmbito de aplicação da Directiva 2004/18, não vão influenciar a resposta a dar pelo Tribunal de Justiça à questão prejudicial”**. E lembra os critérios Teckal, aqui servindo para decidir baseado no disposto nos artigos 43 e 49, do Tratado : **“51. (...) numa situação como a do processo principal, em que o capital da sociedade adjudicatária é inteiramente público e em que não há nenhum indício concreto da abertura iminente do capital dessa sociedade a accionistas privados, a mera possibilidade de particulares participarem no capital da referida sociedade não basta para se concluir que a condição relativa ao controlo da autoridade pública não foi preenchida”**. Este passo é interessante, porque apresenta uma abordagem (só) aparentemente diversa quanto à potencialidade de privados poderem ser indiretamente beneficiados. Não custa antecipar que se se viessem a constatar indícios da efetiva participação privada, a decisão seria outra. O Tribunal de Justiça dá ainda por adquirida a verificação do segundo requisito, o do essencial da atividade ser em benefício da entidade adjudicante, nos termos constantes do ponto 80, do acórdão. E reitera a jurisprudência Coditel Brabant quanto à intervenção possível de várias entidades públicas dominantes.

Processo C-91/08 (Wall)

Acórdão de 13 de abril de 2010

Coletânea, 2010, página I-2815

ECLI:EU:C:2010:182

“1) (...).

2) Quando uma empresa concessionária conclui um contrato relativo a serviços que recaem no âmbito da concessão de que foi encarregada por uma autarquia local, o dever de transparência decorrente dos artigos 43º CE e 49º CE, bem como os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação em razão da nacionalidade, não se aplica se a referida empresa :

- tiver sido criada por essa autarquia local para efeitos de eliminação de resíduos e da limpeza das vias públicas, mas estiver igualmente activa no mercado ;
- pertencer em 51% à referida autarquia local, só podendo, porém, as decisões de gestão ser adoptadas por maioria de três quartos dos votos da respectiva assembleia geral ;
- tiver apenas um quarto dos membros do conselho geral, incluindo o respectivo presidente, nomeado por essa mesma autarquia ; e
- realizar mais de metade do seu volume de negócios a partir de contratos sinalagmáticos relativos à eliminação de resíduos e à limpeza de vias públicas no território da referida autarquia, financiados por esta última através das contribuições locais pagas pelos seus munícipes

3) (...).”

COMENTÁRIO :

O litígio do qual emergiu o reenvio prejudicial estabeleceu-se entre a empresa Wall e a cidade de Frankfurt (Main) sobre a adjudicação de um concessão de serviços de exploração e manutenção de alguns sanitários públicos. A Wall explora espaços publicitários e, para esse efeito, procede, designadamente, à produção, à montagem à manutenção e à limpeza de sanitários públicos. A FES (Frankfurter Entsorgungs-und Service GmbH) é uma pessoa colectiva de direito privado constituída sob a forma de sociedade por quotas, e tem por objeto, designadamente, a eliminação e a gestão de resíduos, a limpeza urbana e a segurança da circulação, por conta de autoridades públicas e de entidades privadas. A cidade de Frankfurt detém 51% do capital da FES, sendo os restantes 49% detidos por uma empresa privada. Em 18 de dezembro de 2002, da cidade de Frankfurt

solicitou a apresentação de candidaturas para um contrato de concessão de serviços de exploração, manutenção, assistência e limpeza de onze sanitários públicos urbanos, por um período de dezasseis anos, envolvendo algumas obras de reconstrução. A contrapartida pela prestação de todos estes serviços era o direito a cobrar uma taxa pela utilização das instalações e a exploração de publicidade nesses locais. A 4 de julho de 2003, a cidade de Frankfurt convidou as empresas interessadas a apresentar propostas. A Wall, a FES e outras três empresas apresentaram-nas. A 18 de março de 2004, a Wall foi excluída do processo de adjudicação e a 9 de julho, do mesmo ano, a concessão foi adjudicada à FES. No contrato assinado a 20 e 22 de julho de 2004, surgindo a Wall como subcontratada da FES. A prestação da Wall teria por objeto os serviços publicitários. Porém, a 5 de janeiro de 2005, a FES pediu à Wall para apresentar uma proposta sobre esses serviços, mas também convidou outra empresa, a DSM. Em 15 de janeiro de 2005, a FES requereu à cidade de Frankfurt a substituição da Wall pela DSM, enquanto subcontratante, ao que, a 21 de junho de 2005 foi dado consentimento. A FES adjudicou as respetivas prestações à DSM, no mesmo dia. Outra prestação no âmbito do contrato que unia a FES e a cidade de Frankfurt foi alvo de uma operação do mesmo tipo, mas que envolvia a realização de obras. Aqui, a cidade de Frankfurt considerou que, na sua proposta, a FES se havia comprometido a realizar tais trabalhos com os seus próprios meios. A Wall impugnou todas as decisões que lhe eram nocivas. São, portanto, duas substituições de subcontratante que estão em causa, e que foram encaminhadas para o Tribunal de Justiça. O Tribunal começou por responder à questão substantiva da alteração de um contrato de concessão, e se essa alteração era compatível com o dever geral de transparência. À época, os contratos de concessão de serviços não eram reguladas pelas diretivas sobre coordenação dos procedimentos de adjudicação. Mas as entidades adjudicantes de tais contratos estão sujeitas ao respeito pelas liberdades económicas fundamentais. Havendo interesse transfronteiriço certo (o anúncio da cidade de Frankfurt foi publicado no jornal oficial dessa autarquia, sendo designado “à escala europeia”, o que indicia que o poderia suscitar a participação de empresas fora da Alemanha), interviria a obrigação de cumprir o dever de transparência. O Tribunal, sendo, como sempre, cauteloso quanto ao respeito pelas competências do órgão jurisdicional de reenvio, afirmou : **“38. A alteração de um contrato de concessão de serviços em vigor pode ser considerada substancial quando introduz condições que, se tivessem figurado no processo de adjudicação inicial, teriam permitido admitir proponentes diferentes dos inicialmente admitidos ou teriam permitido selecionar uma proposta diferente**

da inicialmente selecionada (v. por analogia, acórdão Pressetext Nachrichtenagentur, já referido, nº 35. 39. A substituição de subcontratante, mesmo quando a faculdade de o fazer está prevista no contrato, pode, em casos excepcionais, constituir uma alteração desse tipo de um dos elementos essenciais do contrato de concessão quando o recurso a determinado subcontratante e não a outro tenha sido, atendendo às características próprias da prestação em causa, um elemento determinante da celebração do contrato, o que, em qualquer dos casos, compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar". Sobre a questão do controlo (que, como veremos adiante, não importará aqui para eventual aplicação dos termos de jurisprudência Teckal), o Tribunal considerou que não estava preenchido tal requisito, não só pelas regras aplicáveis às decisões, mas, igualmente, pelo que elas estavam condicionadas pela participação privada na FES, de 49%. E mesmo o facto de a maioria da atividade ser executada em benefício da cidade de Frankfurt, era irrelevante, dado o ambiente completamente concorrencial em que a FES operava. Daí a desaplicação mesmo da diretiva 80/732/CEE da Comissão, de 25 de junho de 1980, relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-membros e as empresas públicas. O comentário às primeira e terceira conclusões consta do capítulo 25 (execução do contrato).

Processo C-196/08 (Acoset)

Acórdão de 15 de outubro de 2009

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). Discutiu-se, com conclusão positiva, um formato de constituição de uma empresa mista.

Processo C-305/08 (CoNISMa)

Acórdão de 23 de dezembro de 2009

Este acórdão não se dirige à contratação interna, mas é interessante quanto a ela, porque nele se decidiu sobre a possibilidade de diversas entidades, que, em regra, são entidades adjudicantes, agirem como operadores económicos, e participarem em procedimentos de adjudicação. Ao que o Tribunal de Justiça deu um sinal positivo. Está comentado no capítulo 10 (interessado, concorrente, candidato, operador económico).

Processo C-215/09 (Mehilainen)

Acórdão de 22 de dezembro de 2010

Coletânea, 2010, página I-13749

ECLI:EU:C.2010:807

“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, deve ser interpretada no sentido de que, quando uma entidade adjudicante celebra com uma sociedade privada independente dela um contrato que prevê a criação de uma empresa comum, sob a forma de sociedade anónima, cujo objeto social é a prestação de serviços de saúde e de bem-estar no trabalho, a atribuição, pela referida entidade adjudicante, do contrato relativo aos serviços destinados aos seus próprios empregados, cujo valor excede o limiar previsto por essa directiva, e que é separável do contrato de criação dessa sociedade, deve fazer-se respeitando as disposições da referida directiva aplicáveis aos serviços mencionados no seu anexo II B.”

COMENTÁRIO :

De um litígio estabelecido entre as sociedades Mehilainen Oy e Terveystalo Healthcare Oy e o município de Oulun (Finlândia) quanto à qualificação jurídica, do ponto de vista das regras da União em matéria de contratos públicos de serviços, de um contrato celebrado entre o citado município e a empresa privada ODL Terveys Oy, para a criação de uma empresa comum (a ODL Oulun Tyoterveys Oy), emergiu este reenvio prejudicial. Para além da criação da nova empresa, por decisão do concelho municipal de Oulun, foi assinado com o sócio privado um pacto segundo o qual se obrigou a confiar à futura empresa comum o encargo de fornecer os serviços de saúde e de bem-estar no trabalho aos empregados do município, durante um período transitório de quatro anos. Por esta simples descrição compreende-se que o que estava em causa não era a constituição da empresa de economia mista mas o direito que lhe seria atribuído de fornecimento exclusivo ao município de Oulun, mesmo que só por um período transitório. O Tribunal facilmente caracterizou esse contrato (ou, na expressão do acórdão, a “parte separável”) e afirmou a incidência das normas da diretiva 2004/18/CE sobre a contratação pública de serviços. Não havia, portanto, qualquer sistema de contratação interna que

permitisse a desaplicação dos procedimentos pré-contratuais que o direito da União previa.

Processo C-159/11 (Ordine degli Ingegneri Lecce)

Acórdão de 19 de dezembro de 2012

ECLI:EU:C:2012:817

“O direito da União em matéria de contratos públicos opõe-se a um regime nacional que autoriza a celebração, sem abertura à concorrência, de um contrato através do qual duas entidades públicas instituem entre si uma cooperação, quando – cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar – tal contrato não tenha por objetivo assegurar a realização de uma missão de serviço público comum a estas entidades, não seja regido exclusivamente por considerações e exigências próprias à prossecução de objetivos de interesse público ou seja suscetível de colocar um prestador privado numa situação privilegiada em relação aos seus concorrentes.”

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal opunha a Azienda Sanitaria Locale (ASL) de Lecce e a Universidade de Salento à Ordine degli Ingegneri da província de Lecce (Itália) a respeito de um contrato de consultadoria celebrado entre a ASL e a Universidade referente ao estudo e à avaliação da vulnerabilidade sísmica das estruturas hospitalares da província de Lecce. A decisão de adjudicação deste contrato público de serviços foi assumida a 7 de outubro de 2009. Colocava-se, perante a matéria carreada para os autos, a questão de saber se o valor total do contrato atingiria o limiar estabelecido na diretiva 2004/18/CE para os contratos de serviços. Porém, o Tribunal ultrapassou tal questão do seguinte modo : “A circunstância de o contrato em causa no processo principal poder, conforme o caso, cair sob a alçada da Diretiva 2004/18 ou das regras fundamentais e dos princípios gerais do Tratado FUE não tem influência na resposta a ser dada à questão submetida. Com efeito, os critérios enunciados na jurisprudência do Tribunal de Justiça para apreciar se a abertura à concorrência é ou não obrigatória são pertinentes tanto para a interpretação desta diretiva como para a interpretação destas regras e princípios do Tratado FUE (v., neste sentido, acórdão de 10 de setembro de 2009, Sea, C-573/07, Clet. ° I-8127, nºs 35 a 37)”. Sobre o caso em concreto, e depois de elencar as duas possibilidades de excecionar a aplicação das normas sobre contratação pública (preenchimento dos requisitos da jurisprudência Teckal ou modelo de cooperação para cumprimento de missão comum de serviço público) o Tribunal declara : “(...) pode concluir-se que das indicações que constam da decisão de reenvio, em primeiro lugar, que este contrato

inclui um conjunto de aspetos materiais, dos quais uma parte importante, ou mesmo preponderante, corresponde a atividades geralmente efetuadas por engenheiros e arquitetos e as quais, apesar de assentarem numa base científica, não são, contudo, equiparáveis à investigação científica. Por conseguinte, contrariamente ao que o Tribunal de Justiça pôde declarar no nº 37, do acórdão Comissão/Alemanha, já referido (trata-se do acórdão dado no processo C-480/06, nota nossa), não se pode concluir que a missão de serviço público que é objeto da cooperação entre estas entidades públicas instituída pelo referido contrato assegure a realização de uma missão de serviço público que seja comum à ASL e à Universidade". Estando completamente fora de causa a aplicação dos critérios da jurisprudência Teckal, pela natureza das relações entre a ASL e a Universidade e não sendo reconhecido o modelo de cooperação, não havia qualquer sistema de contratação interna que autorizasse a desaplicação dos procedimentos da diretiva 2004/18/CE para a adjudicação de um contrato público de serviços. O que chocava com as soluções jurídicas italianas, quanto aos organismos públicos em geral, e sua liberdade de atuação (numa lei de agosto de 1990, afirmava-se que "as entidades públicas podem sempre concluir entre si acordos para regular o desenvolvimento em colaboração de atividades de interesse comum". E também chocava face ao estatuto das Universidades públicas, e seus modelos de cooperação externa, segundo legislação datada de 1980.

