ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção)

10 de Setembro de 2009 *

No processo C-206/08,

que tem por objecto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 234.º CE, apresentado pelo Thüringer Oberlandesgericht (Alemanha), por decisão de 8 de Maio de 2008, entrado no Tribunal de Justiça em 19 de Maio de 2008, no processo

Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha)

contra

Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH,

sendo intervenientes:

Stadtwirtschaft Gotha GmbH,

* Língua do processo: alemão.

Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (WAL),

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção),

composto por: A. Rosas, presidente de secção, J. N. Cunha Rodrigues (relator), J. Klučka, P. Lindh e A. Arabadjiev, juízes,

advogado-geral: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
secretário: C. Strömholm, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 23 de Abril de 2009,

vistas as observações apresentadas:

— em representação da Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha), por S. Wellmann e P. Hermisson, Rechtsanwälte,

— em representação da Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH, por U.-D. Pape, Rechtsanwalt,

— em representação da Stadtwirtschaft Gotha GmbH, por E. Glahs, Rechtsanwältin,

— em representação da Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (WAL), por S. Gesterkamp e S. Sieme, Rechtsanwälte,

— em representação do Governo alemão, por M. Lumma e J. Möller, na qualidade de agentes,

— em representação do Governo checo, por M. Smolek, na qualidade de agente,

— em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por P. Oliver, D. Kukovec e C. Zadra, na qualidade de agentes, assistidos por B. Wägenbaur, Rechtsanwalt,

vista a decisão tomada, ouvido o advogado-geral, de julgar a causa sem apresentação de conclusões,

profere o presente

Acórdão

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objecto a interpretação do conceito de «concessão de serviços» na acepção da Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (JO L 134, p. 1).

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landeskreisgemeinden (associação de distribuição de água e de evacuação das águas residuais da cidade de Gotha e dos municípios da sua área administrativa, a seguir «WAZV Gotha») à Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH (empresa de tratamento e de eliminação de águas, a seguir «Eurawasser»), a respeito da atribuição do serviço público de distribuição de água potável e de evacuação das águas residuais.

Quadro jurídico

3 O artigo 1.º, n.º 2, alíneas a) e d), da Directiva 2004/17 prevê:

«2. a) 'Contratos de fornecimento, de empreitada de obras e de serviços' são contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre uma ou mais entidades adjudicantes referidas no n.º 2 do artigo 2.º e um ou mais empreiteiros, fornecedores ou prestadores de serviços;

[…]

d) ‘Contratos de serviços’ são contratos que não sejam contratos de empreitada de obras ou contratos de fornecimento, relativos à prestação de serviços mencionados no anexo XVII.

[…]»

4 O artigo 1.º, n.º 3, alínea b), desta directiva dispõe:

«‘Concessão de serviços’ é um contrato com as mesmas características que um contrato de serviços, com 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.»

5 Nos termos do artigo 2.º da referida directiva:

«1. Para efeitos do disposto na presente directiva, entende-se por:

a) ‘Poderes públicos’: o Estado, as autarquias locais ou regionais, os organismos de direito público e as associações formadas por uma ou mais autarquias locais ou regionais ou por um ou mais organismos de direito público.

[…]

2. A presente directiva é aplicável às entidades adjudicantes:

a) Que sejam poderes públicos ou empresas públicas e exerçam uma das actividades definidas nos artigos 3.º a 7.º;

[…]»

6 O artigo 4.º da Directiva 2004/17 prevê:

«1. A presente directiva aplica-se às seguintes actividades:

a) À abertura ou à exploração de redes fixas destinadas à prestação de serviços ao público no domínio da produção, do transporte ou da distribuição de água potável, ou

b) À alimentação dessas redes com água potável.

2. A presente directiva é igualmente aplicável aos contratos ou concursos para trabalhos de concepção adjudicados ou organizados por entidades que exerçam uma das actividades referidas no n.º 1, os quais:

[…]

b) Estejam associados com evacuação ou tratamento de águas residuais.

