ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção)

7 de Dezembro de 2000 *

No processo C-324/98,

que tem por objecto um pedido dirigido ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 177.° do Tratado CE (actual artigo 234.° CE), pelo Bundesvergabeamt (Áustria), destinado a obter, no litígio pendente neste órgão jurisdicional entre

Telaustria Verlags GmbH,

Telefonadress GmbH

e

Telekom Austria AG, anteriormente Post & Telekom Austria AG,

sendo interveniente:

Herold Business Data AG,

uma decisão a título prejudicial sobre a interpretação das Directivas 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços (JO L 209, p. 1), e 93/38/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de

* Língua do processo: alemão.

celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (JO L 199, p. 84),

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção),

composto por: V. Skouris (relator), presidente da Segunda Secção exercendo funções de presidente da Sexta Secção, J.-P. Puissochet e F. Macken, juízes,

advogado-geral: N. Fennelly,
secretário: L. Hewlett, administradora,

vistas as observações escritas apresentadas:

— em representação da Telaustria Verlags GmbH, por F. J. Heidinger, advogado em Viena,

— em representação da Post & Telekom Austria AG, por C. Kerres e G. Diwok, advogados em Viena,

— em representação do Governo austríaco, por W. Okresek, Sektionschef na Chancelaria, na qualidade de agente,

— em representação do Governo dinamarquês, por J. Molde, chefe de divisão no Ministério dos Negócios Estrangeiros, na qualidade de agente,

— em representação do Governo francês, por K. Rispal-Bellanger, subdirectora na Direcção dos Assuntos Jurídicos do Ministério dos Negócios Estrangeiros, e A. Bréville-Viéville, encarregada de missão na mesma direcção, na qualidade de agentes,

— em representação do Governo neerlandês, por M. A. Fierstra, consultor jurídico adjunto no Ministério dos Negócios Estrangeiros, na qualidade de agente,

— em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por M. Nolin e J. Schieferer, membros do Serviço Jurídico, na qualidade de agentes, assistidos por R. Roniger, advogado no foro de Bruxelas,

visto o relatório para audiência,

ouvidas as alegações da Telaustria Verlags GmbH, representada por F. J. Heidinger, da Telekom Austria AG, representada por C. Kerres, P. Asenbauer e M. Gregory, Director of Commercial Law no gabinete do Serviço Jurídico da Telekom Austria AG, na qualidade de agente, da Herold Business Data AG, representada por T. Schirmer, advogado em Viena, do Governo austríaco, representado por M. Fruhmann, da Chancelaria, na qualidade de agente, do Governo francês, representado por S. Pailler, encarregado de missão na Direcção dos Assuntos Jurídicos do Ministério dos Negócios Estrangeiros, na qualidade de agente, e da Comissão, representada por M. Nolin, assistido por R. Roniger, na audiência de 23 de Março de 2000,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 18 de Maio de 2000,

profere o presente

Acórdão

1 Por despacho de 23 de Abril de 1998, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 26 de Agosto do mesmo ano, o Bundesvergabeamt (Serviço Federal das Adjudicações) submeteu ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 177.° do Tratado CE (actual artigo 234.° CE), sete questões prejudiciais sobre a interpretação das Directivas 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços (JO L 209, p. 1), e 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 (JO L 199, p. 84).

2 Estas questões foram suscitadas no quadro de um litígio entre a Telaustria Verlags GmbH (a seguir «Telaustria») e a Telefonadress GmbH (a seguir «Telefonadress»), por um lado, e a Telekom Austria AG (a seguir «Telekom Austria»), por outro, a propósito da celebração por esta última de um contrato de concessão com a Herold Business Data AG (a seguir «Herold») para produção e publicação de listas de assinantes de telefone impressas e susceptíveis de utilização electrónica (listas telefónicas).

O enquadramento normativo

A regulamentação comunitária

A Directiva 92/50

3 O artigo 1.° da Directiva 92/50 dispõe:

«Para efeitos do disposto na presente directiva:

a) os 'contratos públicos de serviços' são contratos a título oneroso celebrados por escrito entre um prestador de serviços e uma entidade adjudicante, com excepção de:

...»

4 O oitavo considerando da Directiva 92/50 precisa:

«... a prestação de serviços apenas é abrangida pela presente directiva na medida em que essa prestação tenha uma base contratual... não é abrangida a prestação de serviços numa outra base, como seja a decorrente de disposições legislativas ou regulamentares ou [de] contratos de trabalho».

5 O décimo sétimo considerando da Directiva 92/50 indica ainda:

«... as regras relativas aos contratos de serviços incluídas na Directiva 90/531/ /CEE do Conselho, de 17 de Setembro de 1990, relativa aos procedimentos de adjudicação dos contratos de direito público nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (JO L 297, p. 1), não devem ser afectadas pelo disposto na presente directiva».

