ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção)

13 de Outubro de 2005 *

No processo C-458/03,

que tem por objecto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 234.º CE, apresentado pelo Verwaltungsgericht, Autonome Sektion für die Provinz Bozen (Itália), por decisão de 23 de Julho de 2003, entrado no Tribunal de Justiça em 30 de Outubro de 2003, no processo

Parking Brixen GmbH

contra

Gemeinde Brixen,

Stadtwerke Brixen AG,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção),

composto por: P. Jann, presidente de secção, K. Schiemann, J. N. Cunha Rodrigues (relator), K. Lenaerts e E. Juhász, juízes,

* Língua do processo: alemão.

advogada-geral: J. Kokott,

secretário: M.-F. Contet, administradora principal,

vistos os autos e após a audiência de 13 de Janeiro de 2005,

vistas as observações apresentadas:

— em representação da Parking Brixen GmbH, por K. Zeller e S. Thurin, avvocati,

— em representação da Gemeinde Brixen, por N. De Nigro, Rechtsanwalt,

— em representação da Stadtwerke Brixen AG, por A. Mulser, Rechtsanwalt,

— em representação do Governo italiano, por I. M. Braguglia, na qualidade de agente, assistido por G. Fiengo, avvocato dello Stato,

— em representação do Governo neerlandês, por C. Wissels, na qualidade de agente,

— em representação do Governo austríaco, por M. Fruhmann, na qualidade de agente,

— em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por K. Wiedner, na qualidade de agente,

ouvidas as conclusões da advogada-geral na audiência de 1 de Março de 2005,

profere o presente

Acórdão

1 O pedido de decisão prejudicial versa sobre a interpretação da Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços (JO L 209, p. 1), dos artigos 43.º CE, 49.º CE e 86.º CE, bem como dos princípios da não discriminação, da transparência e da igualdade de tratamento.

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a sociedade Parking Brixen GmbH (a seguir «Parking Brixen») à Gemeinde Brixen (município de Brixen) e à sociedade Stadtwerke Brixen AG quanto à atribuição a esta última da gestão dos dois parques de estacionamento situados no território deste município.

Quadro jurídico

Direito comunitário

3 O artigo 43.º CE dispõe:

«No âmbito das disposições seguintes, são proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro. [...]

A liberdade de estabelecimento compreende tanto o acesso às actividades não assalariadas e o seu exercício, como a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 48.º, nas condições definidas na legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais, sem prejuízo do disposto no capítulo relativo aos capitais.»

4 O artigo 49.º, primeiro parágrafo, CE estabelece:

«No âmbito das disposições seguintes, as restrições à livre prestação de serviços na Comunidade serão proibidas em relação aos nacionais dos Estados-Membros estabelecidos num Estado da Comunidade que não seja o do destinatário da prestação.»

5 O oitavo considerando da Directiva 92/50 esclarece:

«[...] 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 contratos de trabalho».

6 O artigo 1.º da referida directiva 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 [...]

[...]

b) são consideradas '*entidades adjudicantes*' o Estado, as autarquias locais ou regionais, os organismos de direito público, as associações formadas por uma ou mais autarquias ou organismos de direito público.

[...]»

Direito nacional

7 O artigo 22.°, n.° 3, da Lei italiana n.° 142/1990, de 8 de Junho de 1990, relativa à organização das autonomias locais (suplemento ordinário do GURI n.° 135, de 12 de Junho de 1990, a seguir «Lei n.° 142/1990»), prevê que os municípios e as províncias podem recorrer às seguintes formas de gestão dos serviços públicos locais que caibam no seu âmbito de competência nos termos da lei:

«a) em administração directa, quando, devido às pequenas dimensões ou às características do serviço, não é oportuno criar uma instituição ou uma empresa;

b) em regime de concessão a terceiros, quando existem razões técnicas, económicas ou de oportunidade social;

c) por empresas especiais, incluindo a gestão de vários serviços de interesse económico e comercial;

d) por instituições, para o exercício de serviços sociais sem fim comercial;

e) por sociedades por acções de capitais públicos locais maioritários, quando a participação de outras entidades públicas ou privadas é considerada oportuna em função da natureza do serviço a prestar.»

8 O artigo 44.º da Lei regional n.º 1, de 4 de Janeiro de 1993, na sua versão inicial, reproduziu largamente o artigo 22.º da Lei n.º 142/1990. Posteriormente, este artigo 44.º foi alterado pela Lei regional n.º 10, de 23 de Outubro de 1998.