[…]»

7 O artigo 18.º desta directiva dispõe:

«A presente directiva não é aplicável às concessões de obras ou de serviços adjudicadas por entidades adjudicantes que exerçam uma ou várias das actividades referidas nos artigos 3.º a 7.º sempre que tais concessões sejam adjudicadas para o exercício dessas actividades.»

8 Nos termos do artigo 31.º da referida directiva:

«Os contratos que tenham por objecto os serviços referidos no anexo XVII A são adjudicados de acordo com os artigos 34.º a 59.º»

9 O artigo 32.º da referida directiva estabelece:

«Os contratos que tenham por objecto os serviços referidos no anexo XVII B estão sujeitos apenas aos artigos 34.º e 43.º»

10 Por força do artigo 71.º da Directiva 2004/17, os Estados-Membros devem pôr em vigor as disposições necessárias para dar cumprimento a esta directiva até 31 de Janeiro de 2006.

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

11 Resulta dos autos que a WAZV Gotha é uma associação de municípios, à qual incumbe, em virtude de certas disposições do direito alemão, assegurar a distribuição de água potável e a evacuação das águas residuais à população residente no seu território.

12 No âmbito de um contrato de gestão de negócios celebrado em 1994, a WAZV Gotha tinha confiado à Stadtwirtschaft Gotha GmbH (empresa municipal da cidade de Gotha, a seguir «Stadtwirtschaft») todas as prestações técnicas, comerciais e administrativas no domínio da distribuição de água. Dado que este contrato expirava no decurso do ano de 2008, a WAZV Gotha tentou admitir como membro a Stadtwirtschaft, para continuar a confiar-lhe a gestão de negócios. Contudo, as autoridades de tutela, invocando as disposições em matéria de adjudicação de contratos, recusaram-se a autorizar a admissão da Stadtwirtschaft na WAZV Gotha.

13 Para continuar a confiar a gestão de negócios a terceiros, a WAZV Gotha decidiu concessionar o serviço de distribuição de água potável e de evacuação das águas residuais. Para esse efeito, lançou, em Setembro de 2007, um procedimento de concurso informal, em vez do procedimento formal de adjudicação de contratos previsto nos §§ 97 e seguintes da Lei contra as restrições à concorrência (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, a seguir «GWB»). Todavia, a WAZV Gotha publicou um anúncio no *Jornal Oficial da União Europeia* de 19 de Setembro de 2007, sob a referência 2007/S 180-220518.

14 O anúncio de concurso informava da atribuição de uma concessão de serviços para a distribuição de água e a evacuação das águas residuais no território coberto pela WAZV Gotha, por um período de 20 anos, e convidava as empresas interessadas a apresentarem as suas candidaturas.

15 O anúncio de concurso e os respectivos projectos de contrato previam que o concessionário prestaria os serviços referidos, com base em contratos de direito privado celebrados em seu próprio nome e por sua própria conta, aos utentes com residência no território coberto pela WAZV Gotha, e que cobraria, como contrapartida, uma remuneração desses utentes.

16 Previa-se que o próprio concessionário era competente para calcular, de modo equitativo, as remunerações devidas pelos serviços prestados e para fixar o respectivo montante sob a sua exclusiva responsabilidade. Contudo, esta competência era limitada, na medida em que o concessionário devia, até 31 de Dezembro de 2009, praticar as tarifas em vigor à data da publicação do anúncio de concurso e em que, posteriormente, as tarifas deviam ser conformes com as disposições da Lei do *Land* da Turíngia relativa às taxas municipais (Thüringer Kommunalabgabengesetz).

17 O anúncio de concurso e os projectos de contrato previam igualmente que as instalações técnicas de distribuição de água e de evacuação das águas residuais continuariam a ser propriedade da WAZV Gotha e que seriam arrendadas pelo concessionário, tendo este o direito de contabilizar a renda correspondente na

remuneração pedida aos utentes como contrapartida dos serviços prestados. A manutenção das referidas instalações incumbia ao concessionário.