A Directiva 93/38

6 Segundo o disposto no artigo 45.°, n.° 3, da Directiva 93/38, a Directiva 90/531 deixou de produzir efeitos a partir da data de aplicação da Directiva 93/38. Esta disposição precisa ainda, no seu n.° 4, que as referências à Directiva 90/531 devem entender-se como sendo feitas à Directiva 93/38.

7 Segundo o vigésimo quarto considerando da Directiva 93/38:

«... a prestação de serviços só é abrangida pela presente directiva na medida em que se baseie em contratos... a prestação de serviços baseada noutros actos, tais como disposições legislativas, regulamentares ou administrativas ou contratos de trabalho, não é abrangida».

8 O artigo 1.°, n.° 2, da Directiva 93/38 define «empresa pública» como sendo «qualquer empresa em relação à qual os poderes públicos possam exercer, directa ou indirectamente, uma influência dominante em virtude da propriedade, da

participação financeira ou das normas que lhe são aplicáveis.Presume-se a existência de influência dominante quando, directa ou indirectamente, em relação a uma empresa, esses poderes:

— detenham uma participação maioritária no capital subscrito da empresa

...»

9 O artigo 1.°, n.° 4, da Directiva 93/38 define os «contratos de fornecimento, de empreitada e de prestação de serviços» como «contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre uma das entidades adjudicantes definidas no artigo 2.° e um fornecedor, empreiteiro ou prestador de serviços, e que têm por objecto:

a) No caso dos contratos de fornecimento...

b) No caso dos contratos de empreitada...

c) No caso dos contratos de prestação de serviços, qualquer outra prestação que não as referidas nas alíneas a) e b) e com exclusão de:

...»

10 O último parágrafo da mesma disposição precisa:

«Os contratos que incluam serviços e fornecimentos são considerados contratos de fornecimento quando o valor total dos fornecimentos for superior ao valor dos serviços abrangidos pelo contrato».

11 Além disso, o n.º 15 do artigo 1.º da Directiva 93/38 define os «serviços públicos de telecomunicações» e os «serviços de telecomunicações» assim:

«'serviços públicos de telecomunicações': os serviços de telecomunicações de que os Estados-Membros tenham confiado especificamente a oferta, nomeadamente a uma ou mais entidades de telecomunicações.

'serviços de telecomunicações': os serviços que consistem, no todo ou em parte, na transmissão e encaminhamento de sinais na rede pública de telecomunicações mediante processos de telecomunicação, com excepção da radiodifusão e da televisão».

12 Os n.ºs 1 e 2 do artigo 2.º da Directiva 93/38 estabelecem:

«1. A presente directiva é aplicável às entidades adjudicantes:

a) Que sejam poderes públicos ou empresas públicas e exerçam uma das actividades definidas no n.º 2;

...

2. As actividades abrangidas pelo âmbito de aplicação da presente directiva são as seguintes:

...

d) A colocação à disposição ou a exploração de redes públicas de telecomunicações ou a prestação de um ou mais serviços públicos de telecomunicações.»

A legislação nacional

13 A Telekommunikationsgesetz (lei sobre as telecomunicações, *BGBl.* I, 1997, n.° 100), que entrou em vigor em 1 de Agosto de 1997, fixa, designadamente, as obrigações dos prestadores de serviços, dos concessionários e das empresas que exploram serviços de telefonia vocal.

14 Segundo dispõe o § 19 da Telekommunikationsgesetz, qualquer prestador de um serviço público de telefonia vocal tem o dever de elaborar as listas e de as manter actualizadas, de assegurar um serviço informativo sobre os números dos assinantes, de disponibilizar serviços de chamadas de emergência gratuitas, de pôr à disposição da autoridade regulamentadora as listas telefónicas gratuitamente por solicitação desta e, em relação aos demais prestadores do serviço, contra um pagamento adequado, no mínimo semanalmente, sob uma forma que

permita a sua leitura electrónica, para efeitos da comunicação de informações ou da publicação das listas telefónnicas.

15 Nos termos do § 26, n.° 1, da Telekommunikationsgesetz, cabe à autoridade regulamentadora garantir a existência de uma lista global única da qual constem todos os assinantes de todos os serviços públicos de telefonia vocal. Os titulares de concessões que explorem um serviço público de telefonia vocal, através de rede fixa ou de rede móvel, são obrigados a transmitir, contra remuneração, à autoridade regulamentar os dados sobre os assinantes de modo a permitir que esta cumpra essa tarefa.