9 O artigo 44.º da Lei regional n.º 1, alterada pela Lei regional n.º 10, estabelece:

«[...]

6. Os municípios aprovarão por regulamento os procedimentos e os critérios de selecção das seguintes formas de organização da gestão dos serviços públicos com relevância económica e empresarial:

a) constituição de empresas especiais;

b) constituição ou participação em sociedades anónimas ou sociedades por quotas idóneas com influência pública local maioritária;

c) atribuição da gestão dos serviços públicos a terceiros, sendo previstos processos de concurso adequados para a sua selecção. Sem prejuízo de outras disposições legais, esta relação não pode ter uma duração superior a vinte anos e apenas pode ser renovada com o mesmo sujeito de acordo com as modalidades previstas nesta alínea. As cooperativas, as associações que representam, por força da lei, os deficientes, bem como associações de beneficência e empresas sem fins lucrativos são preferidas em igualdade de condições.

[...]

18. As colectividades locais associadas podem atribuir em qualquer momento às sociedades constituídas nos termos do n.º 6 e às sociedades previstas no n.º 17 a execução de outros serviços públicos compatíveis com o objecto da sociedade, por deliberação do conselho que aprove simultaneamente o contrato de serviços respectivo.»

10 As disposições do artigo 44.º, n.os 6 e 18, da Lei regional n.º 1, alterada pela Lei regional n.º 10, são reproduzidas textualmente no artigo 88.º, n.os 6 e 18, do texto coordenado das disposições relativas à organização dos municípios da Região Autónoma de Trentino-Alto Adige.

11 O artigo 115.º do Decreto-Lei n.º 267, de 18 de Agosto de 2000, texto único das leis relativas à organização das autarquias locais (suplemento ordinário do GURI n.º 227, de 28 de Setembro de 2000, a seguir «Decreto-Lei n.º 267/2000»), autoriza os municípios a transformarem as suas empresas especiais em sociedades anónimas e a permanecerem como accionista único durante um período não superior a dois anos a contar da data dessa transformação.

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

12 Nos termos do artigo 22.º da Lei n.º 142/1990, a Gemeinde Brixen recorreu à Stadtwerke Brixen, uma empresa especial que era propriedade desse município, para a gestão de determinados serviços públicos locais da sua competência.

13 Por força do artigo 1.º dos seus estatutos, a Stadtwerke Brixen possuía, desde 1 de Janeiro de 1999, personalidade jurídica bem como autonomia empresarial e constituía um organismo municipal com a função específica de prestação uniforme e integrada de serviços públicos locais.

14 Nos termos do artigo 2.º dos mesmos estatutos, a Stadtwerke Brixen tinha por objecto, designadamente:

«f) a gestão de parques de estacionamento e de edifícios para estacionamento de automóveis e todas as actividades conexas».

15 Nos termos do artigo 115.º do Decreto-Lei n.º 267/2000, a Gemeinde Brixen, por Decisão n.º 97, de 25 de Outubro de 2001, transformou a empresa especial Stadtwerke Brixen numa sociedade anónima denominada «Stadtwerke Brixen AG».

16 Por força do artigo 1.º, n.º 3, dos seus estatutos, «a nova sociedade mantém todos os direitos e obrigações preexistentes da empresa especial [Stadtwerke Brixen] também após a transformação e a sociedade [Stadtwerke Brixen AG] sucede, por conseguinte, à empresa [especial] Stadtwerke Brixen, assumindo todo o seu activo e passivo».

17 Nos termos do artigo 4.º dos seus estatutos, a Stadtwerke Brixen AG pode exercer, designadamente, as seguintes actividades de âmbito local, nacional e internacional:

«g) a gestão de parques de estacionamento e garagens e as actividades conexas desta».

18 O artigo 18.º dos estatutos da Stadtwerke Brixen AG prevê a atribuição ao seu conselho de administração dos seguintes poderes:

«1) O conselho de administração goza dos mais amplos poderes de administração ordinária da sociedade, podendo praticar todos os actos que considere adequados ou necessários à prossecução dos fins da sociedade.

2) Salvo com autorização da assembleia geral, não é permitido ao conselho de administração prestar garantias que excedam o valor de cinco milhões de euros nem sacar ou aceitar letras que ultrapassem este montante.

