ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção)

21 de Julho de 2005 *

No processo C-231/03,

que tem por objecto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 234.º CE, apresentado pelo Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Itália), por decisão de 14 de Fevereiro de 2003, entrado no Tribunal de Justiça em 28 de Maio de 2003, no processo

Consorzio Aziende Metano (Coname)

contra

Comune di Cingia de' Botti,

sendo interveniente:

Padania Acque SpA,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção),

composto por: V. Skouris, presidente, P. Jann, C. W. A. Timmermans (relator), A. Rosas, R. Silva de Lapuerta e A. Borg Barthet, presidentes de secção, R. Schintgen, S. von Bahr, J. N. Cunha Rodrigues, G. Arestis, M. Ilešič, J. Malenovský e J. Klučka, juízes,

* Língua do processo: italiano.

advogada-geral: C. Stix-Hackl,

secretário: L. Hewlett, administradora principal,

vistos os autos e após a audiência de 1 de Março de 2005,

vistas as observações apresentadas:

— em representação do Consorzio Aziende Metano (Coname), por M. Zoppolato, avvocato,

— 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 D. J. M. de Grave, na qualidade de agente,

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

— em representação do Governo finlandês, por A. Guimaraes-Purokoski, na qualidade de agente,

— em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por X. Lewis, K. Wiedner e C. Loggi, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões da advogada-geral na audiência de 12 de Abril de 2005,

profere o presente

Acórdão

1 O pedido de decisão prejudicial incide sobre a interpretação dos artigos 43.º CE, 49.º CE e 81.º CE.

2 Esse pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe o Consorzio Aziende Metano (a seguir «Coname») ao comune di Cingia de' Botti (município de Cingia de' Botti) a respeito da atribuição por este último à Padania Acque SpA (a seguir «Padania») do serviço relativo à gestão, distribuição e manutenção de instalações de distribuição de gás metano.

Quadro jurídico

3 Por força do artigo 22.º, terceiro parágrafo, da Lei n.º 142, relativa à autonomia local (legge n.º 142, recante ordinamento delle autonomie locali), de 8 de Junho de 1990 (suplemento ordinário ao GURI n.º 135, de 12 de Junho de 1990, a seguir «Lei n.º 142/1990»), um serviço como o que incide sobre a gestão, distribuição e manutenção de instalações de distribuição de gás metano pode ser assegurado pela própria entidade pública, pela concessão a terceiros, através do recurso a empresas

terceiras ou ainda, segundo o referido artigo 22.°, terceiro parágrafo, alínea e), «por sociedades anónimas ou por quotas, com capital público maioritário, constituídas ou participadas pela entidade titular do serviço público e, se for necessário em razão da natureza ou da extensão do território abrangido pelo serviço, mediante a participação de diversos operadores públicos ou privados».

Litígio no processo principal e questão prejudicial

4 O Coname celebrou com o município de Cingia de' Botti um contrato para a adjudicação do serviço relativo à manutenção, gestão e vigilância da rede de gás metano para o período de 1 de Janeiro de 1999 a 31 de Dezembro de 2000.

5 Por carta de 30 de Dezembro de 1999, o referido município informou o Coname que, por deliberação de 21 de Dezembro de 1999, o conselho municipal atribuiu à Padania o serviço relativo à gestão, distribuição e manutenção de instalações de distribuição de gás metano para o período de 1 de Janeiro de 2000 a 31 de Dezembro de 2005. Esta última sociedade é constituída maioritariamente por capitais públicos, detidos pela província de Cremona e pela quase totalidade dos municípios dessa província. O município di Cingia de' Botti detém uma participação no capital desta sociedade de 0,97%.

6 O serviço em causa no processo principal foi atribuído à Padania por adjudicação directa, nos termos do artigo 22.°, terceiro parágrafo, alínea e), da Lei n.° 142/1990.

7 O Coname, que pede ao órgão jurisdicional de reenvio, designadamente, a anulação da deliberação de 21 de Dezembro de 1999, alega que a adjudicação do referido serviço devia ser efectuada por concurso público.

8 Considerando que a solução do litígio que lhe foi submetido exige a interpretação de determinadas disposições do Tratado CE, o Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Os artigos 43.º [CE], 49.º [CE] e 81.º CE, que proíbem, respectivamente, as restrições à liberdade de estabelecimento dos cidadãos de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro e a livre prestação de serviços no interior da Comunidade em relação aos cidadãos dos Estados-Membros, bem como as práticas comerciais e societárias, que são adequadas a impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência no âmbito da União Europeia, opõem-se à adjudicação directa, isto é, sem realização de concurso público, da gestão do serviço público de distribuição do gás a uma sociedade de participação pública autárquica, sempre que essa participação no capital social não seja de molde a permitir um controlo directo da sua gestão e deva, por consequência, concluir-se que, como acontece no caso concreto, onde a participação é de 0,97%, não estão preenchidos os requisitos da gestão 'in house'?»

Quanto à questão prejudicial

9 Antes de mais, há que referir que o processo principal parece ter por objecto, como resulta da resposta apresentada pelo órgão jurisdicional de reenvio a um pedido de esclarecimentos formulado pelo Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 104.º,

n.º 5, do seu Regulamento de Processo, um serviço qualificado de concessão, que não é abrangido pelo âmbito de aplicação nem 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), nem 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 (JO L 199, p. 84) (v., neste sentido, acórdão de 7 de Dezembro de 2000, Telaustria e Telefonadress, C-324/98, Colect., p. I-10745, n.º 56, e despacho de 30 de Maio de 2002, Buchhändler-Vereinigung, C-358/00, Colect., p. I-4685, n.º 28).