Processos C-182/11 (Econord) e C-183/11 (Econord) apensos

Acórdão de 29 de novembro de 2012

ECLI:EU:C:2012:758

“Quando, na qualidade de entidade adjudicante, várias autoridades públicas criam em conjunto uma entidade encarregada de desempenhar a sua missão de serviço público, ou quando uma autoridade pública passa a integrar essa entidade, está preenchido o requisito estabelecido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, segundo o qual essas autoridades, para serem dispensadas da obrigação de iniciar um processo de adjudicação de um contrato público de acordo com as regras de direito da União, devem exercer conjuntamente sobre essa entidade um controlo análogo ao que exercem sobre os seus próprios serviços, quando cada uma dessas entidades participar quer no capital quer nos órgãos de direção da referida entidade.”

COMENTÁRIO :

Nesta decisão sobre dois processos (C-182/11 e C-183/11) estava em causa, no processo principal, um conflito entre a sociedade Econord e as comunas de Varese, Cagno e Solbiate (Itália), a propósito da regularidade da adjudicação direta de um contrato público de serviços à ASPEM, por parte desses municípios. A ASPEM foi constituída pela comuna de Varese, para assegurar a gestão de serviços públicos no seu território, principalmente o de higiene urbana, na qualidade de prestadora “in house”. As restantes comunas acima referidas associaram-se à ASPEM (adquiriram, cada uma, uma acção dessa sociedade). Outras 34 comunas participam no capital social da ASPEM. Novamente se colocou a questão da natureza jurídica do contrato, tratada pelo Tribunal como o havia feito no processo C-537/07 (Sea) : “26. Importa igualmente realçar que, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a questão de saber se se trata de uma concessão de serviços ou de um contrato público de serviços e, neste último caso, se o valor do contrato atinge o limite previsto nas regras da União não é relevante para efeitos da resposta a dar pelo Tribunal de Justiça à questão prejudicial, dado que a exceção à aplicação das regras da União, quando estejam preenchidos os requisitos do exercício de um ‘controlo análogo’ é aplicável em todas estas situações (v. neste sentido, acórdão de 10 de setembro de 2009, Sea, C-537/07, Colet., p. I-8127, nºs 31 a 40)”. Havendo controlo análogo ao que as entidades

exercçam sobre os seus próprios serviços, e sendo a atividade exclusivamente em benefício das entidades instituidoras, tudo conjugado, permitiu uma pronúncia positiva. Porém, o Tribunal de Justiça não deixou de ser sensível à verificação de que mesmo os acionistas públicos minoritários contribuíssem efetivamente para o controlo da sociedade : “30. (...) em caso de recurso de várias entidades públicas e um entidade comum, para efeitos de execução de uma missão comum de serviço público, não seja indispensável que cada uma dessas autoridades detenha, por si só, um poder de controlo individual sobre a referida entidade, a verdade é que o controlo exercido sobre esta não pode assentar apenas no poder de controlo da autoridade pública que detém uma participação maioritária no capital da entidade em causa, sob pena de esvaziar de sentido o próprio conceito de controlo conjunto” ; “32. (...) incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se a celebração de um acordo parassocial pela Comune di Cagno e pela Comune de Sobiato, que lhes confere o direito de serem consultadas, e nomearem um membro do conselho fiscal e de designarem um membro do conselho de administração, de comum acordo com as outras colectividades participantes neste acordo, permite que esses municípios contribuam efetivamente para o controlo da ASPEM.”

Processo C-386/11 (Piepenbrock)

Acórdão de 13 de junho de 2013

ECLI:EU:C:2013:385

“Constitui um contrato público de prestação de serviços na aceção do artigo 1º, nº 2, alínea d), 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, contratos públicos de fornecimento e contratos públicos de serviços, um contrato, como o que está em causa no processo principal, através do qual, sem instaurar uma cooperação entre as entidades públicas contratantes tendo em vista a execução de uma missão de serviço público comum, uma entidade pública confia a outra entidade pública a missão de limpar alguns edifícios utilizados como escritórios, gabinetes administrativos e estabelecimentos escolares, reservando-se o poder de fiscalizar a boa execução dessa missão, através de uma compensação financeira que deve corresponder aos custos incorridos pela realização a referida missão, estando, além disso, a segunda entidade autorizada a recorrer a terceiros que tenham eventualmente a capacidade de agir no mercado para o cumprimento dessa missão.”

COMENTÁRIO :

Como será apontado na apreciação do acórdão dado no processo C-606/17 (IBA), aqui o que está em causa é a relevância de ser instituído o modelo de cooperação entre entidades públicas para que se dispense a aplicação dos procedimentos pré-contratuais. Do processo principal resulta o seguinte : a empresa Piepenbrock opôs-se à associação de municípios de Dueren, devido ao facto de este ente público transferir para a cidade de Dueren o encargo da limpeza de edifício situados no território desta última, mas pertencentes à associação e por esta utilizados, mediante uma contrapartida financeira. A empresa Piepenbrock tinha assegurado a limpeza desses edifícios, a qual passaria, com o contrato acima referido, a ser executado pela empresa municipal Duerener Reiningungsgesellschaft mbH. O Tribunal, depois de classificar o serviço de limpeza, no anexo IA, categoria 14, da diretiva 2004/18/CE e de reconhecer o carácter oneroso do contrato, avançou no sentido de que não se estaria face a nenhuma exceção à aplicação das normas sobre procedimentos. Mas fê-lo com a cautela típica de lidar com a relação entre o processo principal e a questão prejudicial : “39. (...) resulta das conclusões do órgão jurisdicional de reenvio que o projeto de contrato em causa no processo principal não parece

ter por objeto instaurar uma cooperação entre as duas entidades públicas contratantes tendo em vista a execução de uma missão de serviço público comum". Situado o debate sobre a existência de um modelo de cooperação, e não sobre a jurisprudência Teckal, este aresto confirmou que nenhum dos seus requisitos se verificavam (nº 34, do acórdão).

Processo C-564/11 (Ordine Ingegneri Lombardia)

Despacho de 16 de maio de 2013

ECLI:EU:C:2013:307

“O direito da União em matéria de contratos públicos opõe-se a uma legislação nacional que permite a estipulação, sem abertura de concurso público, de um contrato através do qual duas entidades públicas instituem entre elas uma cooperação quando – o que compete ao órgão jurisdicional verificar – esse contrato não tem por objeto assegurar a execução de uma missão de serviço público comum a estas entidades, não é exclusivamente regulamentado por considerações e requisitos adequados à prossecução de objetivos de interesse público ou é suscetível de colocar um prestador privado numa situação privilegiada em relação aos seus concorrente.”

COMENTÁRIO :

Temos aqui um caso muito semelhante ao do processo C-159/11 (Ordine degli Ingegneri di Lecce). Aqui, no processo principal, o litígio foi entre a Ordine degli Ingegneri della Lombardia e a comuna de Pavia (Itália) pela celebração de uma convenção entre esta autarquia e a Università degli Studi di Pavia, pela qual era confiada à Universidade a missão de estudo e de aconselhamento técnico e científico para a elaboração do plano de ordenamento territorial comunal de 1996. O município publicou um “anúncio de seleção”, reservando a participação a universidades públicas e privadas. A Universidade de Pavia ganhou o contrato. O Tribunal decidiu como no processo C-159/11, mesmo na fundamentação concreta, e não reconheceu que se estivesse perante um modelo de cooperação para prossecução comum de serviço público, única hipótese, neste caso, de desaplicar as normas sobre procedimentos de adjudicação de contratos públicos de serviços, dado que a natureza das relações entre a autarquia e a Universidade (sem domínio de uma entidade sobre a outra) afastavam, por completo, a intervenção da jurisprudência Teckal.

Processo C-352/12 (Consiglio Nazionale degli Ingegneri) Despacho de 20 de junho de 2013

ECLI:EU:C:2013:416

“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, conforme alterada pelo Regulamento (CE) n° 1177/2009 da Comissão, de 30 de novembro de 2009, opõe-se a uma regulamentação nacional que autoriza a celebração, sem realização de concurso, de um contrato por meio do qual entidades públicas instituem entre si uma cooperação quando - facto que cabe ao órgão jurisdicional verificar - esse contrato não tem por objeto assegurar a implementação de uma missão de serviço público comum a essas entidades, quando não se reja exclusivamente por considerações e exigências específicas à prossecução de objetivos de interesse público ou quando seja suscetível de colocar um prestador privado numa situação privilegiada relativamente aos seus concorrentes. O facto de a celebração de tal contrato ocorrer numa situação excecional só pode ser tomado em consideração se a entidade adjudicante determinar que estão reunidos os requisitos de aplicação do artigo 31º, n° 1, alínea c), desta diretiva.”

COMENTÁRIO :

Aqui temos um caso similar aos dos processos C-159/11 (Ordine degli Ingegneri di Lecce) e C-564/11 (Ordine degli Ingegneri della Lombardia), e decidido no mesmo sentido negativo quanto à constatação de um modelo se cooperação suscetível de permitir desaplicar as normas da diretiva 2004/18/CE, quanto à adjudicação de contratos públicos de serviços. No litígio do processo principal, o Consiglio Nazionale degli Ingegneri opunha-se a dois municípios (o de Castelvecchio Subequo e o de Barisciano, ambos em Itália) devido a convenções por eles celebrados respetivamente, com a Università degli Studi Chieti Pescara e a Università degli Studi di Camerino. Os estudos adjudicados eram relativos aos planos de reconstrução de certas partes dos territórios dessas autarquias, devido aos danos provocados pelo sismo de Áquila, de 6 de abril de 2009. As adjudicações desses estudos ocorreram a 25 de fevereiro e 14 de abril de 2011. O Tribunal, sem deixar de valorizar a importância do sismo, enquanto “acontecimento extraordinário e imprevisível” (ponto 48, do acórdão), demonstrou, face às datas em causa, que teria sido possível aos

municípios recorrer ao procedimento acelerado previsto na alínea c), nº 1, do artigo 31, da diretiva 2004/18. A argumentação de que não se estava perante qualquer das modalidades de contratação interna foi a expressa nos acórdãos com objeto similar, atrás reportados.

Processo C-574/12 (SUCH)
Acórdão de 19 de junho de 2014
ECLI:EU:C:2014:2004

“Quando a entidade adjudicatária de um contrato público é uma associação de utilidade pública sem fins lucrativos que, no momento da adjudicação desse contrato, conta entre os seus associados não só entidades pertencentes ao setor público mas também instituições privadas de solidariedade social que exercem atividades sem fins lucrativos, o requisito relativo ao ‘controlo análogo’, estabelecido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça para que a adjudicação possa ser considerada uma operação ‘in house’, não está preenchido, de modo que é aplicável 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.”