18 A WAZV Gotha comprometia-se a declarar obrigatória, por regulamento, a ligação às redes públicas de distribuição de água e de evacuação das águas residuais e a utilização destas. Contudo, o concessionário não podia exigir o cumprimento desta obrigação em cada caso individual.

19 Por último, a WAZV Gotha comprometia-se a, dentro dos limites das possibilidades oferecidas pela lei, transferir para o concessionário as subvenções públicas que recebesse.

20 A data-limite de recepção dos pedidos de participação prevista no anúncio de concurso era o dia 8 de Outubro de 2007. Por carta de 4 de Outubro de 2007, a Eurawasser denunciou a intenção da WAZV Gotha de atribuir os serviços supramencionados, não através de um concurso formal, tendo em vista a adjudicação de um contrato de serviços, mas através de uma concessão de serviços.

21 A Eurawasser apresentou o seu pedido de participação em 8 de Outubro de 2007. A Stadtwirtschaft e a Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (empresa de gestão dependente da associação intermunicipal para a água da região de Lausitz, a seguir «WAL») participaram igualmente no concurso e foram convidadas pela WAZV Gotha a apresentar uma proposta. No total, no termo do prazo fixado no anúncio de concurso, tinham sido apresentados oito pedidos de participação.

22 A WAZV Gotha rejeitou a reclamação da Eurawasser por carta de 9 de Outubro de 2007. Após ter apresentado, sem sucesso, outras reclamações em 19 de Outubro e 23 de Novembro de 2007, a Eurawasser interpôs recurso para a Vergabekammer (Secção dos contratos públicos) competente, com o fundamento de que a WAZV Gotha não tinha escolhido o procedimento de atribuição apropriado.

23 Por decisão de 24 de Janeiro de 2008, a Vergabekammer considerou que a operação em causa constituía, efectivamente, um contrato de serviços, que a WAZV Gotha deveria ter seguido um procedimento formal de adjudicação do contrato e que o procedimento devia ser reposto no estado em que se encontrava antes da publicação do anúncio de concurso.

24 A WAZV Gotha recorreu dessa decisão para o Thüringer Oberlandesgericht.

25 A Stadtwirtschaft e a WAL foram autorizadas a intervir nesse processo.

26 Foi nestas circunstâncias que o Thüringer Oberlandesgericht decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Um contrato relativo a prestações de serviços (serviços de distribuição de água e de tratamento das águas residuais no caso vertente) deve ser qualificado [de] 'concessão de serviços' na acepção do artigo 1.º, n.º 3, [alínea] b), da Directiva [2004/17] — distinto do contrato de serviços a título oneroso na acepção do artigo 1.º, n.º 2, [alíneas] a) e d) da directiva — apenas pelo facto de prever que [o adjudicatário não é directamente remunerado pelo poder público, mas através de uma contrapartida de direito privado que este último o autoriza a cobrar a terceiros]?

2) Em caso de resposta negativa à primeira questão prejudicial, os contratos do tipo descrito na mesma questão podem constituir uma concessão de serviços quando [o adjudicatário assume na totalidade ou, pelo menos, em grande parte o risco de exploração ligado à prestação do serviço em causa, embora este risco seja consideravelmente limitado de antemão, quer dizer, mesmo quando [o próprio poder público] preste o serviço, em razão das [modalidades] de direito público da organização desse serviço (ligação e utilização obrigatórias; cálculo dos preços segundo o princípio da cobertura dos custos)]?

3) Em caso de resposta negativa à segunda questão prejudicial, o artigo 1.º, n.º 3, alínea b), da Directiva [2004/17] deve ser interpretado no sentido de que o risco de exploração ligado à prestação do serviço, em particular o risco comercial, deve ser [quase] equivalente[, do ponto de vista qualitativo,] ao risco que existe habitualmente nas condições de um mercado livre com diversos fornecedores concorrentes?»