3) A compra e venda de participações noutras sociedades, a compra e venda, assim como a locação de empresas ou partes de empresas e a compra e venda de veículos até um valor de cinco milhões de euros por cada negócio constituem actos de administração ordinária.

4) Cabem na competência exclusiva do conselho de administração todas as decisões que tenham por objecto a fixação e/ou alteração das remunerações por missões especiais nos termos do artigo 2389.º, n.º 2, do Código Civil italiano.»

19 Nos termos do artigo 5.º, n.º 2, dos estatutos da Stadtwerke Brixen AG, «a participação da Gemeinde Brixen no capital inicial não é em caso algum inferior à maioria absoluta das acções». Além disso, a Gemeinde Brixen tem o direito de

designar a maioria dos membros do conselho de administração desta sociedade. Sendo o conselho fiscal composto por três membros efectivos e dois suplentes, o referido município designa pelo menos dois membros efectivos e um suplente deste conselho.

20 Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a transformação de uma empresa especial em sociedade anónima implica um ganho manifesto de autonomia a favor desta. Com efeito, a área de actividade da Stadtwerke Brixen AG foi consideravelmente alargada em relação à da Stadtwerke Brixen uma vez que pode desempenhar actividades à escala local, nacional e internacional, enquanto a actividade da empresa especial Stadtwerke Brixen se limitava ao território da Gemeinde Brixen. Além disso, a empresa especial Stadtwerke Brixen estava sujeita ao controlo e à influência directa do conselho municipal, enquanto, na Stadtwerke Brixen AG, o controlo exercido pelo referido município se limita à liberdade de acção de que dispõem a maioria dos associados por força do direito societário.

21 Com a Decisão n.º 37, de 23 de Março de 2000, o conselho municipal de Brixen confiou a construção e a gestão de uma piscina pública à Stadtwerke Brixen. Quando da transformação desta em sociedade anónima, ocorrida em 25 de Outubro de 2001, a Stadtwerke Brixen AG sucedeu-lhe nos direitos e obrigações decorrentes desta decisão.

22 Com a Decisão n.º 118, de 18 de Dezembro de 2001, o conselho municipal de Brixen atribuiu à Stadtwerke Brixen AG um direito de superfície sobre o solo e o subsolo do terreno destinado à piscina, designadamente sobre a parcela com o número de cadastro 491/11, situada no território da Gemeinde Brixen, para a construção de lugares de estacionamento subterrâneos.

23 Aguardando que este projecto do parque de estacionamento subterrâneo se concretizasse, foi previsto um parque provisório ao ar livre. Para este efeito, a parcela 491/11, que até aí era utilizada como campo de futebol, recebeu um revestimento

provisório em macadame para se tornar num parque ao ar livre com capacidade de aproximadamente 200 lugares. De acordo com o órgão jurisdicional de reenvio, não foi celebrada qualquer convenção para a exploração da parcela 491/11 enquanto parque de estacionamento ao ar livre.

24 Com vista a fornecer lugares de estacionamento suplementares, o parque ao ar livre situado no terreno adjacente, a saber, a parcela com o número de cadastro 491/6 situada igualmente no território da Gemeinde Brixen, com capacidade aproximada de 200 lugares e que era directamente gerida por aquela há mais de dez anos, foi atribuída para efeitos de gestão à Stadtwerke Brixen AG, pela Decisão n.º 107, de 28 de Novembro de 2002, do conselho municipal de Brixen. Nesta decisão, esclarece-se que, «para a actividade das piscinas, tinha já sido provisoriamente construído um parque de estacionamento pela Stadtwerke Brixen AG, confinante com o terreno municipal» e que «afigura-se assim necessário e oportuno confiar igualmente à Stadtwerke Brixen AG a gestão do terreno adjacente, constituído pela parcela 491/6, [...] com uma superfície de 5 137 m^2, que é actualmente gerido directamente pelo município».

25 Em 19 de Dezembro de 2002, a Gemeinde Brixen, no cumprimento da Decisão n.º 107, celebrou um acordo com a Stadtwerke Brixen AG, atribuindo a esta a gestão do parque de estacionamento na parcela 491/6 por um período de nove anos.