COMENTÁRIO :

O caso SUCH ocupou um largo espaço da discussão especializada em Portugal, e multiplicaram-se os processos, seja na justiça administrativa, seja na financeira. Com efeito, o Tribunal de Contas, que sempre teve uma relutância enorme em aceitar que se esteja perante um sistema de contratação interna lícito (veja-se, em especial, as duas auditorias do caso Pisoeste, Parque de Inertes e Serviços do Oeste, E.I.M., em que a sua ação acabou por forçar à venda ruínosa de uma empresa intermunicipal, desvalorizando, por completo, o regime jurídico das empresas municipais e intermunicipais), produziu vasta jurisprudência. Regressando ao processo C-574/12, o objeto no processo principal foi um litígio entre o Centro Hospitalar de Setúbal, E.P.E., e o SUCH (Serviço de Utilização Comum dos Hospitais), por um lado, à empresa Eurest (Portugal) sobre a adjudicação de um contrato de fornecimento de refeições ao pessoal e aos doentes do Centro Hospitalar ao SUCH, em 2011. À data dos factos, o SUCH (definido nos seus estatutos como uma associação sem fins lucrativos, que fora criada pelo decreto-lei nº 46669, de 24 de novembro de 1965) tinha 88 associados, dos quais figuravam 23 instituições privadas de solidariedade social, e 20 delas eram Misericórdias. Não sendo aplicável diretamente a jurisprudência Teckal, dada a natureza da relação entre o Centro Hospitalar e o SUCH, restaria o modelo de cooperação par missão de serviço público. Aqui, o Tribunal afirma : “35. Importa sublinhar a este respeito que a exceção relativa às adjudicações ‘in house’ se

baseia na abordagem segundo a qual, nesses casos, é possível considerar que a autoridade pública adjudicante recorre aos seus próprios meios para executar as suas missões de interesse público". Estando vedada esta possibilidade, o Tribunal rematou o caso, por resposta direta às questões com que o Supremo Tribunal Administrativo o havia instado, através de uma resposta seca sobre a evidente não verificação do requisito da jurisprudência Teckal. Tem interesse, para a análise do conjunto do caso, o que foi produzido, à época, pelo Tribunal de Contas (em diversos processos nos quais o SUCH esteve envolvido, mas também outras decisões sobre contratação internas, todas negativas) mas também os dois pareceres dados pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República sobre essa associação. O primeiro parecer é de 1995, e o segundo de 2002. No primeiro, o Conselho Consultivo considerou que a SUCH não estava sujeito à disciplina da despesa pública constante do decreto-lei nº 211/79, de 12 de julho, nas relações com os seus associados. No segundo, a posição foi reafirmada na desaplicação do decreto-lei nº 197/99, de 8 de junho e do decreto-lei nº 59/99, de 2 de março.

Processo C-15/13 (Universidade de Hamburgo)

Acórdão de 8 de maio de 2014

ECLI:EU:C:2014:303

“O artigo 1º, nº 2, alínea a), da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, 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 contrato que tem por objeto o fornecimento de produtos, celebrado entre, por um lado, uma Universidade que é uma entidade adjudicante, controlada no domínio das suas aquisições de produtos e serviços por um estado federado alemão, e, por outro, uma sociedade de direito privado detida pelo Estado federal e por estados federados alemães, entre os quais figura o referido estado federado, constitui um contrato público na aceção dessa disposição e deve, por conseguinte, estar sujeito às regras de adjudicação de contratos públicos previstas nesta diretiva.”

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal, de onde emergiu o reenvio prejudicial, opunha a Technische Universitaet Hamburg-Harburg e a Hochschul-Informationen-System, GmbH (HIS), à Datenlotsen Informationssysteme GmbH, acerca da regularidade da adjudicação direta de um contrato pela Universidade à HIS. Depois de um processo de consulta feito pela Universidade, no qual participaram a HIS e a Datenlotsen, a Universidade optou pelo sistema informático apresentado pela HIS. A HIS é uma sociedade cujo capital é detido em um terço pela República Federal da Alemanha e em dois terços por dezasseis Länder alemães, correspondendo ao de Hamburgo 4,16 % do capital. Para a desaplicação da jurisprudência Teckal basta esta afirmação do Tribunal : “28. No processo principal, é pacífico que não existe nenhuma relação de controlo entre a Universidade, entidade adjudicante, e a HIS, entidade adjudicatária. A Universidade não detém nenhuma participação no capital dessa entidade e não tem nenhum representante legal nos órgãos de direção da referida sociedade. Para a desaplicação da segunda modalidade de contratação interna, ficou esta sucinta afirmação : “35. (...) a cooperação instituída entre a Universidade e a HIS não se destina a realizar uma missão de serviço público comum, na aceção da jurisprudência (v. acórdão Ordine degli Ingegneri della

Provincia di Lecce e o, EU:2012:817, nºs 34 e 37)”. Logo, não havia qualquer sistema de contratação interna aceitável. Saliente-se que todos os casos em que foi afastada a possibilidade da cooperação entre entidades adjudicantes para cumprimento de missões de serviço público são decisivos para, a contrario, se perceber a construção jurídica que leve à aplicação regular da segunda modalidade de contratação interna.

Processo C-113/13 (Spezzino)
Acórdão de 11 de dezembro de 2014
ECLI:EU:C:2014:2440

“Os artigos 49º TFUE e 56º TFUE devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma regulamentação nacional que, como a que está em causa no processo principal, prevê que a prestação de serviços de transporte sanitário de urgência e de emergência deve ser confiada prioritariamente e por ajuste direto, sem qualquer forma de publicidade, aos organismos de voluntariado convencionados, desde que o quadro legal e convencional ao abrigo do qual se desenvolve a atividade desses organismos contribua efetivamente para a finalidade social e para a prossecução dos objetivos de solidariedade e de eficácia orçamental em que essa regulamentação se baseia.”

COMENTÁRIO :

O litígio principal de onde emergiu o reenvio prejudicial opunha a Azienda sanitaria locale (ASL) nº 5 “Spezzino”, a Região Ligúria (Itália) e a ANPAS (Associazione nazionale pubblica assistenza) a várias cooperativas sociais, entre as quais a Croce Verde. Por decisão de 9 de fevereiro de 2010, a Região Ligúria aprovou um acordo-quadro com a ANPAS, o CIPAS (Consorzio italiano pubbliche assistenze e a Croce Rossa Italiana-Comitatio Regionale Liguria). Em dezembro de 2010, a ASL nº 5 implementou esse acordo-quadro mediante a celebração de convenções relativas aos transportes sanitários de urgência e de emergência com as associações de voluntariado filiadas na ANPAS e com a Croce Rossa Italiana. A Croce Verde e a San Lorenzo impugnaram qualquer das duas decisões. Depois de identificar os serviços em causa no contexto da diretiva 2004/18/CE, concluiu provisoriamente – “38. (...) há que considerar que um acordo-quadro regional e as convenções como as que decorrem desse acordo estão, em princípio, abrangidos pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2004/18”. Depois de constatar que não havia elementos para perceber se havia um interesse transfronteiriço certo, algo necessário para enquadrar, na totalidade, a situação que lhe foi submetida, o Tribunal invocou que o direito da União não prejudica a competência dos Estados-Membros para organizarem os seus sistemas de saúde e de segurança social. Depois : “58. (...) há que recordar que no nº 32 do acórdão Sodemare e o. (EU:C:1997:301), o Tribunal de Justiça declarou que um Estado-Membro, no âmbito da sua competência

para organizar o seu sistema de segurança social, pode considerar que um sistema de assistência social aos idosos cujo estado torna indispensáveis prestações de cuidados de saúde implica necessariamente, para serem alcançados os seus objetivos, neste caso, o respeito pela finalidade exclusivamente social desse sistema, que a admissão de operadores privados na qualidade de prestadores de serviços dependia da condição de não terem fim lucrativo". Portanto, temos aqui uma outra possibilidade (objetiva) de viabilizar modelos de contratação interna justificados pelos fins prosseguidos, todos afastados da realidade do mercado, e onde, em princípio, não existem riscos de discriminações ou adulteração da atividade económica.

Processo C-50/14 (CASTA)
Acórdão de 28 de janeiro de 2016
ECLI:EU:C:2016:56

“1) Os artigos 49º TFUE e 56º TFUE devem ser interpretados no sentido de não se opõem a uma regulamentação nacional como a que está em causa no processo principal, que permite às autoridades locais confiarem a prestação de serviços de transporte sanitário, por ajuste direto, sem qualquer forma de publicidade, a associações de voluntariado, desde que o quadro legal e convencional em que se desenvolve a atividade desses organismos contribua efetivamente para uma finalidade social e para a prossecução dos objetivos de solidariedade e de eficácia orçamental.

2) Quando um Estado-Membro permite às autoridades públicas recorrerem diretamente a associações de voluntariado para o cumprimento de certas missões, uma autoridade pública que pretenda celebrar convenções com as referidas associações não é obrigada, em virtude do direito da União, a comparar previamente as propostas de diversas associações.

3) Quando um Estado-Membro, que permitiu às autoridades públicas recorrerem diretamente a associações de voluntariado para o cumprimento de certas missões, autoriza essas associações a exercerem certas atividades comerciais, cabe a esse Estado-Membro fixar os limites dentro dos quais essas atividades podem ser desenvolvidas. Esses limites devem, não obstante, assegurar que as referidas atividades comerciais sejam marginais relativamente ao conjunto das atividades de tais associações e sustentem a prossecução da atividade voluntária destas.”

COMENTÁRIO :

Este caso é, nos fundamentos jurídicos da decisão do Tribunal de Justiça, muito semelhante ao processo C-113/13 (Spezzino). O litígio no processo principal estabeleceu-se entre o Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonolegio (CASTA) e dois outros operadores de transportes à Azienda sanitaria locale di Cirià, Chivasso e Ivrea (ASL TO4) e à Regione Piemonte a propósito da atribuição sem concurso do serviço de transporte de doentes para diálise para diferentes serviços de saúde, no período de junho a dezembro de 2013 à Associazione Croce Bianca del Canavese e a diversas outras associações de voluntariado. Também era impugnada a autorização para a despesa inerente ao pagamento deste serviço. A legislação italiana atribui um papel importante e ativo às associações de voluntariado, e ao

estatuto do voluntariado, em si mesmo. Nesse enquadramento legal previa-se, entre muitos outros aspetos, o regime de reembolso de despesas suportadas pelas associações, ou em que termos poderiam ter pessoal assalariado, este com fortes limitações. A Região Piemonte tem normativo próprio de concretização e adaptação da lei geral. Estava-se claramente face a um complexo de contratos públicos, as entidades adjudicantes eram-no e as associações de voluntariado podem ser considerados operadores económicos. Mais, o facto de a remuneração se cingir ao reembolso de despesa não é um impedimento, por si só, a que se considere que estamos face a um contrato público, em termos de direito da União (nº 52, do acórdão). Logo, contrário aos termos da diretiva 2004/18/CE, caso esta fosse plenamente aplicável. Porém, aos pontos 57 e 58 do acórdão ficou afirmado – **“57. (...) resulta de um conjunto de elementos, a saber, o quadro jurídico nacional, a natureza das prestações em causa, que se inscrevem no contexto do Serviço Nacional de Saúde, as constatações do órgão jurisdicional de reenvio quanto ao impacto orçamental positivo das convenções como as que estão em causa no processo principal e, por natureza, o carácter voluntário das associações signatárias de tais convenções, que o recurso a essas associações para a organização do serviço de transporte sanitário é suscetível de ser motivado pelos princípios da universalidade e da solidariedade, bem como por razões de eficácia económica e de adequação, na medida em que permite que este serviço de interesse geral seja assegurado em condições de equilíbrio económico no plano orçamental, por organismos constituídos essencialmente tendo em vista servir o interesse geral. 58. Ora, tais objetivos são tidos em consideração pelo direito da União”**. Assim sendo, a restrição ao exercício de liberdades económicas fundamentais podia ser justificada pela prevalência do interesse geral do sistema de segurança social, e pela promoção do voluntariado. Numa segunda questão, muito interessante, o Tribunal de Justiça aceita que, desde que intrinsecamente respeitados os dois princípios atrás referidos – eficácia orçamental para manter o serviço público atuante, e ação das associações de voluntariado conforme a sua natureza altruísta – não há que comparar propostas para o exercício das atividades em causa. Isto é, sendo acomodável o modelo, face ao direito da União, e não estando previsto para o seu funcionamento qualquer publicidade, não é exigível tal comparação. Nos termos do nº 70, do acórdão : **“70. O facto de não haver uma exigência de publicidade implica que as autoridades públicas que, nas referidas condições, recorram a associações de voluntariado não estão obrigadas, em virtude do direito da União, a organizar uma comparação entre os**

organismos de voluntariado". À terceira questão, sobre o exercício de atividades comerciais desenvolvidas pelas associações de voluntariado, o Tribunal confirma a competência dos Estados-Membros para definir tais regimes, mas não de modo livre, sob pena de ruir toda a exceção às regras de contratação pública. No número 78 do acórdão : "78. (...) qualquer atividade comercial exercida por tais associações no mercado deve ser marginal e sustentar a prossecução da sua atividade voluntária."