Quanto à admissibilidade

27 A WAZV Gotha alega que o pedido de decisão prejudicial é inadmissível pelo facto de a resposta à primeira questão resultar claramente da definição da concessão de serviços que figura no artigo 1.º, n.º 3, alínea b), da Directiva 2004/17, bem como da jurisprudência do Tribunal de Justiça. Consequentemente, a interpretação solicitada não é necessária. A WAL invoca argumentos essencialmente idênticos.

28 A Stadtwirtschaft sustenta que as questões prejudiciais não são pertinentes para a decisão a ser tomada pelo órgão jurisdicional de reenvio, dado que o litígio no processo principal pode ser resolvido sem que seja dada resposta a estas questões. Com efeito, a WAZV Gotha aplicou um procedimento de atribuição regular, mesmo que se conclua que os contratos em causa no processo principal devem ser qualificados de contratos de serviços, abrangidos pelo âmbito de aplicação da Directiva 2004/17.

29 Em contrapartida, a Comissão das Comunidades Europeias entende que o pedido de decisão prejudicial é admissível. Como resulta da decisão de reenvio, o órgão jurisdicional nacional considera que as questões prejudiciais relativas à distinção entre os conceitos de contrato de serviços e de concessão de serviços lhe são indispensáveis para se pronunciar sobre a admissibilidade do recurso submetido à sua apreciação.

30 Após a apresentação do pedido de decisão prejudicial, a WAZV Gotha decidiu, em 4 de Setembro de 2008, anular o concurso que era objecto do litígio no processo principal.

31 Na sequência dessa anulação, a Eurawasser alterou o seu recurso, sem dele desistir. A Eurawasser requer agora que seja proferida uma decisão constatando que, com o procedimento anulado, ela é lesada nos seus direitos a que as regras de adjudicação dos contratos resultantes dos §§ 97 e seguintes da GWB sejam respeitadas.

32 Por carta de 24 de Dezembro de 2008, o órgão jurisdicional de reenvio informou o Tribunal de Justiça de que mantinha o seu pedido de decisão prejudicial. Com efeito, entende que continua a ser necessário, para poder pronunciar-se sobre o recurso alterado, obter uma resposta às questões submetidas, quanto mais não seja porque as concessões de serviços não estão, à partida, abrangidas pelo âmbito de aplicação dos §§ 97 e seguintes da GWB e porque, consequentemente, a alteração do recurso no processo principal não tem nenhuma incidência sobre o facto de que recorrer às instâncias competentes para controlar o respeito dos procedimentos aplicáveis em matéria de contratos públicos, a saber, a Vergabekammer e o Vergabesenat, seria inadmissível na hipótese de o contrato em causa no processo principal ser qualificado de concessão de serviços.

33 A este respeito, o Tribunal de Justiça declarou que, no quadro da cooperação entre ele próprio e os órgãos jurisdicionais nacionais instituída pelo artigo 234.º CE, o juiz nacional, a quem foi submetido o litígio e que deve assumir a responsabilidade pela decisão jurisdicional a tomar, tem competência exclusiva para apreciar, tendo em conta as particularidades de cada processo, tanto a necessidade de uma decisão prejudicial para poder proferir a sua decisão como a pertinência das questões que submete ao Tribunal de Justiça. Consequentemente, desde que as questões colocadas sejam relativas à interpretação do direito comunitário, o Tribunal de Justiça é, em princípio, obrigado a pronunciar-se (v., designadamente, acórdão de 23 de Abril de 2009, Rüffler, C-544/07, Colect., p. I-3389, n.º 36 e jurisprudência referida).