16 Além disso, segundo o n.° 1 do § 96 da mesma lei, quem explora um serviço público de telecomunicações está sujeito à obrigação de elaborar uma lista telefónica. Esta pode revestir a forma impressa, consistir num serviço informativo telefónico, num «Bildschirmtext» (sistema de teletexto), ter um suporte electrónico ou, ainda, revestir qualquer outra forma técnica de comunicação. Esta mesma disposição regula igualmente as exigências mínimas quanto aos dados e à estrutura das listas telefónicas bem como as condições de transmissão dos dados relativos aos assinantes à autoridade regulamentar ou a terceiros.

O litígio no processo principal e as questões prejudiciais

17 A Telekom Austria, criada pela Telekommunikationsgesetz, é uma sociedade anónima cujas acções são detidas na totalidade pela República Austríaca. A Telekom Austria sucedeu à antiga Post & Telegraphenverwaltung (administração dos Correios e Telégrafos) e assumiu as antigas funções desta, entre as quais a obrigação de garantir a disponibilização de uma lista telefónica com todos os assinantes dos serviços públicos de telefonia vocal.

18 Se, até 1992, a Post & Telegraphenverwaltung assegurava nomeadamente pelos seus próprios meios a publicação de uma lista oficial, conhecida pela designação de «páginas brancas», a partir de 1992 decidiu, devido ao custo elevado de impressão e distribuição dessa lista, procurar um parceiro comercial e celebrou um contrato com uma empresa privada para a publicação dessa lista.

19 Como esse contrato devia expirar em 31 de Dezembro de 1997, a Telekom Austria, que sucedeu à Post & Telegraphenverwaltung, publicou, em 15 de Maio de 1997, no *Amtsblatt zur Wiener Zeitung* (boletim anexo ao Jornal Oficial austríaco), um convite à «apresentação de propostas para a obtenção de uma concessão de serviços públicos de produção e publicação de listas telefónicas de assinantes impressas e utilizáveis electronicamente (listas telefónicas), a partir da publicação da respectiva edição de 1998/1999, e para vigorar por tempo indeterminado».

20 A Telaustria e a Telefonadress, que consideraram que os processos de adjudicação impostos pelo direito comunitário e nacional em matéria de contratos públicos deviam ter sido aplicados ao contrato que seria celebrado na sequência do convite à apresentação das referidas candidaturas, solicitaram, em 12 e 17 de Junho respectivamente, à Bundes-Vergabekontrollkommission (comissão federal de controlo das adjudicações) a abertura de um processo de conciliação, nos termos do § 109 da Bundesvergabegesetz 1997 (lei federal sobre adjudicação de contratos públicos, *BGBl.* I, 1997, n.° 56, a seguir «BVerG»).

21 Tendo apensado os pedidos, a Bundes-Vergabekontrollkommission adoptou uma recomendação fundamentada a favor das requerentes, concluindo, em 20 de Junho de 1997, que as disposições da BVerG eram aplicáveis ao contrato previsto.

22 Como as negociações para a celebração do referido contrato tinham sido prosseguidas pela Telekom Austria, a Telaustria requereu, em 24 de Junho de 1997, ao Bundesvergabeamt a abertura de um processo de recurso, acompanhado por um pedido de providência cautelar. Por requerimento datado de 4 de Julho de 1997, a Telefonadress constituiu-se como parte no processo. Em 8 de Julho de 1997, a Herold, a sociedade com a qual a Telekom Austria estava em negociações, constituiu-se como interveniente no processo em apoio dos pedidos desta última.

23 No Bundesvergabeamt, a Telekom Austria sustentou que o contrato a celebrar não cabia no âmbito de aplicação das directivas em matéria de adjudicação de contratos públicos de serviços, porque, por um lado, se tratava de um contrato não oneroso e, por outro, porque se tratava neste caso de uma «concessão de serviço público» excluída do âmbito de aplicação das Directivas 92/50 e 93/38.

24 Tendo, num primeiro momento, decretado uma providência cautelar a favor das requerentes, o Bundesvergabeamt, em 10 de Julho de 1997, substituiu esse despacho por um novo despacho autorizando provisoriamente a celebração do contrato entre a Telekom Austria e a Herold, desde que ficasse prevista a possibilidade de ser posto termo a esse contrato para efeitos de prosseguimento do processo de adjudicação adequado, caso se viesse a verificar que o contrato previsto cabia no âmbito de aplicação das normas comunitárias e nacionais em matéria de adjudicações.