26 Em contrapartida da gestão deste parque de estacionamento, a Stadtwerke Brixen AG cobra taxas de estacionamento. Contudo, paga à Gemeinde Brixen um montante anual de 151 700 EUR, indexado ao preço dos bilhetes de estacionamento, de modo que um aumento do preço destes traduz-se por um aumento do montante pago ao município. Além da gestão do parque de estacionamento, a Stadtwerke Brixen AG assume o encargo dos serviços de comodato de bicicletas e aceita que o mercado semanal continue a realizar-se na zona em questão. A Stadtwerke Brixen AG

retomou igualmente o pessoal anteriormente empregado nesta zona pela Gemeinde Brixen. Por último, a manutenção ordinária e extraordinária da zona cabe à referida sociedade, que assume toda a responsabilidade nesta matéria.

27 Por força de um contrato de concessão celebrado a 19 de Junho de 1992 com a Gemeinde Brixen, a Parking Brixen tinha assumido a construção e a gestão de um parque de estacionamento distinto dos que são objecto do processo principal, situado igualmente no território do dito município. A Parking Brixen contestou no Verwaltungsgericht, Autonome Sektion für die Provinz Bozen, a atribuição à Stadtwerke Brixen AG da gestão dos parques de estacionamento construídos nas parcelas 491/6 e 491/11. Em seu entender, a Gemeinde Brixen deveria ter aplicado as disposições em matéria de adjudicação pública.

28 As demandadas no processo principal, a saber, a Stadtwerke Brixen AG e a Gemeinde Brixen, contestaram qualquer obrigação de proceder a um concurso público. Esta última argumenta a este propósito que controla totalmente a Stadtwerke Brixen AG e que não houve, assim, adjudicação da obra a um terceiro.

29 Nestas condições, o Verwaltungsgericht, Autonome Sektion für die Provinz Bozen, decidiu suspender a instância e colocar ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) A atribuição da gestão dos parques de estacionamento públicos pagos em causa no presente processo constitui um contrato público de serviços, na acepção da Directiva 92/50/CEE, ou uma concessão de serviços públicos à qual são aplicáveis as regras da concorrência da Comunidade Europeia, em particular a obrigação de igualdade de tratamento e de transparência?

2) No caso de se tratar efectivamente de uma concessão de serviços relativa à gestão de um serviço público local, a atribuição da gestão de parques de estacionamento públicos pagos que, nos termos do artigo 44.º, n.º 6, alínea b), da Lei regional n.º 1, de 4 de Janeiro de 1993, alterada pelo artigo 10.º da Lei regional n.º 10, de 23 de Outubro de 1998, e de acordo com o artigo 88.º, n.º 6, alíneas a) e b), do texto coordenado das disposições relativas à organização dos municípios, pode ser efectuada sem abertura de um concurso público, é compatível com o direito comunitário, em particular com os princípios da livre prestação de serviços, da livre concorrência e da não discriminação, e com as obrigações, que decorrem destes princípios, da igualdade de tratamento, da transparência e da proporcionalidade, quando o concessionário seja uma sociedade anónima resultante da transformação de uma empresa municipal especial, nos termos do artigo 115.º do Decreto-Lei n.º 267/2000, cujo capital social no momento da atribuição é detido em 100% pelo próprio município, mas cujo conselho de administração possui os mais amplos poderes de administração ordinária até ao valor de 5 000 000 EUR por negócio?»

30 Por despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 25 de Maio de 2004, foi indeferido o pedido de intervenção apresentado pela Energy Service Srl.

Quanto à primeira questão

31 Com a primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se a atribuição da gestão dos parques de estacionamento públicos pagos em causa no processo principal constitui um contrato público de serviços, na acepção da Directiva 92/50, ou uma concessão de serviços públicos.

32 Desde já importa esclarecer que não compete ao Tribunal de Justiça qualificar concretamente as operações em causa no processo principal. Com efeito, tal qualificação cabe unicamente na competência do órgão jurisdicional nacional. O papel do Tribunal de Justiça limita-se a fornecer àquele uma interpretação do direito comunitário útil para a decisão que lhe cabe adoptar no processo que lhe foi submetido.

33 Para este efeito, o Tribunal de Justiça pode extrair do processo principal os elementos pertinentes à luz da interpretação do direito comunitário.

34 Neste contexto, importa observar que o processo no caso principal refere-se à atribuição da gestão de dois parques de estacionamento distintos: por um lado, o situado na parcela 491/11 e, por outro, o situado na parcela 491/6.