34 O Tribunal de Justiça declarou igualmente que, em circunstâncias excepcionais, lhe cabe examinar as condições em que é chamado a pronunciar-se pelo juiz nacional, a fim de verificar a sua própria competência. O Tribunal de Justiça só pode recusar

pronunciar-se sobre uma questão prejudicial submetida por um órgão jurisdicional nacional quando for manifesto que a interpretação do direito comunitário solicitada não tem qualquer relação com a realidade ou com o objecto do litígio no processo principal, quando o problema for de natureza hipotética ou ainda quando o Tribunal não dispuser dos elementos de facto e de direito necessários para responder utilmente às questões que lhe são submetidas (v., designadamente, acórdão Rüffler, já referido, n.os 37, 38 e jurisprudência referida).

35 Na decisão de reenvio, bem como na carta de 24 de Dezembro de 2008, o órgão jurisdicional de reenvio explicou claramente as razões pelas quais considera que as questões que coloca são pertinentes e que a resposta a dar a essas questões é necessária para resolver o litígio que lhe foi submetido. Atendendo a estas explicações, não se afigura que as questões submetidas sejam hipotéticas ou que não tenham relação com o objecto do litígio no processo principal.

36 Assim, as questões prejudiciais são admissíveis.

Quanto às questões prejudiciais

Observações preliminares

37 Antes de mais, importa precisar que, de acordo com os elementos que constam dos autos, a WAZV Gotha está abrangida pela definição de poder público constante do artigo 2.º, n.º 1, alínea a), da Directiva 2004/17, sendo o poder público uma das categorias de entidades adjudicantes às quais esta directiva se aplica, em virtude do seu artigo 2.º, n.º 2, alínea a).

38 Além disso, nos termos do artigo 4.º da Directiva 2004/17, esta é aplicável ao processo principal, na medida em que o poder público em causa, mais concretamente, a WAZV Gotha, exerce uma actividade no domínio da alimentação em água potável e da evacuação das águas residuais.

39 A Directiva 2004/17 é aplicável *ratione temporis* ao litígio no processo principal, uma vez que o prazo fixado no artigo 71.º desta para a sua execução terminou em 31 de Janeiro de 2006 e que o processo de concurso em causa no processo principal foi lançado no mês de Setembro de 2007.

40 Importa recordar que uma definição da concessão de serviços foi introduzida, na legislação comunitária, no artigo 1.º, n.º 2, alínea a), da Directiva 2004/17. Tal definição não figurava nas directivas anteriores relativas a esta matéria, em particular na 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).

41 No artigo 18.º da Directiva 2004/17, o legislador comunitário precisou que este diploma não é aplicável às concessões de serviços adjudicadas por entidades adjudicantes que exerçam actividades, designadamente, no sector da água.

42 Por outro lado, cumpre recordar que, no que toca ao seu próprio âmbito de aplicação, a Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (JO L 134, p. 114), inclui, no seu artigo 1.º, n.ºs 2, alínea a), e 4, definições de «contratos públicos» e de «concessão de serviços» semelhantes, no essencial, às definições correspondentes que figuram no artigo 1.º, n.ºs 2, alínea a), e 3, alínea b), da Directiva 2004/17.

43 Esta semelhança exige que as mesmas considerações sejam válidas para a interpretação dos conceitos de contrato de serviços e de concessão de serviços nos âmbitos de aplicação respectivos das duas directivas supramencionadas.

44 Daqui decorre que, se a operação em causa no processo principal for qualificada de «contrato de serviços» na acepção da Directiva 2004/17, tal contrato deve, em princípio, ser adjudicado de acordo com os procedimentos previstos nos artigos 31.º e 32.º desta directiva. Pelo contrário, se esta operação for qualificada de concessão de serviços, a referida directiva não lhe é aplicável, por força do disposto no seu artigo 18.º Nesse caso, a atribuição da concessão continua sujeita às regras fundamentais do Tratado CE em geral e aos princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação em razão da nacionalidade, bem como ao dever de transparência que, em particular, deles decorre (v., neste sentido, acórdãos de 7 de Dezembro de 2000, Telaustria e Telefonadress, C-324/98, Colect., p. I-10745, n.os 60 a 62; de 21 de Julho de 2005, Coname, C-231/03, Colect., p. I-7287, n.os 16 a 19; de 13 de Outubro de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Colect., p. I-8585, n.os 46 a 49; e de 13 de Novembro de 2008, Coditel Brabant, C-324/07, Colect., p. I-8457, n.º 25).