25 Em 1 de Dezembro de 1997, a Herold, à qual a concessão devia ser atribuída pouco tempo depois, tornou-se proprietária da empresa GTE que, em 3 de Dezembro de 1997, cedeu à Telekom Austria uma participação de 26% no capital da Herold, tendo-se esta tornado assim uma filial comum da GTE e da Telekom Austria. Em 15 de Dezembro de 1997, o contrato em causa no processo principal foi formalmente celebrado entre a Herold e o seu accionista minoritário, a Telekom Austria.

26 Na fundamentação do despacho de reenvio, o Bundesvergabeamt salienta que este contrato, que se desdobra em vários contratos parcialmente interligados, tem por objecto a produção de listas telefónicas impressas e comporta, designadamente, as seguintes prestações de serviços por parte da Herold: a recolha, o tratamento e a organização de dados sobre os assinantes, a produção de listas telefónicas e certos serviços publicitários. A respeito da remuneração do co-contraente, o contrato prevê que a Herold não é directamente remunerada pelas suas prestações de serviços, mas que pode explorá-las comercialmente.

27 Tendo em consideração o conjunto destes elementos, e nomeadamente o modo de remuneração do prestador de serviços, susceptível de levar a classificar esse contrato como uma «concessão de serviços», bem como das suas próprias considerações, o Bundesvergabeamt, tendo dúvidas sobre a interpretação das Directivas 92/50 e 93/38, decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais.

«Questão principal:

Pode deduzir-se, a partir dos elementos históricos da Directiva 92/50/CEE, e especialmente da proposta da Comissão [COM (90) 372, JO C 23, de 31 de Janeiro de 1991], ou da definição do conceito de 'contratos públicos de serviços' constante do artigo 1.°, alínea a), da mesma directiva, que determinadas categorias de contratos celebrados por entidades adjudicantes às quais é aplicável aquela directiva com empresas prestadoras de serviços estão *a priori* excluídas do seu campo de aplicação, apenas devido a determinadas características comuns, como as mencionadas na proposta da Comissão COM(90) 372, não lhes sendo aplicável o artigo 1.°, alínea a), subalíneas i) a viii), ou os artigos 4.° a 6.° da Directiva 92/50/CEE?

Caso a questão principal mereça resposta afirmativa:

Essas categorias de contratos estão igualmente sujeitas à disciplina da Directiva 93/38/CEE, tendo especialmente em atenção o seu vigésimo quarto considerando?

Caso a segunda questão seja respondida afirmativamente:

É possível delimitar suficientemente estas categorias de contratos excluídos do âmbito de aplicação da Directiva 93/38/CEE, de forma análoga à proposta da Comissão COM(90) 372, no sentido de que a sua característica essencial consiste no facto de uma entidade adjudicante abrangida pelo campo de aplicação pessoal da Directiva 93/38/CEE transferir para uma empresa à sua escolha a execução de uma prestação de serviços que faz parte das suas competências, conferindo-lhe em contrapartida o direito à exploração económica da referida prestação?

Como complemento às três primeiras questões:

No caso de um contrato celebrado por uma entidade adjudicante abrangida pelo âmbito de aplicação pessoal da Directiva 93/38/CEE conjugar simultaneamente elementos de um contrato de prestação de serviços, na acepção do artigo 1.°, n.° 4, alínea a), da Directiva 93/38/CEE, com elementos que façam parte de outro tipo de contrato aos quais a referida directiva não é aplicável, essa entidade adjudicante está obrigada a retirar do contrato a parte do mesmo que é regida pela dita directiva, se tal operação for tecnicamente viável e economicamente razoável, e a lançar um concurso público, na acepção do artigo 1.°, n.° 7, da mesma directiva, como o Tribunal de Justiça, antes da entrada em vigor da

Directiva 92/50/CEE, decidiu no processo C-3/88, a propósito de um contrato que não era globalmente regido pela Directiva 77/62/CEE?

Caso esta questão mereça resposta afirmativa:

A concessão, por via contratual, do direito exclusivo à exploração económica do produto de uma prestação de serviços, que proporcionará ao prestador desses serviços um rendimento que, embora não determinável, será, de acordo com a experiência geral, considerável e previsivelmente superior aos custos da prestação de serviços, deve ser considerada como uma contrapartida da execução da prestação de serviços, tal como o Tribunal de Justiça declarou no processo C-272/91 relativamente a um contrato de fornecimento no qual, em vez da remuneração, foi atribuído pela autoridade pública um outro direito?

Em complemento das questões precedentes:

O artigo 1.°, n.° 4, alíneas a) e c), da Directiva 93/38/CEE deve ser interpretado no sentido de que um contrato cujo objecto seja a execução das prestações de serviço enumeradas na categoria 15 do Anexo XVI, parte A, da referida directiva deixa de ser um contrato de prestação de serviços para se tornar num contrato de fornecimento, quando a prestação em causa consiste na produção de um elevado número de bens materiais do mesmo tipo e com valor económico, constituindo, portanto, mercadorias na acepção dos artigos 9.° e 30.° do Tratado CE?