35 No que toca ao parque de estacionamento ao ar livre situado na parcela 491/11, a decisão de reenvio indica unicamente que não foi celebrado nenhum acordo para a sua exploração. Em especial, esta decisão não contém qualquer informação relativa às condições de remuneração da entidade que explora este parque de estacionamento.

36 Nestas condições, o Tribunal de Justiça limita-se a declarar que não dispõe de elementos de informação suficientes para proceder a uma interpretação útil do direito comunitário em resposta a esta parte da questão.

37 No que toca ao parque de estacionamento situado na parcela 491/6, resulta da decisão de reenvio, como foi observado nos n.^{os} 24 a 26 do presente acórdão, que

este parque de estacionamento era directamente gerido pela Gemeinde Brixen há mais de dez anos quando a sua gestão foi atribuída, por um período de nove anos, à Stadtwerke Brixen AG, por um contrato celebrado em 19 de Dezembro de 2002 entre esta e o referido município. Como contrapartida da gestão deste parque de estacionamento, são cobradas taxas de estacionamento aos utentes pela Stadtwerke Brixen AG, que paga à Gemeinde Brixen uma retribuição anual. Além disso, a Stadtwerke Brixen AG aceita que o mercado semanal continue a realizar-se na zona em causa, assegura o serviço de comodato de bicicletas e assume a limpeza desta zona.

38 Tendo em conta estes elementos, importa compreender que, com a primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta no essencial se a atribuição, por uma autoridade pública a um prestador de serviços da gestão de um parque de estacionamento público que é pago, em contrapartida da qual esse prestador é remunerado pelos montantes pagos por terceiros pela utilização deste parque de estacionamento, constitui um contrato público de serviços na acepção da Directiva 92/50, ou uma concessão de serviços públicos a que esta directiva não é aplicável.

39 Como resulta do seu oitavo considerando, a Directiva 92/50 aplica-se aos contratos públicos de «prestação de serviços», os quais são definidos no artigo 1.º, alínea a), desta como «contratos a título oneroso celebrados por escrito entre um prestador de serviços e uma entidade adjudicante». Decorre desta definição que um contrato público de serviços na acepção desta directiva comporta uma contrapartida que é paga directamente pela entidade adjudicante ao prestador de serviços.

40 Ao invés, na situação prevista na primeira questão, a remuneração do prestador de serviços provém não da autoridade pública em causa, mas de montantes pagos por terceiros pela utilização do referido parque de estacionamento. Este modo de remuneração implica que o prestador assume o risco de exploração dos serviços em

questão e caracteriza assim uma concessão de serviços públicos. Assim, numa situação como a do processo principal, trata-se não de um contrato público de serviços, mas de uma concessão de serviços públicos.

41 A este propósito, é pertinente observar que esta interpretação é confirmada pela 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 (JO L 134, p. 114), muito embora esta não fosse aplicável à data dos factos no processo principal. Com efeito, nos termos do artigo 1.º, n.º 4, desta directiva, a «'concessão de serviços' é um contrato com as mesmas características que um contrato público de serviços, com a excepção de que a contrapartida dos serviços a prestar consiste quer unicamente no direito de exploração do serviço, quer nesse direito acompanhado de um pagamento».

42 É pacífico que as concessões de serviços públicos estão excluídas do âmbito de aplicação da Directiva 92/50 (v. despacho de 30 de Maio de 2002, Buchhändler-Vereinigung, C-358/00, Colect., p. I-4685, n.º 28).

43 Assim, há que responder à primeira questão no sentido de que a atribuição, por uma autoridade pública a um prestador de serviços, da gestão de um parque de estacionamento público pago, em contrapartida da qual esse prestador é remunerado pelos montantes pagos por terceiros que utilizam esse parque, constitui uma concessão de serviços públicos a que não é aplicável a Directiva 92/50.

Quanto à segunda questão

44 Na segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se a atribuição de uma concessão de serviços públicos sem abertura de concurso é compatível com o direito comunitário no caso de a empresa concessionária ser uma sociedade anónima que resulta da transformação de uma empresa especial de uma autoridade pública, sociedade cujo capital social é inteiramente detido pela autoridade pública concessionária no momento da atribuição, mas cujo conselho de administração possui amplos poderes de gestão ordinária e pode realizar autonomamente, sem acordo prévio da assembleia geral, determinadas operações até um montante de cinco milhões de euros.