45 Neste contexto, o órgão jurisdicional de reenvio pede que sejam precisados os critérios que permitem estabelecer uma distinção entre um contrato de serviços e uma concessão de serviços.

Quanto à primeira e segunda questões

46 Com a primeira e segunda questões, que importa examinar em conjunto, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se, no caso de um contrato relativo a prestações de serviços, a circunstância de o adjudicatário não ser directamente remunerado pelo poder público, mas ter o direito de cobrar a terceiros uma contrapartida de direito privado, basta, por si só, para que o contrato em causa seja qualificado de concessão de serviços, na acepção do artigo 1.º, n.º 3, alínea b), da Directiva 2004/17. Em caso de resposta negativa a esta questão, o órgão jurisdicional nacional pergunta se tal contrato deve ser qualificado de concessão de serviços quando o adjudicatário assume na totalidade ou, pelo menos, em grande parte, o risco de

exploração suportado pelo poder público, mesmo que esse risco seja muito limitado de antemão, devido às modalidades de direito público da organização do serviço.

47 Defendendo uma resposta afirmativa à primeira questão, a WAZV Gotha, a Stadtwirtschaft e a WAL, bem como os Governos alemão e checo, sustentam que a circunstância de o adjudicatário cobrar uma remuneração aos utentes do serviço em causa basta para caracterizar uma concessão de serviços.

48 Em contrapartida, a Eurawasser e a Comissão entendem ser ainda necessário que o adjudicatário assuma o risco económico da exploração do serviço em causa.

49 Importa salientar, a este respeito, que o artigo 1.º, n.º 2, alínea a), da Directiva 2004/17 prevê que os «[c]ontratos de fornecimento, de empreitada de obras e de serviços» são contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre uma ou mais entidades adjudicantes referidas no n.º 2 do artigo 2.º desta directiva e um ou mais empreiteiros, fornecedores ou prestadores de serviços.

50 Nos termos do artigo 1.º, n.º 3, alínea b), da referida directiva, a «[c]oncessão de serviços» é um contrato com as mesmas características que um contrato de serviços, com 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.

51 Comparando estas duas definições conclui-se que a diferença entre um contrato de serviços e uma concessão de serviços reside na contrapartida da prestação de serviços. O contrato de serviços comporta uma contrapartida que é paga directamente pelo poder público ao prestador de serviços (v., neste sentido, acórdão Parking Brixen, já referido, n.º 39), ao passo que, no caso de uma concessão de serviços, a contrapartida dos serviços a prestar consiste quer unicamente no direito de exploração do serviço quer nesse direito acompanhado de um pagamento.

52 As questões colocadas referem expressamente a circunstância de que o contrato em causa prevê que o adjudicatário é remunerado não directamente pelo poder público, mas por uma contrapartida de direito privado que este o autoriza a cobrar a terceiros.

53 À luz do critério enunciado no n.º 51 do presente acórdão, o facto de o prestador de serviços ser remunerado através de pagamentos efectuados por terceiros, neste caso pelos utentes do serviço em causa, é uma das formas que pode assumir o exercício do direito, reconhecido ao prestador, de explorar o serviço.