Caso esta questão seja respondida afirmativamente:

O acórdão do Tribunal de Justiça proferido no processo C-3/88 deve ser interpretado no sentido de que um contrato de fornecimento deste tipo deve ser separado dos elementos restantes do contrato de prestação de serviços e ser objecto de concurso público na acepção do artigo 1.°, n.° 7, da Directiva 93/38/ /CEE, se tal operação for tecnicamente viável e economicamente razoável?»

Quanto às primeira e segunda questões

28 Através das primeira e segunda questões, que devem ser analisadas conjuntamente, o órgão jurisdicional nacional levanta, no fundo, dois problemas.

29 O primeiro consiste em saber se um contrato a título oneroso, devido à pessoa dos contratantes e ao seu objecto específico, cabe na previsão das Directivas 92/50 ou 93/38, quando através desse contrato, celebrado por escrito entre, por um lado, uma empresa que é especificamente designada pela legislação de um Estado-Membro para explorar um serviço de telecomunicações e cujo capital é integralmente detido pelos poderes públicos desse Estado-Membro e, por outro, uma empresa privada, a primeira empresa confia à segunda a produção e a publicação para divulgação ao público de listas telefónicas de assinantes impressas e susceptíveis de utilização electrónica (listas telefónicas).

30 Através do segundo problema colocado, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber, no fundo, se um tal contrato, que tem como objecto específico as prestações referidas no número anterior, embora caiba na previsão de uma dessas directivas, está excluído, na fase actual do direito comunitário, do âmbito de aplicação dessa directiva, devido nomeadamente ao facto de a contrapartida fornecida pela primeira empresa à segunda consistir na obtenção, por esta última,

do direito de explorar, tendo em vista a sua remuneração, a sua própria prestação.

31 Para responder ao primeiro problema, importa começar por salientar que, tal como decorre do décimo sétimo considerando da Directiva 92/50, as disposições desta directiva não devem afectar o disposto na Directiva 90/531 que, sendo anterior à Directiva 93/38, se aplicava igualmente, como esta última, aos processos de adjudicação dos contratos de direito público nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações.

32 Tendo a Directiva 90/531 sido substituída pela Directiva 93/38, como resulta do disposto no n.° 3 do artigo 45.° desta, e devendo as referências à Directiva 90/531 ser entendidas, segundo o n.° 4 desse mesmo artigo, como feitas à Directiva 93/38, há que concluir, à semelhança do regime aplicável quando a Directiva sectorial 90/531 estava em vigor, que o disposto na Directiva 92/50 não deve afectar o disposto na Directiva 93/38.

33 Por conseguinte, quando um contrato cabe na previsão da Directiva 93/38, que rege um sector específico de serviços, as disposições da Directiva 92/50, que têm vocação para se aplicar aos serviços em geral, não são aplicáveis.

34 Nestas condições, trata-se, pois, só de apurar se o contrato em causa no processo principal é susceptível de se enquadrar, devido à pessoa dos contratantes e ao seu objecto específico, na previsão da Directiva 93/38.

35 A este respeito, há que determinar, por um lado, se uma empresa, como a Telekom Austria, se enquadra no âmbito de aplicação pessoal da Directiva 93/38 e, por outro, se um contrato, que tem por objecto as prestações a que se refere o n.º 26 do presente acórdão, cabe no âmbito de aplicação material dessa mesma directiva.

36 No que se refere ao âmbito de aplicação pessoal da Directiva 93/38, é pacífico, como resulta do despacho de reenvio, que a Telekom Austria, cujo capital pertence integralmente aos poderes públicos austríacos, constitui uma empresa pública relativamente à qual os poderes públicos podem, porque a totalidade do seu capital é detido pela República Austríaca, exercer uma influência dominante. De onde se conclui que a Telekom Austria deve ser considerada como uma empresa pública na acepção do artigo 1.º, n.º 2, desta mesma directiva.

37 Também não foi contestado que esta empresa pública exerce, nos termos da Telekommunikationsgesetz que a criou, uma actividade que consiste na prestação de serviços públicos de telecomunicações. A Telekom Austria é, por conseguinte, uma empresa adjudicante, na acepção do artigo 2.º, n.º 1, alínea a), da Directiva 93/38, conjugado com o n.º 2, alínea d), do mesmo artigo.

38 Como também é pacífico que o referido contrato prevê a execução de prestações que, nos termos da Telekommunikationsgesetz, incumbem à Telekom Austria e que consistem na prestação de serviços públicos de telecomunicações, para apurar se o contrato em causa no processo principal cabe no âmbito de aplicação material da Directiva 93/38, basta verificar se o objecto específico desse contrato está abrangido pelas disposições da Directiva 93/38.