45 Esta questão visa, por um lado, o comportamento da autoridade adjudicante relativamente à atribuição de uma concessão específica e, por outro, a legislação nacional que permite a atribuição de tal concessão sem concurso.

46 Não obstante o facto de os contratos de concessão de serviços públicos estarem, na fase actual do direito comunitário, excluídos do âmbito de aplicação da Directiva 92/50, as entidades adjudicantes que os celebram estão, no entanto, obrigadas a respeitar as regras fundamentais do Tratado CE em geral e o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade em particular (v., neste sentido, acórdãos de 7 de Setembro de 2000, Telaustria e Telefonadress, C-324/98, Colect., p. I-10745, n.º 60, e de 21 de Julho de 2005, Coname, C-231/03, Colect., p. I-7287, n.º 16).

47 A proibição de qualquer discriminação em razão da nacionalidade está enunciada no artigo 12.º CE. As disposições do Tratado mais especificamente aplicáveis às

concessões de serviços públicos abrangem designadamente o artigo 43.º CE, cujo primeiro parágrafo enuncia que são proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro, e o artigo 49.º CE, que estabelece, no primeiro parágrafo, que as restrições à livre prestação de serviços na Comunidade serão proibidas em relação aos nacionais dos Estados-Membros estabelecidos num Estado da Comunidade que não seja o do destinatário da prestação.

48 De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, os artigos 43.º CE e 49.º CE são a expressão específica do princípio da igualdade de tratamento (v. acórdão de 5 de Dezembro de 1989, Comissão/Itália, C-3/88, Colect., p. 4035, n.º 8). A proibição da discriminação em razão da nacionalidade é igualmente a expressão específica do princípio geral da igualdade de tratamento (v. acórdão de 8 de Outubro de 1980, Überschär, 810/79, Recueil, p. 2747, n.º 16). Na jurisprudência relativa às directivas comunitárias em matéria de contratos públicos, o Tribunal de Justiça esclareceu que o princípio da igualdade de tratamento dos concorrentes visa que todos os concorrentes disponham das mesmas possibilidades na formulação dos termos das suas propostas, e isto independentemente da sua nacionalidade (v., neste sentido, acórdão de 25 de Abril de 1996, Comissão/Bélgica, C-87/94, Colect., p. I-2043, n.^{os} 33 e 54). Daí resulta que o princípio da igualdade de tratamento entre concorrentes se aplica a concessões de serviços públicos, mesmo na ausência de discriminação em razão da nacionalidade.

49 Os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação em razão da nacionalidade implicam, designadamente, uma obrigação de transparência que permita à entidade adjudicante assegurar-se de que os referidos princípios são respeitados. Esta obrigação de transparência 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 (v., neste sentido, acórdão Telaustria e Telefonadress, já referido, n.^{os} 61 e 62).

50 Compete à entidade adjudicante apreciar, sob controlo dos órgãos jurisdicionais competentes, a adequação das modalidades de recurso à concorrência às especificidades da concessão dos serviços públicos em causa. Contudo, a ausência total de concorrência no caso da atribuição de uma concessão de serviços públicos como a que está em causa no processo principal não é conforme com as exigências dos artigos 43.º CE e 49.º CE, bem como com os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da transparência.

51 Além disso, o artigo 86.º, n.º 1, CE prevê que, no que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados-Membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária às regras do Tratado, designadamente às previstas nos artigos 12.º CE e 81.º CE a 89.º CE, inclusive.

52 Daí resulta que os Estados-Membros não devem manter em vigor uma legislação nacional que permite a atribuição de concessões de serviços públicos sem abertura de concurso, uma vez que tal atribuição viola os artigos 43.º CE ou 49.º CE ou os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da transparência.

53 São invocados dois argumentos para defender que as disposições do Tratado e dos princípios gerais mencionados nos n.^{os} 46 a 52 do presente acórdão não se aplicam a uma concessão de serviços públicos atribuída em circunstâncias como as do processo principal.

54 Por um lado, a Stadtwerke Brixen AG invoca que os artigos 43.º CE a 55.º CE não são aplicáveis a uma situação como a do processo principal, porque se trata de uma situação puramente interna de um único Estado-Membro, uma vez que a Parking Brixen, a Stadtwerke Brixen AG e a Gemeinde Brixen têm todas a sua sede em Itália.