54 Este critério resultava já da jurisprudência do Tribunal de Justiça anterior à entrada em vigor da Directiva 2004/17. Segundo essa jurisprudência, está-se perante uma concessão de serviços quando o modo de remuneração acordado consiste no direito do prestador de explorar a sua própria prestação (v., neste sentido, acórdão Telaustria e Telefonadress, já referido, n.º 58; despacho de 30 de Maio de 2002, Buchhändler-Vereinigung, C-358/00, Colect., p. I-4685, n.os 27 e 28; e acórdãos de 18 de Julho de 2007, Comissão/Itália, C-382/05, Colect., p. I-6657, n.º 34, e de 13 de Novembro de 2008, Comissão/Itália, C-437/07, n.º 29).

55 A este respeito, é irrelevante que a remuneração seja regulada pelo direito privado ou pelo direito público.

56 O Tribunal de Justiça reconheceu a existência de uma concessão de serviços, designadamente, em casos em que a remuneração do prestador provinha de pagamentos efectuados pelos utentes de um parque de estacionamento público, de um serviço de transporte público e de uma rede de distribuição televisiva (v. acórdãos Parking Brixen, já referido, n.º 40; de 6 de Abril de 2006, ANAV, C-410/04, Colect., p. I-3303, n.º 16; e Coditel Brabant, já referido, n.º 24).

57 Daqui resulta que, no caso de um contrato relativo a prestações de serviços, a circunstância de o adjudicatário não ser directamente remunerado pelo poder público, mas de ter o direito de cobrar uma remuneração a terceiros, satisfaz a exigência de uma contrapartida, prevista no artigo 1.º, n.º 3, alínea b), da Directiva 2004/17.

58 Esta conclusão impõe, contudo, que seja precisado o conceito de «direito de exploração» como «contrapartida dos serviços», que figura na referida disposição.

59 Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que, quando o modo de remuneração acordado consiste no direito do prestador de explorar a sua própria prestação, este modo de remuneração implica que o prestador assuma o risco ligado à exploração dos serviços em questão (v., neste sentido, acórdãos, já referidos, Parking Brixen, n.º 40; de 18 de Julho de 2007, Comissão/Itália, n.º 34; e de 13 de Novembro de 2008, Comissão/ /Itália, n.º 29).

60 A este respeito, os interessados que apresentaram observações adoptaram, a título principal ou a título subsidiário, posições divergentes.

61 A WAZV Gotha sustenta que o facto de o adjudicatário assumir o risco ligado à exploração, nas condições do processo principal, basta para caracterizar uma concessão de serviços.

62 A Stadtwirtschaft, a WAL e o Governo checo entendem que o adjudicatário não tem de assumir a totalidade desse risco. Basta que assuma uma grande parte deste.

63 O Governo alemão considera que uma concessão de serviços é constituída desde que o adjudicatário assuma um risco ligado à exploração que não seja totalmente insignificante.

64 A Eurawasser entende que, na operação em causa no processo principal, não existe um risco significativo que possa ser transferido para o adjudicatário pelo poder público. Logo, tal operação deve ser qualificada de contrato e não de concessão.

65 A Comissão observa que se deve estar perante um risco de exploração importante, que não tem, todavia, de corresponder necessariamente ao risco económico habitualmente suportado num mercado livre. Um contrato de serviços no qual o risco económico é reduzido ao mínimo pelos poderes públicos não pode ser qualificado de concessão de serviços.

66 Importa assinalar, a este respeito, que o risco é inerente à exploração económica do serviço.

67 Se o poder público continua a suportar a totalidade do risco sem expor o prestador às incertezas do mercado, a atribuição da exploração do serviço exige a aplicação das formalidades previstas na Directiva 2004/17, tendo em vista a protecção da transparência e da concorrência.

68 Se não for transferido para o prestador qualquer risco ligado à prestação do serviço, a operação em causa constitui um contrato de serviços (v., neste sentido, acórdãos de 27 de Outubro de 2005, Contse e o., C-234/03, Colect., p. I-9315, n.º 22, e de 18 de Julho de 2007, Comissão/Itália, já referido, n.os 35 a 37, bem como, por analogia, relativamente a uma concessão de obras, acórdão de 13 de Novembro de 2008,

Comissão/Itália, já referido, n.os 30 e 32 a 35). Como foi indicado no n.º 51 do presente acórdão, neste último caso, a contrapartida não consiste no direito de explorar o serviço.