39 A este respeito, há que concluir, à semelhança do despacho de reenvio, que as prestações que incumbem à Herold compreendem:

— a recolha, o processamento e a estruturação dos dados relativos aos assinantes, a fim de permitir a sua exploração técnica, operações estas que exigem a gravação de dados, o processamento por computador, serviços de bancos de dados, serviços estes que se incluem na categoria 7 do Anexo XVI A da Directiva 93/38, que tem o título «Serviços informáticos e afins»;

— a própria impressão das listas telefónicas, prevista na categoria 15 do Anexo XVI A da mesma directiva, categoria esta que se refere aos «Serviços de edição e de impressão à obra ou de forma continuada»;

— os serviços publicitários previstos na categoria 13 do Anexo XVI A da Directiva 93/38.

40 Estando estas prestações directamente ligadas a uma actividade de fornecimento de serviços públicos de telecomunicações, há que concluir que o contrato em causa no processo principal, que tem como objecto específico as prestações referidas no número anterior, cabe na previsão da Directiva 93/38.

41 Para responder ao segundo problema levantado pelo órgão jurisdicional nacional, registe-se liminarmente que este, por um lado, liga as questões que coloca à proposta de Directiva 91/C 23/01 do Conselho, de 13 de Dezembro de 1990,

relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços (JO 1991, C 23, p. 1, a seguir «proposta de 13 de Dezembro de 1990»), e, por outro, faz sua a definição de concessão de serviço públicos proposta pela Comissão neste documento.

42 A este respeito, há que precisar que o Tribunal de Justiça pode responder ao segundo problema levantado, sem para tal ter que aprovar a definição de concessão de serviços públicos a que se refere a alínea h) do artigo 1.° da proposta de 13 de Dezembro de 1990.

43 Com efeito, importa salientar desde já que o artigo 1.°, n.° 4, da Directiva 93/38 se refere aos contratos a título oneroso celebrados por escrito, dando apenas indicações quanto à pessoa dos contratantes e ao objecto do contrato, sem referir expressamente as concessões de serviços públicos, que são definidas designadamente por referência ao modo de remuneração dos prestadores de serviços, e sem fazer qualquer distinção entre os contratos cuja contrapartida é fixa e aqueles cuja contrapartida consiste num direito de exploração.

44 A Telaustria propõe que a Directiva 93/38 seja interpretada no sentido de que um contrato cuja contrapartida consiste num direito de exploração se enquadra igualmente no seu âmbito de aplicação. Segundo a Telaustria, para que a Directiva 93/38 se aplique a um contrato desse tipo, basta, em conformidade com o artigo 1.°, n.° 4, que o contrato seja celebrado a título oneroso e reduzido a escrito. Seria incorrecto deduzir que este tipo de contratos está excluído do âmbito de aplicação da Directiva 93/38 devido ao silêncio desta sobre o modo de remuneração do prestador de serviços. A Telaustria acrescenta que o facto de a Comissão não ter proposto incluir disposições respeitantes a este tipo de contratos no âmbito de aplicação da directiva significa que considerou que esta abrange todos os contratos de prestação de serviços, independentemente das modalidades de remuneração do prestador de serviços.

45 Tendo presente que a Telekom Austria, os Estados-Membros que apresentaram observações e a Comissão contestaram esta interpretação, há que verificar a sua correcção à luz do historial das directivas pertinentes, nomeadamente em matéria de contratos públicos de serviços.

46 Neste contexto, recorde-se que tanto na sua proposta de 13 de Dezembro de 1990 como na proposta alterada de Directiva 91/C 250/05 do Conselho, de 28 de Agosto de 1991, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços (JO C 250, p. 4, a seguir «proposta de 28 de Agosto de 1991») que se concluíram pela adopção da Directiva 92/50 que visa os contratos públicos de serviços em geral, a Comissão tinha expressamente proposto incluir a «concessão de serviços públicos» no âmbito de aplicação desta directiva.

47 Sendo essa inclusão justificada pela intenção de «garantir processos de adjudicação coerentes», a Comissão precisou, no décimo considerando da proposta de 13 de Dezembro de 1990, que «a presente directiva deve abranger as concessões de serviços públicos, do mesmo modo que a Directiva 71/305/CEE é aplicável às concessões de obras públicas». Embora a referência à Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 185, p. 5; EE 17 F3 p. 9), tenha sido retirada do décimo considerando da proposta de 28 de Agosto de 1991, esta manteve, no entanto, neste mesmo considerando, a referência expressa ao objectivo de garantir «processos de adjudicação coerentes».