55 Este argumento não pode ser acolhido. Com efeito, não se pode excluir que, no processo principal, empresas estabelecidas noutros Estados-Membros que não a República Italiana estivessem interessadas em fornecer os serviços em causa (v., neste sentido, acórdão Comissão/Bélgica, já referido, n.º 33). Ora, a falta de publicidade e de abertura à concorrência da atribuição de uma concessão de serviços públicos como a que está em causa no processo principal, resulta numa discriminação pelo menos potencial em detrimento das empresas dos outros Estados-Membros que estão impedidas de fazer uso da liberdade de fornecer serviços e da liberdade de estabelecimento previstas no Tratado (v., neste sentido, acórdão Coname, já referido, n.º 17).

56 Por outro lado, a República Italiana, a Stadtwerke Brixen AG e a Gemeinde Brixen alegam que a aplicação das regras do Tratado e dos princípios gerais do direito comunitário numa situação como a que está em causa no processo principal está excluída pelo facto de a Stadtwerke Brixen AG não ser uma entidade independente do dito município. Em apoio deste argumento, invocam o acórdão de 18 de Novembro de 1999, Teckal (C-107/98, Colect., p. I-8121, n.os 49 a 51).

57 A este propósito, importa recordar que, no acórdão Teckal, já referido, o Tribunal de Justiça declarou que 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 (JO L 199, p. 1), é aplicável quando uma entidade adjudicante, como uma autarquia local ou regional, pretende celebrar por escrito, com uma entidade

distinta no plano formal e independente dela no plano decisório, um contrato a título oneroso que tenha por objecto o fornecimento de produtos.

58 Relativamente à existência de tal contrato, o Tribunal de Justiça esclareceu, no n.º 50 do acórdão Teckal, já referido, que, de acordo com o artigo 1.º, alínea a), da Directiva 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 juridicamente distinta dela. 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 actividade com a ou as autarquias que a compõem.

59 O Tribunal de Justiça confirmou que as mesmas considerações se aplicam às Directivas 92/50 relativa aos contratos públicos de serviços e 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) (v., respectivamente, acórdãos de 11 de Janeiro de 2005, Stadt Halle e RPL Lochau, C-26/03, Colect., p. I-1, n.ºs 48, 49 e 52, bem como de 13 de Janeiro de 2005, Comissão/Espanha, C-84/03, Colect., p. I-139, n.º 39).

60 Estas considerações partem da premissa de que a aplicação das Directivas 92/50, 93/36 e 93/37 dependem da existência de um contrato celebrado entre duas pessoas distintas (v. acórdão Teckal, já referido, n.ºs 46 e 49). Ora, a aplicação dos artigos 12.º CE, 43.º CE e 49.º CE, bem como dos princípios da igualdade, da não discriminação e da transparência que lhe estão associados, não dependem da existência de um contrato. Por conseguinte, as considerações formuladas na jurisprudência citada nos n.ºs 56 a 59 do presente acórdão não se aplicam automaticamente às referidas disposições do Tratado nem a esses princípios.

61 Contudo, importa concluir que as referidas considerações podem ser transpostas para as disposições do Tratado e para os princípios relacionados com as concessões

dos serviços públicos excluídas do âmbito de aplicação das directivas em matéria de contratos públicos. Com efeito, no âmbito dos contratos públicos e das concessões de serviços públicos, o princípio da igualdade de tratamento e as expressões específicas deste que são a proibição da discriminação em razão da nacionalidade bem como os artigos 43.° CE e 49.° CE aplicam-se nos casos em que a autoridade pública confia a prestação das actividades económicas a um terceiro. Ao invés, não há que aplicar as regras comunitárias em matéria de contratos públicos ou de concessões de serviços públicos nos casos em que uma autoridade pública realiza tarefas de interesse público que lhe incumbem pelos seus próprios meios, administrativos, técnicos ou outros, sem recorrer a entidades externas (v., neste sentido, acórdão Stadt Halle e RPL Lochau, já referido, n.° 48).

62 Por conseguinte, no âmbito das concessões dos serviços públicos, está excluída a aplicação das normas dos artigos 12.° CE, 43.° CE e 49.° CE, bem como dos princípios gerais de que elas constituem a expressão específica se, simultaneamente, o controlo que a entidade pública cedente 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 a sua detentora.