Processo C-203/14 (Maresme)
Acórdão de 6 de outubro de 2015

Os comentários a este acórdão constam dos capítulos 10 (interessado, concorrente, candidato, operador económico) e 12 (seleção qualitativa dos interessados e apreciação das suas propostas). Como sucede com o processo C-305/08 (CoNISMa), não se trata de um caso de contratação interna, mas da possibilidade de um ente público, que é uma entidade adjudicante, agir como operador económico. A pronúncia do Tribunal de Justiça foi claramente afirmativa.

Processo C-51/15 (Remondis I)

Acórdão de 21 de dezembro de 2016

ECLI:EU:C:2016:985

“O artigo 1º, nº 2, alínea a), 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 não constitui um contrato público um acordo celebrado entre duas autarquias, como o que está em causa no processo principal, com base no qual estas aprovam os estatutos de uma associação de autarquias, pessoa coletiva de direito público, e atribuem a essa nova entidade pública determinadas competências que até então cabiam a essas autarquias e passam a ser competências específicas dessa associação de autarquias.

Todavia, essa transferência de competências para cumprimento de atribuições públicas só se verifica se abranger, em simultâneo, as responsabilidades conexas com a competência transferida e os poderes que são corolário dessa competência, de modo a que a autoridade pública que adquira a nova competência tenha autonomia decisória e financeira, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.”

COMENTÁRIO :

Temos aqui um caso de verificação da segunda modalidade de contratação interna (in-house) acomodável pelo ordenamento jurídico da União. No litígio do processo principal a empresa Remondis opunha-se à Região Hannover (Alemanha) acerca da legalidade da transferência das competências de recolha e tratamento de resíduos que a primeira prosseguia para a Zweckverband Abfallwirtschaft Region Hannover (Associação de autarquias para a gestão de resíduos da Região de Hannover). A transferência de competência operou em 2002, e essa transferência conduziu à perda, por parte das autarquias membros da associação, dos correspondentes poderes. A Remondis impugnou o modelo através de um pedido de fiscalização de um procedimento de adjudicação de um contrato público, de onde emergiu o reenvio prejudicial. O Tribunal afastou a operação de transferência de atribuições do que seria, em direito da União, um contrato público : “42. (...) essa repartição de competências não cumpre as condições que a definição do conceito de contrato público

impõe". Além de recorrer a um argumento de peso, fundado no artigo 4º, nº 2, do TFUE, ao admitir que a situação fosse considerada como um ato de organização interna, no contexto dessa disposição. Salvaguardadas as reservas que constam do segundo parágrafo da conclusão, o Tribunal reconhece a existência de um sistema de contratação interna (in-house), na segunda modalidade. Este aresto, contudo, avança algo mais não só no reconhecimento da segunda modalidade, como a caracteriza face ao decidido noutros processos. Em particular, compara-a com os modelos de delegação casuística, tão ao gosto da tradição francesa (daí comparar a justa negativa dada pelo Tribunal no processo C-264/03, Comissão versus França, acórdão de 20 de outubro de 2005), a afirma substantivamente : "49. (...) uma transferência de uma competência deve, para poder ser considerada como tal, abranger não só as responsabilidades conexas com a competência transferida, nomeadamente a obrigação de cumprir as atribuições que subjazem a essa competência, mas também os poderes que são corolário dessa competência. Isso exige que a autoridade pública a que é atribuída uma competência tenha o poder de organizar o cumprimento das atribuições conexas com essa competência e de aprovar o quadro regulamentar dessas atribuições e que disponha de autonomia financeira que lhe permita assegurar o financiamento das referidas atribuições. Em contrapartida, não é isso que sucede se a autoridade inicialmente competente conservar a responsabilidade principal relativa a essas mesmas atribuições, reservar para si o controlo financeiro dessas atribuições ou dever aprovar previamente as decisões que a entidade que associou a si pretende tomar". Como se constata deste passo do acórdão, nenhuma superficialidade existe na aceitação dos modelos de contratação interna por cooperação entre entidades públicas, para cumprimento comum de uma missão de serviço público. Há um outro processo, o C-429/19, com acórdão de 4 de junho de 2020, que igualmente envolve a empresa Remondis, se bem que com outras entidades públicas. Face aos dados carreados para esse processo, não foi reconhecida a existência de um modelo de cooperação. E discutida a interpretação do que seja "cooperação".

Processo C-553/15 (Undis Servizi)
Acórdão de 8 de dezembro de 2016
ECLI:EU:C:2016:935

“1) No âmbito da aplicação da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa às adjudicações diretas de contratos públicos, chamadas ‘in house’, a fim de determinar se a entidade adjudicatária exerce o essencial da sua atividade para a entidade adjudicante, nomeadamente as coletividades territoriais suas acionistas e que a controlam, não se deve incluir nessa atividade aquela que lhe é imposta por uma autoridade pública não acionista dessa entidade, a favor de coletividades territoriais que também não são suas acionistas nem exercem nenhum controlo sobre ela, devendo considerar-se que esta última atividade é exercida a favor de terceiros.

2) Para determinar se a entidade adjudicatária realiza o essencial da sua atividade para as coletividades territoriais suas acionistas e que exercem conjuntamente sobre ela um controlo análogo ao que exercem sobre os seus próprios serviços, há que tomar em consideração todas as circunstâncias do caso concreto, entre as quais pode figurar a atividade que esta entidade adjudicatária realizou para essas mesmas coletividades territoriais antes de esse controlo conjunto se ter tornado efetivo.”

COMENTÁRIO :

O litígio de onde resultou o reenvio prejudicial opôs a Undis Servizi à comuna de Sulmona (Itália), a propósito da adjudicação, por esta última, de uma adjudicação direta à Cogesa, de um contrato público de serviços (serviço de gestão do ciclo integrado dos resíduos). Tal ocorreu a 30 de setembro de 2014, antes, portanto, do decurso do prazo de transposição da diretiva 2014/24/UE, fixado para 18 de abril de 2016, conforme o disposto no n.º 1, do artigo 90, desse documento legislativo. O que é muito relevante, porque a diretiva 2004/18/CE, aplicável à matéria em causa neste processo, não continha normas equivalentes às do artigo 12 da diretiva 2014/24/UE. Logo, dominava ainda a jurisprudência Teckal (processo C-107/98), com os respetivos desenvolvimentos (tudo sem prejuízo do que está referido abaixo, sobre a ausência de comunicação do valor do contrato). A Cogesa é uma sociedade de capital inteiramente público, detido por vários municípios da Região de Abruzzo, entre os quais o próprio município de Sulmona. Como elemento importante neste caso – “13. Por autorização ambiental n.º 9/11, a região de Abruzzo obrigou a Cogesa, em

conformidade com os princípios de autossuficiência, da proximidade e da subsidiariedade, a tratar e a valorizar os resíduos urbanos de certos municípios dessa região que não eram acionistas da referida sociedade". Outro dado importante foi o de não ter sido fornecido, pelo órgão de reenvio, informação sobre o valor do contrato em causa (para se determinar se estaria em causa a aplicação direta da diretiva 2004/18/EU), razão pela qual podia, para a decisão final, ser decisiva a confirmação de que se estava perante um interesse transfronteiriço. Como (re)firma o Tribunal **"25. (...) a resposta do Tribunal de Justiça só é dada sob reserva da constatação pelo órgão jurisdicional de reenvio de que as condições de aplicação do direito da União estão preenchidas"**. Na sua decisão, o Tribunal só valorizou as relações, - e a sua expressão financeira, - que fossem estabelecidas diretamente entre a entidade dominada, e as dominantes, nos termos do exercício de um poder análogo àquele que exercesse sobre os seus próprios serviços (podendo tal domínio ser de um conjunto de entidades adjudicantes). E, num segundo momento, que essas relações permitissem concluir que o essencial da sua atividade da entidade o fosse em benefício da entidade, ou das entidades, dominantes, segundo o critério do Tribunal. Veja-se com atenção a segunda conclusão, pois parece aproveitar toda a atividade, quando não está a analisar o controlo análogo.

Processo C-567/15 (LitSpecMet)
Acórdão de 5 de outubro de 2017
ECLI:EU:C:2017:736

“O artigo 1º, nº 9, segundo parágrafo, 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 (UE) nº 1251/2011 da Comissão, de 30 de novembro de 2011, deve ser interpretado no sentido de que uma sociedade que, por um lado, é inteiramente detida por uma entidade adjudicante cuja atividade é satisfazer necessidades de interesse geral e que, por outro, realiza quer transações para essa entidade adjudicante quer transações no mercado concorrencial deve ser qualificada de ‘organismo de direito público’ na aceção dessa disposição, desde que as atividades dessa sociedade sejam necessárias para a referida entidade adjudicante poder exercer a sua atividade e que, para satisfazer necessidades de interesse geral, a referida sociedade se deixe guiar por considerações que não sejam económicas, o que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar. Não tem pertinência, a este respeito, o facto de o valor das transações intragrupo poder, no futuro, representar menos de 90% ou uma parte não essencial do volume de negócios global da sociedade.”

COMENTÁRIO :

O litígio principal, de onde emergiu o reenvio prejudicial, ocorreu na Lituânia, opondo a LitSpecMet UAB à Vilniaus lokomtyvu remondo repas UAB (VLRD), a propósito do respeito de um contrato de fornecimento de barra de metais ferrosos, parcialmente adjudicado por esta última à LitSpecMet. A VLRD é uma sociedade comercial constituída em 2003, resultante da reestruturação dos caminhos de ferro lituanos (Lietuvos gelezinkelai-AB), o seu capital é totalmente detido pela AB, e cerca de 90% das suas encomendas provêm da AB. Em 2013, a VLRD publicou um anúncio de concurso simplificado para aquisição de barras de metais ferrosos, ao qual a LitSpecMet respondeu, tendo recebido uma notificação de adjudicação em relação a parte da sua proposta. A LitSpecMet pediu a anulação do concurso, e a publicação de um anúncio regular, dado que considerava a VLRD uma entidade adjudicante. O órgão jurisdicional de reenvio não tinha esclarecido se o contrato atingia ou não

o limiar de € 200.000, contido na alínea b), do artigo 7º, da diretiva 2004/18/CE. Para além da discussão sobre o estatuto da VLRD enquanto entidade adjudicante, o Tribunal, sem ter de responder concretamente se a relação entre a AB e a VLRD era um modelo de contratação interna, - porque isso não lhe era questionado, no contexto do reenvio prejudicial - trata ambas as entidades sem reconhecer esse modelo. Daí a desvalorização do facto de ser previsível que diminuísse a dimensão das transações intragrupo, enquanto expressão das encomendas da AB à VLRD.

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

O comentário a este acórdão consta do capítulo 1 (âmbito e alcance das normas sobre contratação pública). Tratava-se de definir a incidência de regras do regulamento 1370/2007, que dispõe sobre o transporte rodoviário e ferroviário de passageiros, que inclui também um sistema próprio de contratação interna (in-house).

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

O comentário a este acórdão consta do capítulo 24 (setores especiais). Trata-se da definição do âmbito de aplicação do regulamento 1370/2007, intervindo, potencialmente, um modelo específico da contratação interna, conjugado com uma adjudicação em ajuste direto, constante desse documento legislativo.

Processo C-606/17 (IBA)

Acórdão de 18 de outubro de 2018

O comentário à primeira conclusão consta do capítulo 8 (contrato) e da segunda conclusão no capítulo 1 (âmbito e alcance das normas sobre contratação pública). Invocada a existência de um modelo de contratação interna, o Tribunal de Justiça não o aceitou.

Processo C-253/18 (Rhenus Veniro)

Acórdão de 8 de maio de 2019

O comentário a este acórdão consta do capítulo 24 (setores especiais). Trata-se de mais um caso sobre o âmbito de aplicação do regulamento 1370/2007, sobre transporte rodoviário e ferroviário de passageiros, no qual intervém, potencialmente, um modelo próprio de contratação interna (in-house).