10 Por conseguinte, o presente acórdão baseia-se na premissa de que o litígio no processo principal diz respeito à adjudicação de uma concessão, premissa que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.

11 Uma vez isso esclarecido, o órgão jurisdicional de reenvio pede, através da sua questão, a interpretação dos artigos 43.º CE, 49.º CE e 81.º CE.

Quanto ao artigo 81.º CE

12 Há que recordar que o artigo 81.º CE, que se aplica, segundo os seus próprios termos, aos acordos «entre empresas», não tem, em princípio, por objecto, as concessões celebradas entre um município, agindo na sua qualidade de órgão público administrativo, e o concessionário incumbido de um serviço público (v., neste sentido, acórdão de 4 de Maio de 1988, Bodson, 30/87, Colect., p. 2479, n.º 18).

13 Por conseguinte, como acertadamente referem o Governo finlandês e a Comissão, a referida disposição não se aplica ao processo principal, tal como descrito na decisão de reenvio.

14 Por conseguinte, quanto a esse aspecto, não há que responder à questão submetida.

Quanto aos artigos 43.º CE e 49.º CE

15 Através da sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, essencialmente, se os artigos 43.º CE e 49.º CE se opõem à adjudicação directa, ou seja, sem concurso público, por um município de uma concessão relativa à gestão do serviço público de distribuição de gás a uma sociedade de capitais maioritariamente públicos da qual esse município detém uma participação de 0,97% do capital.

16 Há que recordar que a atribuição de tal concessão não é regulada por nenhuma das directivas pelas quais o legislador comunitário regulamentou o domínio dos contratos públicos. Na falta de tal regulamentação, é à luz do direito primário e, em especial, das liberdades fundamentais previstas pelo Tratado que devem ser analisadas as consequências do direito comunitário relativas à adjudicação de tais concessões.

17 A esse respeito, há que referir que, na medida em que essa concessão pode igualmente interessar a uma empresa situada noutro Estado-Membro que não o do comune di Cingia de' Botti, a adjudicação, sem qualquer transparência, dessa concessão a uma empresa situada nesse último Estado-Membro constitui uma diferença de tratamento em detrimento da empresa situada noutro Estado-Membro (v., neste sentido, acórdão Telaustria e Telefonadress, já referido, n.º 61).

18 Com efeito, na falta de toda e qualquer transparência, essa última empresa não tem nenhuma possibilidade real de manifestar o seu interesse na obtenção da referida concessão.

19 Ora, a menos que se justifique por circunstâncias objectivas, essa diferença de tratamento, que ao excluir todas as empresas situadas noutro Estado-Membro as prejudica, constitui uma discriminação indirecta segundo a nacionalidade, proibida nos termos dos artigos 43.º CE e 49.º CE (v., designadamente, neste sentido, acórdãos de 10 de Março de 1993 Comissão/Luxemburgo, C-111/91, Colect., p. I-817, n.º 17; de 8 de Junho de 1999, Meeusen,, Colect., p. I-3289, n.º 27, e de 26 de Outubro de 1999, Eurowings Luftverkehr,, Colect., p. I-7447, n.º 33, e jurisprudência aí referida).

20 Relativamente ao processo principal, não resulta dos autos que, devido a circunstâncias especiais, tais como um interesse económico muito reduzido, se possa razoavelmente defender que uma empresa situada num Estado-Membro diferente do do comune di Cingia de' Botti não estaria interessada na concessão em causa e que os efeitos nas liberdades fundamentais em causa seriam, portanto, considerados demasiado aleatórios e demasiado indirectos para se poder concluir que os mesmos foram eventualmente violados (v., neste sentido, acórdãos de 7 de Março de 1990, Krantz,, Colect., p. I-583, n.º 11; e de 21 de Setembro de 1999, BASF,, Colect., p. I-6269, n.º 16, bem como despacho de 12 de Setembro de 2002, Mertens,, Colect., p. I-7073, n.º 34).

21 Nestas condições, incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se a adjudicação da concessão pelo comune di Cingia de' Botti à Padania cumpre as exigências de transparência que, sem necessariamente implicarem uma obrigação de realização de um concurso público, possam, designadamente, permitir que uma

empresa situada no território de um Estado-Membro diferente do da República Italiana 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.

22 Se tal não for o caso, há que concluir pela existência de uma diferença de tratamento em detrimento da referida empresa.

23 No que respeita às circunstâncias objectivas que podem justificar essa diferença de tratamento, há que referir que o facto de o comune di Cingia de' Botti deter uma participação de 0,97% no capital da Padania não constitui, só por si, uma dessas circunstâncias objectivas.

24 Com efeito, mesmo supondo que a necessidade de um município fiscalizar o concessionário que gere um serviço público possa constituir uma circunstância objectiva susceptível de justificar uma eventual diferença de tratamento, há que referir que uma participação 0,97% é de tal forma fraca que não permite essa fiscalização, como afirma o próprio órgão jurisdicional de reenvio.

25 Na audiência, o Governo italiano alegou, essencialmente, que, contrariamente a algumas grandes cidades italianas, a maioria dos municípios não têm meios para assegurar serviços públicos através de estruturas internas, como a distribuição do gás no seu território, e são, portanto, obrigados a recorrer a estruturas, como a da Padania, em cujo capital participam vários municípios.

26 A esse respeito, 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.

27 Não foi apresentada ao Tribunal de Justiça nenhuma outra circunstância objectiva susceptível de justificar uma eventual diferença de tratamento.

28 Nestas condições, há que responder à questão submetida que os artigos 43.º CE e 49.º CE se opõem, 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 no 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.

Quanto às despesas

29 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 (Grande Secção) declara:

Os artigos 43.º CE e 49.º 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 no 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.

Assinaturas