48 Porém, no decurso do processo legislativo, o Conselho suprimiu todas as referências às concessões de serviços públicos, nomeadamente por causa das diferenças existentes entre Estados-Membros a respeito da delegação da gestão dos serviços públicos e das modalidades dessa delegação, diferenças essas que

poderiam criar uma situação de grande desequilíbrio no acesso a esses contratos de serviços públicos (v. o documento n.° 4444/92 ADD 1, de 25 de Fevereiro de 1992, ponto 6, que tem por título «Motivação do Conselho» e junto à posição comum da mesma data).

49 Sorte análoga tinha igualmente sido reservada à posição da Comissão expressa na sua proposta alterada de Directiva 89/C 264/02 do Conselho, de 18 de Julho de 1989, relativa aos procedimentos de celebração de contratos de direito público nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (JO C 264, p. 22), que levou à adopção da Directiva 90/531, que foi a primeira directiva neste sector em matéria de adjudicação de contratos públicos e que precedeu a Directiva 93/38, na qual a Comissão tinha igualmente proposto para estes sectores um certo número de disposições destinadas a regular as concessões de serviços públicos.

50 Porém, como resulta do ponto 10 do documento n.° 5250/90 ADD 1, de 22 de Março de 1990, que tem por título «Motivação do Conselho» e junto à posição comum da mesma data deste último sobre a proposta alterada de directiva do Conselho relativa aos procedimentos de celebração dos contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, o Conselho não acolheu esta proposta da Comissão de incluir na Directiva 90/531 regras relativas às concessões de serviços públicos, pelo facto de só existir um regime de concessões num dos Estados-Membros e de não se justificar a regulamentação destas, antes de uma análise aprofundada dos diversos regimes de concessões de serviços públicos existentes nos Estados-Membros nesses sectores.

51 À luz destes elementos, há que constatar que a Comissão não incluiu as concessões de serviços públicos na sua proposta de Directiva 91/C 337/01 do

Conselho, de 27 de Setembro de 1991, que altera a Directiva 90/531 (JO C 337, p. 1), que levou, posteriormente, à adopção da Directiva 93/38.

52 Esta conclusão é igualmente corroborada pela evolução do âmbito de aplicação das directivas em matéria de empreitadas de obras públicas.

53 Com efeito, o artigo 3.°, n.° 1, da Directiva 71/305, que foi a primeira directiva nesta matéria, excluía expressamente do seu âmbito de aplicação os contratos de concessão.

54 Porém, a Directiva 89/440/CEE do Conselho, de 18 de Julho de 1989, que altera a Directiva 71/305 (JO L 210, p. 1), inseriu na Directiva 71/305 um artigo 1.°-B, que toma expressamente em consideração as concessões de obras públicas, tornando aplicáveis a estas as regras de publicidade definidas nos seus artigos 12.°, n.^{os} 3, 6, 7 e 9 a 13 e 15.°-A.

55 Posteriormente, a Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 199, p. 54), que substituiu a Directiva 71/305 na redacção então em vigor, menciona expressamente a concessão de obras públicas como um contrato abrangido no seu âmbito de aplicação.

56 Em contrapartida, a Directiva 93/38, adoptada na mesma data que a Directiva 93/37, não previu qualquer disposição a respeito das concessões de serviços

públicos. De onde resulta que o legislador comunitário decidiu não incluir estas últimas no âmbito de aplicação da Directiva 93/38. A não ser assim, tê-lo-ia indicado expressamente, tal como o fez ao adoptar a Directiva 93/37.

57 Como os contratos de concessão de serviços públicos não estão abrangidos pelo âmbito de aplicação da Directiva 93/38, há que concluir que, ao contrário da interpretação que a Telaustria sugere, estes contratos não estão abrangidos no conceito de «contratos a título oneroso celebrados por escrito» que consta do artigo 1.°, n.° 4, da directiva em causa.

58 Há, assim, que responder às primeira e segunda questões que:

— cabe na previsão da Directiva 93/38 um contrato a título oneroso, celebrado por escrito entre, por um lado, uma empresa que é especificamente encarregada pela legislação de um Estado-Membro de explorar um serviço de telecomunicações e cujo capital é integralmente detido pelos poderes públicos desse Estado-Membro e, por outro, uma empresa privada, quando através desse contrato a primeira empresa confia à segunda a produção e a publicação para divulgação ao público de listas telefónicas de assinantes impressas e susceptíveis de utilização electrónica (listas telefónicas);

— embora se enquadre na previsão da Directiva 93/38, esse contrato não fica abrangido por esta, na fase actual do direito comunitário, devido nomeadamente ao facto de a contrapartida fornecida pela primeira empresa à segunda consistir na obtenção por esta última do direito de explorar, com vista à sua retribuição, a sua própria prestação.