Processo C-285/18 (Irgita)

Acórdão de 3 de outubro de 2019

ECLI:EU:C:2019:829

“1) Uma situação como a que está em causa no processo principal, em que um contrato público é adjudicado por uma autoridade adjudicante a uma pessoa coletiva sobre a qual exerce um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, no âmbito de um procedimento iniciado quando 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, ainda estava em vigor e que deu lugar à celebração de um contrato posteriormente à revogação da Diretiva 2004/18, ou seja, em 18 de abril de 2016, é abrangida pela 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, quando a entidade adjudicante tiver dirimido definitivamente a questão de saber se era obrigado a proceder à abertura prévia de um concurso para a adjudicação de um contrato público após essa data.

2) O artigo 12º, nº 1, da Diretiva 2014/24 deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma regra nacional pela qual um Estado-Membro subordina a celebração de uma transação interna, designadamente à condição de os contratos públicos não poderem garantir a qualidade, disponibilidade e a continuidade dos serviços a prestar, desde que a escolha manifestada a favor de uma forma de prestação de serviços em particular ; e efetuada numa fase anterior à da adjudicação do contrato público, respeite os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência.

3) O artigo 12º, nº 1, da Diretiva 2014/24, lido à luz do princípio da transparência, deve ser interpretado no sentido de que as condições a que os Estados-Membros subordinam a celebração de transações internas devem ser enunciadas através de normas de direito positivo, claras e precisas em matéria de contratação pública, que devem ser suficientemente acessíveis e previsíveis na sua aplicação para evitar qualquer risco de arbitrariedade, o que, no caso vertente, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.

4) A celebração de uma transação interna que preenche as condições enunciadas no artigo 12º, nº 1, alíneas a) a c), da Diretiva 2014/24 não é, por si mesma, conforme ao direito da União”.

COMENTÁRIO:

O processo principal desenrolou-se na Lituânia, iniciado pelo município da cidade de Kaunas e pela administração municipal da mesma cidade (qualificada como entidade, ou autoridade, adjudicante), a propósito da celebração de um contrato de prestação de serviços, com a UAB Kauno svara. A lei lituana sobre contratos públicos, na versão vigente entre 1 de janeiro de 2011 e 1 de julho de 2017, previa que para ser constituída uma “transação interna”, seria necessário obter a autorização da Entidade Reguladora dos Contratos Públicos. A 7 de fevereiro de 2014, a entidade adjudicante publicou um anúncio de concurso para a prestação de serviços de manutenção e gestão de plantações, florestas e parques florestais da cidade de Kaunas. O contrato foi celebrado, a 18 de março de 2014, à sociedade Irgita. Paralelamente, mas só a 1 de abril de 2016, a entidade adjudicante solicitou autorização à Entidade Reguladora dos Contratos Públicos, para celebrar uma transação interna com a UAB Kauno svara, para esta prestar serviços em substância análogos aos adjudicados à Irgita. Como descreve o acórdão, **“15. A Kauno svara, que tem personalidade jurídica, é controlada pela autoridade adjudicante, que detém a totalidade do seu capital. Além disso, em 2015, 90,07 % do seu volume de negócios foi realizado no exercício da sua atividade em benefício exclusivo da autoridade adjudicante”**. Em 20 de abril de 2016, a Entidade Reguladora dos Contratos Públicos deu autorização à transação interna. A 3 de maio de 2016, a cidade de Kaunas decidiu celebrar um contrato de serviços de ceifa com a Kauno svara. A Irgita impugnou judicialmente esta adjudicação, e o consequente contrato. Quanto ao tema da legislação europeia aplicável, o Tribunal de Justiça considerou que relevante era a data da autorização da Entidade Reguladora, por ser o momento em que, legalmente, a entidade adjudicante podia escolher o tipo de procedimento. Apesar de ter solicitado esta autorização em 1 de abril de 2016, certo é que ela só foi obtida a 20 de abril de 2016, quando a diretiva 2004/18/CE já não estava em vigor, revogada que foi pela diretiva 2014/24/UE, que entrou em vigor no mesmo dia, 18 de abril de 2016. Ora só com a obtenção dessa autorização, poderia a entidade adjudicante agir, ora constituindo a “transação interna”, ora abrindo concurso. A primeira questão prejudicial ficou assim respondida. Quanto à segunda, o Tribunal de Justiça procedeu à seguinte operação, dada a invocação pelo órgão jurisdicional de reenvio (injustificada, no entender do Tribunal) do

conceito de “serviços de interesse geral” : **“40. (...) Há que reformular a terceira questão, alínea a), e considerar que, através desta, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se o artigo 12º, nº 1, da Diretiva 2014/24 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regra nacional pela qual um Estado-Membro sujeita a celebração das transações internas, designadamente, à condição de os contratos públicos não poderem garantir a qualidade, a disponibilidade e a continuidade dos serviços a prestar”**. Todos estes requisitos constavam da lei lituana. Ficava o enunciado da questão, e efetuada a modificação de modo a que o Tribunal de Justiça pudesse dar um contributo útil à interpretação normativa, declarou este que o recurso à contratação interna, nomeadamente nos termos do artigo 12, da diretiva 2014/24/UE, **era uma faculdade e não uma obrigatoriedade** (números 43, 45 e 46 do acórdão. Desde que respeitados os princípios gerais, os Estados-Membros têm, assim, a liberdade de limitar a aplicação das modalidades de contratação interna, segundo os seus próprios critérios. A terceira pergunta era a seguinte **“51. Com a sua terceira questão, alínea b), o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 12º, nº 1, da Diretiva 2014/24, lido à luz do princípio da transparência, deve ser interpretado no sentido de que as condições a que os Estados-Membros sujeitam a celebração das transações internas devem ser enunciadas através de normas de direito positivo, claras e precisas em matéria de contratação pública”**. O Tribunal de Justiça confirmou que sim, sobretudo para evitar **“qualquer risco de arbitrariedade”**. Finalmente, a quarta questão era : **“58. Com a sua quarta questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se a celebração de uma transação interna que preenche as condições enunciadas no artigo 12º,nº 1, alíneas a) a c), da Diretiva 2014/24 é, em si mesma, conforme ao direito da União”**. O Tribunal de Justiça respondeu por um lado, que mesmo que não se reunissem as condições citadas, as entidades adjudicantes estariam sempre obrigadas ao respeito dos princípios gerais, e, por outro, que não deveria a sua ação ser perturbadora de um saudável funcionamento do sistema económico. Nas palavras do Tribunal de Justiça, que : **“62. (...) se deve evitar que qualquer cooperação desse tipo, que está excluída do âmbito de aplicação da referida diretiva, provoque uma distorção da concorrência em relação aos operadores económicos privados”**. No caso em apreço, o contrato original celebrado com a Irgita, não continha disposições sobre um volume mínimo de serviços a prestar efetivamente por esse operador, o que abriu caminho ao paralelismo de relações contratuais com objeto similar. Mas remeteu ao órgão jurisdicional de reenvio a

confirmação de que este aspeto (a par de qualquer outro relevante) poderia provocar tal distorção.

Processo C-796/18 (ISE)
Acórdão de maio de 2020
ECLI:EU:C:2020:395

“1) A 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 interpretada no sentido de que um acordo que, por um lado, estipula que uma entidade adjudicante disponibilizará gratuitamente a outra entidade adjudicante um *software* e, por outro, está ligado a um acordo de cooperação nos termos do qual cada parte nesse acordo é obrigada a disponibilizar gratuitamente à outra parte os futuros desenvolvimentos desse *software* que ela possa conceber, constitui um ‘contrato público’ na aceção do artigo 2º, nº 1, ponto 5, dessa diretiva, quando resulte tanto dos termos desses acordos como da regulamentação nacional aplicável que esse software em princípio sofrerá adaptações.

2) O artigo 12º, nº 4, da Diretiva 2014/24 deve ser interpretado no sentido de que uma cooperação entre entidades adjudicantes pode estar excluída do âmbito de aplicação das regras de adjudicação de contratos públicos previstas nessa diretiva quando essa cooperação diga respeito a atividades acessórias dos serviços públicos que devam ser prestados, mesmo a título individual, por cada membro dessa cooperação, desde que essas atividades acessórias contribuam para a realização efetiva dos referidos serviços públicos.

3) O artigo 12º, nº 4, da Diretiva 2014/24, conjugado com o considerando 33, segundo parágrafo, e com o artigo 18º, nº 1, da mesma diretiva deve ser interpretado no sentido de que uma cooperação entre entidades adjudicantes não pode ter por efeito, de acordo com o princípio da igualdade de tratamento, colocar uma empresa privada numa situação privilegiada em relação aos seus concorrentes.”

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal estabeleceu-se entre a firma ISE e a cidade de Colónia, na Alemanha, a propósito da adjudicação de dois contratos celebrados entre a cidade de Colónia e o Land de Berlim, que previam, respetivamente, a disponibilização gratuita a essa cidade de um software de gestão das intervenções dos bombeiros e uma cooperação para desenvolver o referido software. Da descrição do Tribunal de Justiça : “11. O Land de Berlim, que dispõe do maior corpo de bombeiros profissionais da

Alemanha, utiliza o software 'IGNIS Plus' que adquiriu por contrato à Sopra Steria Consulting GmbH para gerir as intervenções dos bombeiros. Esse contrato permite-lhe, nomeadamente, transmitir gratuitamente o referido software a outras autoridades encarregadas da segurança. 12. Na Alemanha, em conformidade das decisões ditas de 'Kiel', de 1979, que fixam os princípios da troca de softwares entre entidades da Administração Pública, a transmissão gratuita de um software de uma autarquia pública para outra não é considerada adjudicação de um contrato que deva ser objeto de um concurso público. Com efeito, resulta do princípio da reciprocidade geral que os desenvolvimentos de software cuja comercialização pelos poderes públicos está excluída são transmitidos gratuitamente entre entidades da Administração Pública, uma vez que não estão em concorrência umas com as outras". O primeiro contrato foi firmado a 10 de setembro de 2017, e visava a troca gratuita de software. O segundo, da mesma data, o desenvolvimento desse software. Recorrendo novamente ao relato do acórdão : "16. A ISE, que concebe e vende software de gestão das intervenções para as autoridades de segurança, moveu um processo no Vergabekammer Rheinland (Câmara dos Contratos Públicos da Renânia) pedindo que o contrato de disponibilização do software e o contrato de cooperação fossem invalidados por desrespeito da regulamentação dos contratos públicos. Segundo a ISE, a participação da cidade de Colónia no desenvolvimento posterior do software 'IGNIS Plus' posto gratuitamente à sua disposição constitui uma vantagem financeira para o Land de Berlim suficiente para esses contratos terem carácter oneroso". Não tendo a ISE obtido vencimento de causa, em sede graciosa, apresentou uma ação judicial, no âmbito da qual foram suscitadas três questões prejudiciais. A primeira centrava-se em ser considerado o vínculo contratual concreto (melhor, os dois em causa), um "contrato público"(depois de uma breve discussão, à qual o Tribunal de Justiça fechou com uma afirmação negativa perentória, sobre se haveria que opor os conceitos de "contrato" e "contrato público", na diretiva). Vejamos a expressão conclusiva deste raciocínio : "50. Assim, sem prejuízo da verificação pelo órgão jurisdicional de reenvio, resulta destas considerações que o contrato de disponibilização do software e o contrato de cooperação têm carácter sinalagmático, na medida em que a disponibilização gratuita do software 'IGNIS Plus' gera uma obrigação recíproca de desenvolvimento desse software quando a utilização mais otimizada possível do sistema de gestão das intervenções e a

adaptação permanente desse sistema às necessidades exijam essa evolução, que se concretiza mediante o financiamento de módulos complementares que deverão ser posteriormente colocados à disposição do parceiro". Portanto, identificava-se um sinalagma, e o contrato, por isso, deveria ser considerado como oneroso, o que se compagina com a definição europeia de "contrato público". A segunda questão residia na consideração, ou não, da possibilidade de contratos públicos como os em causa, poderiam ser acolhidos pela exceção da contratação interna. O Tribunal de Justiça concluiu positivamente, esclarecendo ainda os termos em que tal poderia ocorrer, face ao disposto na alínea a) do nº 4, do artigo 12, da diretiva 2014/24/UE. Ou seja, : "58. (...) *deve ser interpretado no sentido de que autoriza indiferentemente as entidades adjudicantes participantes a assegurarem, tanto em conjunto como individualmente, uma missão de serviço público, desde que a sua cooperação permita alcançar os objetivos que têm em comum*". Finalmente, sobre a terceira questão, é nela perguntado ao Tribunal de Justiça se é legalmente admissível que, pelo estabelecimento de uma estrutura de cooperação entre entes públicos para cumprimento de missão de serviço público, saia beneficiada uma empresa privada. Sem que queiramos dedicar especial atenção aos argumentos da ISE, importa-nos sobretudo saber se, na omissão de referência precisa a este elemento, no nº 4, do artigo 12, da diretiva 2014/24/UE, - ao contrário que sucede quanto ao modelo mais antigo de contratação interna, na esteira da jurisprudência Teckal, com a alínea c), do nº 1, do mesmo artigo - deveria, ainda assim, ser defendido. O Tribunal de Justiça é bastante claro, no sentido de que o tema é pertinente : "74. (...) *importa sublinhar que, quando pretende organizar um processo de adjudicação de contratos públicos com vista a assegurar a manutenção, a adaptação ou o desenvolvimento de um software adquirido a um operador económico, uma entidade adjudicante deve ter o cuidado de comunicar informações suficientes aos candidatos e potenciais proponentes, a fim de permitir o desenvolvimento de uma concorrência efetiva no mercado derivado da manutenção, da adaptação ou o desenvolvimento do referido software*".