69 As questões colocadas partem da premissa de que a prestação do serviço em causa no processo principal implica riscos económicos muito limitados, mesmo quando o referido serviço é prestado pelo poder público, e isto devido à aplicação da regulamentação específica do sector de actividade em apreço.

70 Ora, segundo certos argumentos submetidos ao Tribunal de Justiça, para que, nessas circunstâncias, a operação em causa constituísse uma concessão, seria necessário que o concedente transferisse para o concessionário um risco importante.

71 Estes argumentos não podem, em absoluto, ser acolhidos.

72 É corrente que certos sectores de actividade, designadamente os sectores relativos a actividades de utilidade pública, como a distribuição de água e a evacuação das águas residuais, sejam objecto de um regime que pode ter por efeito limitar os riscos económicos suportados.

73 Por um lado, as modalidades de direito público a que está sujeita a exploração económica e financeira do serviço facilitam o controlo da exploração deste último e reduzem os factores susceptíveis de pôr em causa a transparência e de falsear a concorrência.

74 Por outro lado, os poderes públicos devem continuar a ter a possibilidade de, agindo de boa fé, assegurar a prestação de serviços através de uma concessão, se entenderem que se trata da melhor maneira de assegurar o serviço público em causa, e isto mesmo que o risco ligado à exploração seja muito limitado.

75 Além disso, não seria razoável exigir a uma autoridade pública concedente que criasse condições de concorrência e de risco económico mais elevadas do que aquelas que, nos termos do regime aplicável ao sector em causa, existem neste último.

76 Em tais situações, como o poder público não tem nenhuma influência sobre as modalidades de direito público aplicáveis à organização do serviço, é-lhe impossível introduzir e, portanto, transferir factores de risco que são excluídos por estas modalidades.

77 Em qualquer caso, mesmo que o risco suportado pelo poder público seja muito limitado, para que se conclua pela existência de uma concessão de serviços é necessário que o poder público transfira para o concessionário a totalidade ou, pelo menos, uma parte significativa do risco de exploração que suporta.

78 Incumbe ao órgão jurisdicional nacional apreciar se foi transferida a totalidade ou uma parte significativa do risco suportado pelo poder público.

79 Para este fim, não devem ser tomados em conta os riscos gerais resultantes de modificações de regulamentação ocorridas durante a execução do contrato.

80 Por conseguinte, importa responder à primeira e segunda questões que o facto de, no âmbito de um contrato relativo a prestações de serviços, o adjudicatário não ser directamente remunerado pelo poder público, mas ter o direito de cobrar uma contrapartida a terceiros, basta para que esse contrato seja qualificado de «concessão de serviços», na acepção do artigo 1.º, n.º 3, alínea b), da Directiva 2004/17, desde que o adjudicatário assuma a totalidade ou, pelo menos, uma parte significativa do risco de exploração suportado pelo poder público, mesmo que esse risco seja muito limitado de antemão, devido às modalidades de direito público da organização do serviço.

Quanto à terceira questão

81 Tendo em conta a resposta dada à primeira e segunda questões, não é necessário responder à terceira questão.

Quanto às despesas

82 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 (Terceira Secção) declara:

O facto de, no âmbito de um contrato relativo a prestações de serviços, o adjudicatário não ser directamente remunerado pelo poder público, mas ter o direito de cobrar uma contrapartida a terceiros, basta para que esse contrato seja qualificado de «concessão de serviços», na acepção do artigo 1.º, n.º 3, alínea b), da Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, desde que o adjudicatário assuma a totalidade ou, pelo menos, uma parte significativa do risco de exploração suportado pelo poder público, mesmo que esse risco seja muito limitado de antemão, devido às modalidades de direito público da organização do serviço.

Assinaturas