59 O facto de um tal contrato não estar abrangido no âmbito de aplicação da Directiva 93/38 não obsta a que o Tribunal de Justiça forneça ao órgão jurisdicional nacional que lhe submeteu uma série de questões prejudiciais uma resposta útil. Para o efeito, o Tribunal de Justiça pode ser levado a tomar em consideração outros elementos de interpretação que possam revelar-se úteis para a solução do litígio no processo principal.

60 Há que salientar a este propósito que, apesar de tais contratos estarem, na fase actual do direito comunitário, excluídos do âmbito de aplicação da Directiva 93/38, as entidades adjudicantes que os celebram estão, no entanto, obrigadas a respeitar as regras fundamentais do Tratado em geral e o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade em particular.

61 Com efeito, como o Tribunal de Justiça decidiu no seu acórdão de 18 de Novembro de 1999, Unitrom Scandinavia e 3-S (C-275/98, Colect., p. I-8291, n.° 31), este princípio implica, nomeadamente, uma obrigação de transparência que permite à entidade adjudicante assegurar-se que o referido princípio é respeitado.

62 Esta obrigação de transparência a cargo da entidade adjudicante consiste em garantir, a favor de todos os potenciais concorrentes, um grau de publicidade adequado para garantir a abertura à concorrência dos contratos de serviços, bem como o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação.

63 Compete ao órgão jurisdicional nacional decidir sobre a questão de saber se essa obrigação foi respeitada no processo principal e apreciar além disso a relevância dos elementos de prova apresentados com essa finalidade.

Quanto às terceira e quinta questões

64 Tendo presente a resposta dada às primeira e segunda questões, não há que responder à terceira, dado que esta última foi submetida ao Tribunal de Justiça para o caso de este responder afirmativamente à segunda questão.

65 Além disso, como a quinta questão foi formulada com o objectivo de clarificar a terceira questão, também não se justifica responder-lhe.

Quanto às quarta, sexta e sétima questões

66 Tendo em conta a resposta dada às primeira e segunda questões, também não há que responder às quarta, sexta e sétima questões, visto que estas foram formuladas para o caso de o Tribunal de Justiça declarar que a Directiva 93/38 é aplicável ao contrato em causa no processo principal.

Quanto às despesas

67 As despesas efectuadas pelos Governos austríaco, dinamarquês, francês e neerlandês e pela Comissão, que apresentaram observações ao Tribunal, não são reembolsáveis. Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de um incidente suscitado perante o órgão jurisdicional nacional, compete a este decidir quanto às despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção),

pronunciando-se sobre as questões submetidas pelo Bundesvergabeamt, por despacho de 23 de Abril de 1998, declara:

1) — Cabe na previsão 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, um contrato a título oneroso celebrado por escrito entre, por um lado, uma empresa que é especificamente encarregada pela legislação de um Estado-Membro de explorar um serviço de telecomunicações e cujo capital é integralmente detido pelos poderes públicos desse Estado-Membro e, por outro, uma empresa privada, quando através desse contrato a primeira empresa confia à segunda a produção e a publicação para divulgação ao público de listas telefónicas de assinantes impressas e susceptíveis de utilização electrónica (listas telefónicas).

— Embora se enquadre na previsão da Directiva 93/38, esse contrato não fica abrangido por esta, na fase actual do direito comunitário, devido nomeadamente ao facto de a contrapartida fornecida pela primeira empresa à segunda consistir na obtenção por esta última do direito de explorar, com vista à sua retribuição, a sua própria prestação.

2) Apesar de tais contratos estarem, na fase actual do direito comunitário, excluídos do âmbito de aplicação da Directiva 93/38, as entidades

adjudicantes que os celebram estão, no entanto, obrigadas a respeitar as regras fundamentais do Tratado em geral e o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade em particular; este princípio implica, nomeadamente, uma obrigação de transparência que permite à entidade adjudicante assegurar-se que o referido princípio é respeitado.

3) Esta obrigação de transparência a cargo da entidade adjudicante consiste em garantir, a favor de todos os potenciais concorrentes, um grau de publicidade adequado para garantir a abertura à concorrência dos contratos de serviços, bem como o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação.

4) Compete ao órgão jurisdicional nacional decidir sobre a questão de saber se essa obrigação foi respeitada no processo principal e além disso apreciar a relevância dos elementos de prova apresentados com essa finalidade.

Skouris Puissochet Macken

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 7 de Dezembro de 2000.

O secretário

R. Grass

O presidente da Sexta Secção

C. Gulmann