Processo C-11/19 (Euganea)
Despacho de 6 de fevereiro de 2020
ECLI:EU:C:2020:88

“ 1) O artigo 10º, alínea h, e o artigo 12º, nº 4, 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 regulamentação nacional que subordina a adjudicação de um contrato público à circunstância de uma parceria entre entidades pertencentes ao setor público não permitir assegurar o serviço de transporte sanitário geral, desde que a escolha expressa a favor de um modo de prestação de serviços em particular, e efetuado numa fase anterior à da adjudicação de um contrato público, respeite os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência.

2) O artigo 10º, alínea h), e o artigo 12º, nº 4, da Diretiva 2014/24 devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma regulamentação nacional que impõe à autoridade adjudicante que fundamente a sua opção de adjudicar o contrato relativo ao serviço de transporte sanitário geral por concurso, em vez de o adjudicar diretamente por meio de uma convenção celebrada com outra autoridade adjudicante.”

COMENTÁRIO:

O litígio no processo principal opôs a Azienda ULSS nº 6 (Euganea) um serviço público de saúde à Pia Opera Croce Verde Padova, uma instituição caritativa, a respeito da atribuição do serviço de transporte sanitário de doentes em ambulância e de hemodialisados desde a ULSS nº 6 ao Centro Hospitalar de Pádua. A entidade adjudicante lançou um concurso público, em 2017, para adjudicação dos serviços referidos atrás, pelo período de cinco anos. O valor anual do contrato era estimado em € 5.043.560, dando um valor total de € 25.217.800. A Croce Verde impugnou o desencadeamento do concurso, fundando-se em que, de acordo com a legislação aplicável, dever-se-ia ter procurado, em primeiro lugar, celebrar uma convenção com uma entidade do setor social ou do setor público (a Croce Verde sustentou que não era uma simples associação caritativa, mas antes uma IPAB, entidade pública sem fins lucrativas, ponto que o Tribunal não corrobora, conforme o nº 49, do acórdão, que duvidou que a Croce Verde fosse um organismo de direito público) e só sendo tal

impossível ou insuficiente, procurar no mercado um prestador. O Tribunal de Justiça reiterou tudo quanto havia sustentado no processo C-285/18 (Irgita), distinguindo entre o que era a regulamentação da contratação pública, e o direito dos Estados-Membros em recorrer aos seus próprios meios (em sentido lato), para prover à satisfação das necessidades coletivas. E recorre, por comparação, à diretiva 2014/23/UE (sobre a adjudicação de contratos de concessão, e ao n.º 1, do seu artigo 2.º - **“1. A presente diretiva reconhece o princípio da livre administração das autoridades nacionais, regionais e locais, em conformidade com o direito nacional e da União em vigor. Estas autoridades têm a liberdade de decidir sobre a melhor forma de gerir a execução das obras ou a prestação de serviços, de modo a garantir um elevado nível de qualidade, de segurança e de acessibilidade de preços, a igualdade de tratamento e a promoção do acesso universal e dos direitos dos utilizadores dos serviços públicos. Estas autoridades podem optar por prosseguir as suas missões de interesse público, utilizando os respetivos recursos, ou em cooperação com outras autoridades ou confiando a sua execução a um operador económico”**. Sinalizou, ainda, que o momento da decisão de recorrer a meios internos é, por natureza, anterior ao desencadeamento de qualquer procedimento pré-contratual, pelo que seria duvidoso que a diretiva se lhe aplicasse (n.º 41, do acórdão). Se bem que as questões prejudiciais estejam muito focadas na apreciação da licitude de condições postas por legislação nacional para a colocação de oportunidade de negócio no mercado, preferindo modelos internos, é óbvio que o facto de se tratar de uma entidade sem fins lucrativos, e de tudo ocorrer no âmbito de um serviço de saúde público, foi determinante. Por isso, esta decisão, que muito invoca a dada no já referido processo C-285/18 (Irgita), pertence também à família do acórdão do processo C-113/13 (Spezzino). Note-se, igualmente, que intervém na definição do quadro normativo tanto a lei nacional italiana, como a legislação regional do Veneto. Este aresto percorre, assim, o tema de estabelecimento de condições legais complementares para se poder recorrer a um modelo de contratação interna. Ou seja, mesmo que a Croce Verde (concretamente, a Pia Opera Croce Verde Padova) merecesse a qualificação de entidade adjudicante, enquanto organismo de direito público, não era isso que forçava à constituição de um modelo de contratação interna. Ver, em especial, a este propósito, o que consta do n.º 41, do acórdão, em conjunto com a invocação da diretiva 2014/23/UE.

Processos C-89/19 (Riecco), C-90/19 (Riecco) e C-91/19 (Rieco) apensos

Despacho de 6 de fevereiro de 2020

ECLI:EU:C:2020:87

“1) O artigo 12º, nº 3, 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 subordina a celebração de uma operação interna, também denominada ‘*in house*’, à impossibilidade de adjudicar um contrato mediante concurso público e, em qualquer caso, à demonstração pela autoridade adjudicante das vantagens especificamente resultantes, para a comunidade, do recurso à operação interna.

2) O artigo 12º, nº 3, da Diretiva 2014/24/UE deve ser interpretada no sentido de que não se opõe a uma regulamentação nacional que impede uma autoridade adjudicante de adquirir participações no capital de uma entidade cujos acionistas sejam outras autoridades adjudicantes quando essas participações sejam insuscetíveis de garantir o controlo ou um poder de bloqueio e quando essa autoridade adjudicante pretenda adquirir posteriormente uma posição de controlo conjunto e, conseqüentemente, a possibilidade de adjudicar contratos diretamente a esta entidade cujo capital é detido por várias autoridades adjudicantes.”

COMENTÁRIO:

Nos três processos principais, um deles (C-89/19) opunha a Riceo, Spa, à comuna de Lanciano e à Ecolan Spa, outro (C-90/19) a Rieco à comuna de Ortona e à Ecolan e outro (C-91/19) a Rieco à comuna de San Vito Chietino e à Ecolan, todos a propósito de ajustes diretos à Ecolan quanto a contratos de serviços de higiene urbana nas autarquias locais referidas. A Ecolan é uma sociedade in-house, totalmente detida por 53 municípios da província de Chieti. A Rieco, um operador económico interessado na obtenção do contrato de gestão do serviço público de higiene urbana, impugnou um conjunto de deliberações municipais que atribuíram à Ecolan os contratos mencionados, por considerar que não estavam reunidos os requisitos para a contratação in-house, sobretudo a inexistência de uma avaliação efetiva da vantagem do recurso a esse modelo e a falta de um controlo análogo conjunto, por parte das comunas. No âmbito dos processos judiciais

discutiu-se profundamente o conceito de contratação interna, e saber se, pela regra da comparação de vantagens, os modelos in-house seriam subsidiários em relação ao concurso público, dadas as soluções legislativas italianas, que incluem limites à ação da Administração Pública na criação de sociedades comerciais, e, ainda, a seguinte disposição, constante do nº 2, do artigo 192, do seu Código dos Contratos Públicos : ***“2. Para efeitos de adjudicação in house de um contrato que tenha por objeto serviços disponíveis no mercado em regime de concorrência, as autoridades adjudicantes devem efetuar previamente uma apreciação da adequação económica da proposta das entidades in house, tendo em conta o objeto e o valor da prestação, expondo, na fundamentação do processo de adjudicação, as razões para não recorrer ao mercado bem como os benefícios que resultam para a comunidade da forma de gestão escolhida, por referência, igualmente, aos objetivos da universalidade e de natureza social, de eficiência, de economia e de qualidade do serviço, bem como da otimização da utilização dos recursos públicos”***. Para agravar a complexidade da matéria estavam as regras estatutárias da Ecolan. Pela importância para o caso, reproduzimos aqui o número 22, do acórdão : ***“22. (...) o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) indica que os estatutos da Ecolan prevêm duas categorias de acionistas, a saber, por um lado, os ‘acionistas decisores’, que exercem o controlo análogo conjunto sobre a Ecolan e podem, por conseguinte, proceder a ajustes diretos a esta e, por outro, os ‘acionistas não decisores’, que participam no capital da Ecolan tendo em vista proceder a ajustes diretos a seu favor no futuro, não podendo fazê-lo no imediato, e que, até esse momento, não têm poderes de gestão ou de veto que afetem o funcionamento interno da Ecolan e não exercem portanto um controlo análogo conjunto”***. Logo, uma situação muito particular, que desafiava a interpretação e aplicação das normas da diretiva 2014/24/UE, quanto à contratação interna (artigo 12, sob a epígrafe “contratos públicos entre entidades no setor público”). Lembrando, em muito, a jurisprudência produzida no processo C-285/18 (Irgita), de 3 de outubro de 2019, nomeadamente quanto ao direito da Administração Pública em recorrer aos seus próprios meios para satisfazer necessidades coletivas (nº 33, do acórdão). E voltou a lembrar o nº 1, do artigo 2º, da diretiva 2014/23/UE. Porém, nada disto impede a liberdade dos Estados-Membros em, na sua legislação, impor outros requisitos que não só os constantes do direito da União. Sobre a questão estatutária da Ecolan, a pronúncia do tribunal de Justiça foi : ***“45. A exclusão das regras da contratação pública previstas no artigo 12º, nº 3, da Diretiva 2014/24/UE está, portanto,***

em conformidade com a alínea a) desta disposição, sujeita à condição de uma autoridade adjudicante, conjuntamente com outras entidades adjudicantes, exercer sobre a pessoa coletiva em causa um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços. 46. Por conseguinte, o artigo 12º, nº 3, da Diretiva 2014/24/UE não prevê nenhuma exigência relativa às condições em que uma administração adquira participações no capital social de uma sociedade cujos acionistas são outras administrações". Não queríamos terminar este comentário sem expressar uma dúvida que cremos se poderá colocar entre a primeira questão prejudicial, tal como enunciada pelo Conselho de Estado (que refere a eventual posição subsidiária – ***"permitir adjudicações internas apenas em caso de deficiência demonstrada do mercado relevante"*** - dos modelos in-house face ao desencadeamento de procedimentos pré-contratuais com concorrência, mas não menciona expressamente a indispensabilidade de realização prévia de concurso público) e a resposta do Tribunal de Justiça, que declara expressamente ***"a impossibilidade de adjudicar um contrato mediante concurso público"***, aparentemente como condição legal inserta na lei italiana. Se a dúvida for pertinente, terá, por certo, desenvolvimentos no futuro.

Processo C-328/19 (Porin kaupunki)

Acórdão de 18 de junho de 2020

ECLI:EU:C:2020:483

“1) O artigo 1º, nº 2, alínea a), 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 contrato, nos termos do qual os municípios que dele são parte confiam a um deles a responsabilidade da organização de serviços em benefício desses municípios, está excluído do âmbito de aplicação desta diretiva pelo facto de constituir uma transferência de competências, na aceção do artigo 4º, nº 2, TUE, conforme interpretado pelo Acórdão de 21 de dezembro de 2016, Remondis (51/15, EU:C:2016:985).

2) O artigo 1º, nº 2, alínea a), da Diretiva 2004/18 deve ser interpretado no sentido de que um contrato de cooperação, nos termos do qual os municípios que nele são parte transferem para um deles a responsabilidade pela organização dos serviços em benefício desses municípios, permite considerar esse município, no momento das adjudicações posteriores à referida transferência, uma entidade adjudicante e habilita-o a confiar, sem realização de concurso prévio, a uma entidade *in house*, serviços que cobrem não só as suas próprias necessidades mas também as necessidades dos outros municípios que são partes no referido contrato, quando, sem essa transferência de competências, os referidos municípios deveriam prover eles próprios às suas necessidades”.