63 Tratando-se de uma excepção às regras gerais do direito comunitário, as duas condições enunciadas no número anterior devem ser objecto de interpretação estrita, e impende sobre aquele que as invoca o ónus da prova de que existem efectivamente circunstâncias excepcionais que justificam a derrogação das ditas regras (v. acórdão Stadt Halle e RPL Lochau, já referido, n.° 46).

64 Cabe examinar em primeiro lugar se a entidade pública concedente exerce sobre a entidade concessionária um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços.

65 Esta apreciação deve ter em conta todas as disposições legislativas e circunstâncias pertinentes. Deve resultar deste exame que a entidade concessionária em causa está sujeita a um controlo que permite à entidade pública concedente influenciar as decisões da referida entidade. Deve tratar-se de uma possibilidade de influência determinante quer sobre os objectivos estratégicos quer sobre as decisões importantes.

66 Resulta do despacho de reenvio que, por força do artigo 1.º dos estatutos da empresa especial Stadtwerke Brixen, esta constituía um organismo municipal que tinha por função específica a prestação uniforme e integrada de serviços públicos locais. O conselho municipal fixava a orientação geral, atribuía o capital de dotação, assegurava a cobertura de eventuais custos sociais, verificava os resultados da gestão e exercia a supervisão estratégica, possuindo a empresa a autonomia necessária.

67 Ao invés, a Stadtwerke Brixen AG adquiriu uma dimensão de mercado que torna precário o controlo do município. Neste sentido apontam:

a) a transformação da Stadtwerke Brixen — empresa especial da Gemeinde Brixen — em sociedade anónima (Stadtwerke Brixen AG) e a natureza deste tipo de sociedade;

b) o alargamento do objecto social tendo a sociedade começado por trabalhar em novas áreas importantes, designadamente as de transporte de pessoas e de mercadorias, bem como as de informática e telecomunicações. Cabe observar que a sociedade manteve a vasta gama de actividades anteriormente exercida pela empresa especial, designadamente as de distribuição de água e de tratamento de águas residuais, fornecimento de aquecimento e energia, eliminação de resíduos e construção de estradas;

c) a abertura obrigatória da sociedade, a curto prazo, a outros capitais;

d) a expansão da área territorial das actividades da sociedade para toda a Itália e para o estrangeiro;

e) os consideráveis poderes atribuídos ao conselho de administração, sem que o município exerça praticamente qualquer controlo de gestão.

68 Concretamente quanto aos poderes atribuídos ao dito conselho de administração, resulta da decisão de reenvio que os estatutos da Stadtwerke Brixen AG, designadamente o seu artigo 18.º, conferem a este órgão amplos poderes de gestão desta sociedade, uma vez que dispõe da faculdade de adoptar qualquer acto que considere necessário à realização do objecto da sociedade. Além disso, o poder, previsto no referido artigo 18.º, de constituir garantias até ao montante de cinco milhões de euros ou de realizar outras operações sem o acordo prévio da assembleia dos sócios indica que esta sociedade dispõe de ampla autonomia relativamente aos seus accionistas.

69 A decisão de reenvio indica igualmente que a Gemeinde Brixen tem o direito de designar a maioria dos membros do conselho de administração da Stadtwerke Brixen AG. Contudo, o órgão jurisdicional de reenvio sublinha que o controlo exercido por este município sobre a Stadtwerke Brixen AG se limita, no essencial, à amplitude que o direito das sociedades reconhece à maioria do sócios, o que atenua consideravelmente a relação de dependência que existia entre o referido município e a empresa especial Stadtwerke Brixen, em comparação com os amplos poderes de que dispõe o conselho de administração da Stadtwerke Brixen AG.

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.

71 Nestas condições, e sem necessidade de examinar a questão de saber se a entidade concessionária realiza o essencial da sua actividade com a entidade pública concedente, a atribuição de uma concessão de serviços públicos por uma autoridade pública a uma tal entidade não pode ser considerada uma operação interna da referida autoridade, à qual as regras comunitárias não são aplicáveis.

72 Daí resulta que se deve responder à segunda questão colocada do seguinte modo:

Os artigos 43.º CE e 49.º CE, bem como os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e 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.

Quanto às despesas

73 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional nacional, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efectuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Primeira Secção) declara:

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

2) **Os artigos 43.º CE e 49.º CE, bem como os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e 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.**

Assinaturas.