COMENTÁRIO :

Trata-se de mais uma decisão concretizadora da segunda modalidade de contratação interna, reconhecida mesmo face à diretiva 2004/18/CE. De acordo com a descrição do próprio Tribunal de Justiça –“21. Por contrato de cooperação entrado em vigor em 1 de julho de 2012 (a seguir ‘contrato de cooperação sobre os transportes públicos’), os municípios de Pori, Harjavalta, Kokemäki, Ulvila e o município de Nakkila (Finlândia) decidiram confiar certas funções de transporte à cidade de Pori, na sua qualidade de autoridade local competente. Essas funções são geridas pelos municípios partes nesse contrato em conformidade com as modalidades previstas nos artigos 76º e 77º da Lei de Municípios de 1995, constituindo a vila de Pori, a este

propósito, um organismo comum". Além disso, os municípios de Pori e Ulvila celebraram com o de Merikarvia um outro contrato de cooperação tendo por objeto a organização e prestação de serviços sociais e de saúde, com a transferência para o município de Pori essa incumbência. O Tribunal de Justiça organizou-os, para efeito de decisão, do seguinte modo : "40. (...) ainda que, diferentemente do contrato de cooperação sobre os serviços de saúde, a natureza jurídica do contrato de cooperação sobre os transportes públicos não seja expressamente mencionado pelo órgão jurisdicional de reenvio, resulta do pedido de decisão prejudicial que, com este último contrato, as cidades de Harjavalta, de Kokemäki e de Ulvila, e o município de Nakkila confiaram à cidade de Pori, a responsabilidade de gerir, enquanto município responsável, o funcionamento dos transportes públicos dos municípios participantes na cooperação". O tema essencial era o de saber se se estava perante uma "transferência de competências". O Tribunal, recorrendo à jurisprudência produzida no processo C-51/15 (Remondis I) reafirma que "47. (...) tal transferência de competências não cumpre todas as condições que a definição de 'contrato público' impõe. Com efeito, só um contrato celebrado a título oneroso pode constituir um contrato público abrangido pela Diretiva 2004/18. Esse carácter oneroso implica que a entidade que celebrou o contrato receba, com base no mesmo, mediante contraprestação, uma prestação que deve revestir um interesse económico direto para a entidade adjudicante. A natureza sinalagmática do contrato é, pois, uma característica essencial de um contrato público. Ora, o próprio facto de ser retirado a uma autoridade pública uma competência que esta anteriormente tinha faz desaparecer, no que a essa autoridade diz respeito, qualquer interesse económico no cumprimento das funções que corresponda a essa competência". Muito importante a referência à aplicação do nº 2, do artigo 4º, do Tratado da União Europeia, cujo texto é : "2. A União respeita a igualdade dos Estados-Membros perante os Tratados, bem como a respetiva identidade nacional, refletida nas estruturas políticas e constitucionais de cada um deles, incluindo no que se refere à autonomia local e regional. A União respeita as funções essenciais do Estado, nomeadamente as que se destinam a garantir a integridade territorial a manter a ordem pública e a salvaguarda da segurança nacional. Em especial, a segurança nacional continua a ser da exclusiva responsabilidade de cada Estado-Membro". O Tribunal de Justiça viabiliza o modo de cooperação, sendo particularmente exigente, e detalhado, na verificação dos elementos de organização e

cooperação internas, face às complexas características do caso concreto. No fundo, o modelo de “município responsável” não seria, por si só, um impedimento para que se reconhecesse um modelo in-house. Logo, entre a aplicação do Tratado da União Europeia e o sistema concreto deste acordo de cooperação entre várias autarquias finlandesas, deu-se um passo mais no desenho da contratação interna.

Processo C-429/19 (Remondis II)

Acórdão de 4 de junho de 2020

ECLI:EU:C:2020:436

“O artigo 12º, nº 4, alínea a), 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 existe cooperação entre autoridades adjudicantes quando uma autoridade adjudicante, responsável no seu território por uma missão de interesse público, não desempenha integralmente, ela própria, essa missão que só a ela incumbe de acordo com o direito nacional e que requer o cumprimento de várias operações, mas encarrega outra autoridade adjudicante, que não depende de si e que é igualmente responsável por essa missão de interesse público no seu próprio território, de efetuar contra remuneração um das operações necessárias.”

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal estabeleceu-se entre a forma Remondis à Comunidade Intermunicipal de Gestão de Resíduos de Reno-Mosela-Eifel, a respeito da adjudicação do contrato de tratamento de resíduos na unidade de tratamento mecânico-biológico de resíduos do distrito de Neuwied. Os distritos de Mayer-Koblenz e de Cochem-Zell, bem como a cidade de Koblenz, confiaram à Comunidade Intermunicipal referida, e que controlam em conjunto, a missão de valorizar e eliminar os resíduos produzidos nos respetivos territórios. A Comunidade Intermunicipal não dispõe de meios próprios para realizar todas as operações em causa, contratando, em 80% do total, empresas privadas. O tratamento dos restantes 20% foi atribuído pela Comunidade Intermunicipal, ao distrito de Neuwied, com quem celebrou, a 27 de setembro de 2018 um acordo para esse efeito. Este acordo foi impugnado pela Remondis. Discutindo o conceito de “cooperação”, que a diretiva 2014/24/UE não define (números 23 e 26, do acórdão), e recorrendo ao respetivo processo legislativo, o Tribunal de Justiça dirige-se à exigência de uma cooperação efetiva entre as entidades públicas envolvidas. Saliente-se que o Tribunal de Justiça responde ao que lhe é solicitado, e perante os elementos que lhe são trazidos em cada processo. Neste caso, o teor do acordo em questão (constante do processo, onde a contrapartida para o distrito de Neuwied se resumia a um reembolso de despesas, foi decisivo para uma pronúncia muito completa. “29. (...) a participação conjunta de todas as partes no acordo de cooperação é indispensável para garantir que os serviços públicos

cuja prestação devem assegurar sejam realizados e que esta condição não se pode considerar preenchida quando a única contribuição de alguns cocontratantes se limita a um simples reembolso das despesas, como as visadas no parágrafo 5 do acordo em causa no processo principal. 30. De resto, se tal reembolso de despesas fosse, por si só, suficiente para caracterizar uma 'cooperação', na aceção do artigo 12º, nº 4, da Diretiva 2014/24, não poderia ser estabelecida nenhuma distinção entre tal 'cooperação' e um 'contrato público' que não está abrangido pela exclusão prevista nesta disposição" ; "34. (...) a existência de uma cooperação entre entidades que pertencem ao setor público assenta numa estratégia, comum aos parceiros dessa cooperação, e necessita que as autoridades adjudicantes unam os seus esforços para prestar serviços públicos". Por isso, assim conclui o Tribunal de Justiça : "38. Assim, o acordo em causa no processo principal parece ter unicamente por objeto a aquisição de uma prestação mediante o pagamento de uma remuneração. Nestas condições, e sob reserva de verificação pelo órgão jurisdicional de reenvio, o contrato público em causa no processo principal não é visado pela exclusão prevista no artigo 12º, nº 4, da diretiva 2014/24".

Processo C-618/19 (Ge.Fi.L.)
Despacho de 30 de junho de 2020
ECLI:EU:C:2020:508

“O artigo 12º, nº 4, 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 se opõe a uma disposição nacional que permite a adjudicação direta, sem abertura de concurso, do contrato de serviços relativos à gestão do imposto sobre os veículos automóveis a um estabelecimento público não económico cuja missão é gerir o registo automóvel público.”

COMENTÁRIO :

O litígio no processo principal estabeleceu-se entre a firma Ge.Fi.L.- Gestione Fiscalità Locale SpA à Região Campania, devido à atribuição direta por esta última ao ACI-Automobile Club d'Italia do serviço de apoio à gestão de taxas sobre os veículos automóveis (segundo a convenção celebrada, ela tinha a vigência de três anos – 2018-2020, - e o valor fixo de € 10.485.000 ; a decisão da Região Campania foi de 28 de dezembro de 2017). A citada empresa privada dedica-se a atividade coincidente com o objeto do contrato, como o demonstra o facto de ter conseguido a adjudicação de serviços similares pela Região do Veneto. O estatuto jurídico do ACI era, de acordo com a lei italiana, um estabelecimento público não económico. A questão prejudicial visava saber se o parágrafo 4, do artigo 12, da diretiva 2014/24/UE, viabilizaria um acordo como aquele atrás referido. Depois de laborar sobre o conceito de “contrato público” e a natureza onerosa do mesmo (números 21 a 24, do acórdão), o Tribunal de Justiça, chamou a atenção para os requisitos da “cooperação”, como modalidade de contratação interna, a começar pelo seu carácter colaborativo (nº 26, do acórdão). Não como uma prestação de serviços de um ente público em benefício de outro, contra remuneração. O acordo concluído entre a Região Campania e o ACI, não cumpria os citados requisitos, que são de verificação cumulativa (nº 35, do acórdão), e que constam das alíneas a) a c), do nº 4, do artigo 12, da diretiva 2014/24/UE. Era um banal contrato público de serviços, concluído sem respeito da disciplina geral.

Processo C-332/20 (Roma Multiservizi)

Acórdão de 1 de agosto de 2022

ECLI:EU:C: 2022:610

“1) O artigo 58º 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, conforme alterada pelo Regulamento Delegado (UE) 2017/2365 da Comissão, de 18 de dezembro de 2017, deve ser interpretado no sentido de que uma autoridade adjudicante pode excluir um operador económico do procedimento destinado, por um lado, a constituir uma sociedade de capital misto e, por outro, a adjudicar a essa sociedade um contrato público de serviços quando essa exclusão é justificada pelo facto de que, em razão da participação indireta dessa autoridade adjudicante no capital desse operador económico, a participação máxima da referida autoridade adjudicante no capital dessa sociedade, conforme fixada nos documentos do concurso, seria, de facto, ultrapassada se essa mesma autoridade adjudicante escolhesse o referido operador económico suportado pela mesma autoridade adjudicante, na medida em que essa ultrapassagem tenha como consequência aumentar o risco económico suportado pela mesma autoridade adjudicante.

2) O artigo 38º da Diretiva 2024/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2024, relativa à adjudicação de contratos de concessão, conforme modificada pelo Regulamento Delegado (UE) 2017/2366 da Comissão, de 18 de dezembro de 2017, deve ser interpretado no sentido de que uma autoridade adjudicante pode excluir um operador económico do procedimento destinado, por um lado, a constituir uma sociedade de capital misto e, por outro, a adjudicar a essa sociedade uma concessão de serviços quando essa exclusão é justificada pelo facto de que, em razão da participação indireta dessa autoridade adjudicante no capital desse operador económico, a participação máxima da referida autoridade adjudicante no capital dessa empresa, conforme fixada nos documentos do concurso, seria, de facto, ultrapassada se essa mesma autoridade adjudicante escolhesse o referido operador económico como seu sócio, na medida em que essa ultrapassagem tenha como consequência aumentar o risco económico suportado pela mesma autoridade adjudicante”.

COMENTÁRIO :

Como já ocorreu com outros casos, a organização e comentário das sociedades de economia mista pode surgir neste capítulo 22, ainda que, rigorosamente não sejam modelos de contratação interna (número 75, do acórdão). O litígio no processo principal opôs as empresas Roma Multiservizi e Rekeep, por um lado, e o município de Roma e a Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, por outro, a propósito da decisão de exclusão de um agrupamento temporário de empresas de um procedimento pré-contratual visando a adjudicação de um contrato público. A 4 de setembro de 2018, o município de Roma lançou um concurso com o objetivo de, por um lado, selecionar um sócio privado para constituir uma sociedade de economia mista e, por outro, adjudicar a essa sociedade a gestão do “serviço escolar integrado”, num montante estimado em mais de € 277 milhões. Os documentos pré-contratuais determinavam que o município de Roma devia deter uma participação de 51% da referida sociedade, devendo os restantes 49% ser adquiridos pelo sócio, **que também devia suportar a totalidade do risco da operação** (número 29 do acórdão, *in fine*). Para melhor compreensão do que estava factualmente em causa, recorremos ao relato do próprio acórdão : “30. Apenas uma proposta foi apresentada por um agrupamento que estava a ser constituído pelas sociedades Roma Multiservizi e Rekeep. Estava previsto que a Rekeep, na qualidade de mandante, deteria 10% desse agrupamento e a Roma Multiservizi, 90% e que estas duas sociedades subscreveriam o capital da sociedade mista a constituir com o Município de Roma na proporção da respetiva participação nesse agrupamento. 31. A Roma Multiservizi, criada em 1994 pelo Município de Roma, é detida em 51% pela sociedade AMA, SpA, sendo o resto do seu capital propriedade da Rekeep e da La Veneta Servizi, SpA. O capital da AMA é, por seu lado, totalmente detido por esse município. 32. Em 1 de março de 2019, o agrupamento que estava a ser constituído, composto pela Roma Multiservizi e pela Rekeep, foi excluído do procedimento de concurso, com o fundamento de que, dada a participação da AMA no capital da Roma Multiservizi, o Município de Roma ficaria, de facto, com 73,5% do capital da sociedade de capital misto constituída com esse agrupamento, excedendo assim o limite de 51% definido nos documentos do concurso e colocando num nível inferior a 49% a parte de capital de risco detido por operadores privados”. Gerou-se um sério contencioso de impugnação da exclusão do agrupamento, e, durante esse período, o município de Roma adjudicou a execução do “serviço escolar integrado”, após procedimento por

negociação, ao Consorzio Nazionale Servizi, Soc. Coop (CNS). Caraterizando o contrato a celebrar como “contrato misto” (número 47, do acórdão), o Tribunal de Justiça, sintetizando o que lhe foi solicitado, enquanto decisão prejudicial, frisou que o estabelecimento de uma relação contratual visando a constituição de uma sociedade de economia mista **não está abrangido pelo direito ordinário da União**, tal como expresso nas diretivas sobre contratação pública. Assim – “55. (...) a operação em causa deve ser examinada no seu todo de modo unitário para efeitos da sua qualificação jurídica e deve ser apreciada à luz das normas que regulam a parte que constitui o seu objeto principal ou elemento preponderante. 56. A este respeito, resulta da decisão de reenvio e das respostas às perguntas do Tribunal de Justiça que o objeto essencial do procedimento em causa no processo principal não era criar uma sociedade de capital misto mas imputar ao sócio do Município de Roma, no âmbito dessa sociedade, a integralidade do risco operacional ligado às prestações de serviços acessórias às atividades escolares do Município de Roma, dado que a referida sociedade foi concebida apenas como o suporte através do qual o referido município acreditava que a qualidade das prestações seria mais bem garantida”. Depois de uma longa dissertação sobre a natureza jurídica do contrato a adjudicar, em que todas as possibilidades admissíveis na legislação sobre contratação pública foram consideradas, o Tribunal de Justiça concluiu pela aplicabilidade da diretiva 2014/24/UE, e, em especial do seu artigo 58 (números 88 a 93, do acórdão), o qual estabelece normas para a determinação da capacidade dos adjudicatários. E que, respeitando os valores defendidos pelas soluções que tal diretiva defende, fora, nestes termos, lícito o comportamento do município de Roma : “88. Uma autoridade adjudicante deve, (...) poder excluir, no âmbito da seleção qualitativa de um operador económico que se tornará seu sócio, qualquer candidato do qual detenha uma participação social, ainda que indiretamente, quando essa participação implique ignorar, de facto, a repartição do capital da sociedade de capital misto entre a referida autoridade adjudicante e o seu sócio, conforme estabelecida nos documentos de concurso, e a pôr assim, em causa a capacidade económica e financeira do seu sócio para suportar, sem intervenção da autoridade adjudicante, as obrigações que para ele decorrem desse contrato misto.”

Processo C-719/20 (Comune de Lerici)

Acórdão de 12 de maio de 2022

ECLI:EU:C:2022:

“A 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 interpretada no sentido a que se opõe a uma legislação ou a uma prática nacional por força da qual a execução de um contrato público, adjudicado inicialmente, sem concurso, a uma entidade *in house*, sobe a qual a autoridade adjudicante exercia, conjuntamente, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, seja prosseguida automaticamente pelo operador económico que adquiriu essa entidade, no termo de um procedimento de concurso, quando essa autoridade adjudicante não dispõe de tal controlo sobre este operador económico nem detém nenhuma participação no seu capital social.”

COMENTÁRIO :

O processo principal decorreu em Itália, e o pedido dirigido ao Tribunal de Justiça, foi apresentado no âmbito de um litígio que opôs o município de Lerici à Província de La Spezia, a respeito da aprovação, pela Província, de um plano que adjudica à ACAM Ambiente Spa a gestão de resíduos deste município até 2028. A 15 de junho de 2005, por decisão qualificada de “adjudicação in house”, o município de Lerici adjudicou à ACAM a gestão do ciclo integrado dos resíduos até 31 de dezembro de 2028, gestão essa confiada à sua filial ACAM Ambiente. Nessa data, a ACAM era uma sociedade anónima cujo capital estava repartido entre vários municípios, entre os quais o de Lerici. Em 12 de julho de 2013, a ACAM viu-se forçada a celebrar com os seus credores um acordo de reestruturação de dívidas. Assim, a ACAM procurou, de entre as restantes sociedades de gestão de serviços públicos com participação pública e com atividade no mercado italiano, uma sociedade adequada para realizar uma operação de concentração. No seguimento do concurso público lançado para o efeito, a ACAM selecionou a IREN, SpA, uma sociedade que opera em todo o território italiano, está sobre controlo público e cotada na bolsa. Em aplicação de um acordo especial de investimento, celebrado a 29 de dezembro de 2017, os municípios acionistas da ACAM cederam à IREN todas as ações da ACAM que detinham; e adquiriram, subscrevendo um aumento de capital que lhes estava reservado, de uma parte correspondente de ações da IREN. A IREN continuou, por intermédio das filiais da

ACAM, que por sua vez se tornaram suas próprias filiais, a gerir os serviços inicialmente confiados a essas filiais. O município de Lericci impugnou esta operação, por considerar que os requisitos da contratação in-house (perante a diretiva 2014/24/UE, seu artigo 12), apesar de estar prevista em legislação nacional (italiana) que favorece a concentração de entidades públicas que operem em matéria do ambiente, por se considerar ser mais adequada à boa gestão de recursos públicos. Porém, ao invés de subsistir o modelo anterior de contratação interna, o novo destruiu a condição de controlo análogo ao que um ente público exerce sobre os seus próprios serviços, seja do município de Lericci, seja de qualquer outro anterior sócio da ACAM. Por exemplo, o município de Lericci acabou por ficar titular de um número ínfimo de ações da IREN, não exercendo sobre esta um controlo, nem algo de semelhante se constata no sentido oposto. O que resta é uma adjudicação em ajuste direto da Provincia de La Spezia à IREN, e por intermédio desta, à sua filial ACAM Ambiente. A qual não cabe nos parâmetros da contratação in-house. Qualificando a modificação do modelo como substancial, e lembrando jurisprudência anterior (número , o 37, do acórdão) o Tribunal de Justiça também refutou qualquer argumento lateral, como se comprova deste trecho **“44. (...) uma modificação do contratante, como a que está em causa no processo principal não pode (...) ser abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 72º da Diretiva 2014/24, uma vez que o contrato público em causa no processo principal tinha sido inicialmente adjudicado a uma entidade in house, sem concurso”**. E considerou inútil conhecer os termos do concurso público do qual resultara a escolha da IREN. Como entendeu irrelevante que se considerasse a adjudicação feita à ACAM Ambiente e não à IREN.

**Processos C-383/21 e (Sambre & Biesme) e C-384/21
(Commune de Farciennes) apensos
Acórdão de 22 de dezembro de 2022
ECLI:EU:C:2022:1022**

“1) O artigo 12º, nºs 3 e 4, 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 : produz efeitos diretos no âmbito de litígios que opõem pessoas coletivas de direito público a respeito da adjudicação por ajuste direto de contratos públicos quando o Estado-Membro em causa não transpôs esta diretiva para a ordem jurídica nacional nos prazos fixados.

2) O artigo 12º, nº 3, segundo parágrafo, alínea i), da Diretiva 2014/24 deve ser interpretado no sentido de que :

para demonstrar que uma autoridade adjudicante exerce, juntamente com outras autoridades adjudicantes, um controlo sobre a pessoa coletiva adjudicatária análogo ao que exercem sobre os seus próprios serviços, o requisito referido nesta disposição relativo a que uma autoridade adjudicante esteja representada nos órgãos de decisão da pessoa coletiva controlada, não está preenchido pelo simples facto de fazer parte do conselho de administração dessa pessoa coletiva o representante de outra autoridade adjudicante que também faz parte do conselho de administração da primeira autoridade adjudicante.

3) O artigo 12º, nº 4, da Diretiva 2014/24 deve ser interpretado no sentido de que :

não está excluído do âmbito de aplicação desta diretiva um contrato público através do qual são confiadas a uma autoridade adjudicante missões de serviço público que se inscrevem no âmbito de uma relação de cooperação entre outras autoridades adjudicantes quando, no desempenho dessas missões, a autoridade adjudicante à qual essas missões foram confiadas não procura alcançar objetivos que partilha com as outras autoridades adjudicantes, limitando-se a contribuir para a realização de objetivos que apenas essas outras autoridades adjudicantes têm em comum.”

COMENTÁRIO :

Está reproduzido o texto da primeira conclusão, apesar de a mesma estar comentada no capítulo 4 (efeito direto), para melhor apreensão da matéria. Os litígios nos processos principais, apensos para uma única decisão do Tribunal de Justiça, opuseram a Sambre & Biesme, SCRL, empresa pública de habitação (SLSP) à commune de Farciennes (processo C-383/21) e à Société wallonne du logement (SWL), este no processo C-384/21, a respeito da anulação por esta última das decisões do conselho de administração da SLSP Sambre & Biesme pelas quais esta, por um lado, aprovou a convenção-quadro de contratos conjuntos com a commune de Farciennes, e por outro, estipulou não abrir concurso para a adjudicação de um contrato público de serviços de inventário relativo ao amianto devido a uma relação in-house que unia a Sambre & Biesme à sociedade intermunicipal (Igretec) para a gestão e realização de estudos técnicos e económicos. Uma vez mais, um modelo interno a substituir a escolha de um cocontratante por meio de um procedimento concorrencial. Privadas de um rendimento provindo da execução de contratos público de prestação de serviços, as empresas potencialmente prestadoras impugnaram as decisões referidas. E o Tribunal de Justiça deu acolhimento às suas teses. Assim, no que diz respeito à aplicação da jurisprudência Teckal, reza o acórdão : “75. Atendendo às considerações precedentes, há que responder à segunda questão nos processos C-383/21 e C-384/21, que o artigo 12º, nº 3, segundo parágrafo, alínea i), da Diretiva 2014/24 deve ser interpretado no sentido de que, para demonstrar que uma entidade adjudicante exerce, juntamente com outras autoridades adjudicantes, um controlo s pela exclusão obre a pessoa coletiva adjudicatária análogo ao que exercem sobre os seus próprios serviços, o requisito referido nesta disposição, relativo a que uma autoridade adjudicada esteja representada nos órgãos de decisão da pessoa coletiva controlada, não está preenchido pelo simples facto de fazer parte do conselho de administração dessa pessoa coletiva o representante de outra autoridade adjudicante que também faz parte do conselho de administração da primeira autoridade adjudicante”. No mesmo sentido vai a conclusão sobre o não reconhecimento de um modelo de “cooperação” : “85. (...) o contrato público em causa tem unicamente por objeto a aquisição de uma prestação mediante o pagamento de uma remuneração, pelo que não está abrangido pela exclusão prevista no artigo 12º, nº 4, desta diretiva (v., neste sentido, Acórdão de 4 de junho de 2020, Remondis, C-429/19, EU:C:2020:436, nºs 36 a 38). 86. Sob reserva de verificação pelo órgão jurisdicional de reenvio, resulta dos elementos

fornecidos ao Tribunal de Justiça que, nas circunstâncias em causa no processo principal, a participação da Igretec num contrato público destinado à execução do projeto do bairro ecológico em Farciennes não pode ser abrangido por essa exclusão (...)”. Logo, a relação das entidades adjudicantes com a Igretec era inaproveitável para o reconhecimento de um modelo de contratação interna, seja pela não verificação do critério do domínio, seja pela não identificação de um modelo de “cooperação”.