Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção)

28 de maio de 2020*

«Reenvio prejudicial — Contratos públicos — Diretiva 2014/24/UE — Artigo 2.º, n.º 1, ponto 5 — Artigo 12.º, n.º 4 — Artigo 18.º, n.º 1 — Conceito de "contrato a título oneroso" — Contrato entre duas entidades adjudicantes que prosseguem um objetivo comum de interesse público — Disponibilização de um suporte lógico (*software*) destinado a coordenar as intervenções dos bombeiros — Inexistência de contrapartidas pecuniárias — Ligação a um acordo de cooperação que prevê a disponibilização mútua e gratuita de módulos suplementares desse *software* — Princípio da igualdade de tratamento — Proibição de colocar uma empresa privada numa situação privilegiada relativamente aos seus concorrentes»

No processo C-796/18,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Regional Superior de Dusseldórfia, Alemanha), por Decisão de 28 de novembro de 2018, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 19 de dezembro de 2018, no processo

Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ise) mbH

contra

Stadt Köln,

sendo interveniente:

Land Berlin,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção),

composto por: M. Vilaras, presidente de secção, K. Lenaerts, presidente do Tribunal de Justiça, exercendo funções de juiz da Quarta Secção, S. Rodin, D. Šváby (relator) e N. Piçarra, juízes,

advogado-geral: M. Campos Sánchez-Bordona,

secretário: D. Dittert, chefe de unidade,

vistos os autos e após a audiência de 6 de novembro de 2019,

vistas as observações apresentadas:

– em representação da Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH, por Bernhard Stolz, Rechtsanwalt,

* Língua do processo: alemão.

– em representação da Stadt Köln, por K. van de Sande e U. Jasper, Rechtsanwältinnen,

– em representação do Governo austríaco, por J. Schmoll, G. Hesse e M. Fruhmann, na qualidade de agentes,

– em representação da Comissão Europeia, por L. Haasbeek, M. Noll-Ehlers e P. Ondrůšek, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 29 de janeiro de 2020,

profere o presente

Acórdão

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do artigo 2.º, n.º 1, ponto 5, e do artigo 12.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65).

2 O pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH à Stadt Köln (cidade de Colónia, Alemanha) a respeito de dois contratos celebrados entre a cidade de Colónia e o Land Berlin (*Land* de Berlim, Alemanha) e que preveem, respetivamente, a disponibilização gratuita a essa cidade de um *software* de gestão das intervenções dos bombeiros e uma cooperação para desenvolver o referido *software*.

Quadro jurídico

Direito da União

3 Os considerandos 31 e 33 da Diretiva 2014/24 enunciam:

«31) Existe uma considerável insegurança jurídica quanto a saber em que medida os contratos celebrados entre entidades do setor público deverão estar sujeitos às regras da contratação pública. A jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça […] é interpretada de forma diferente pelos Estados-Membros e mesmo pelas autoridades adjudicantes. Por conseguinte, é necessário clarificar em que casos os contratos celebrados dentro do setor público não estão sujeitos à aplicação das regras da contratação pública.

Essa clarificação deverá pautar-se pelos princípios definidos na jurisprudência pertinente do [Tribunal de Justiça]. O simples facto de ambas as partes num acordo serem autoridades públicas não exclui, por si só, a aplicação das regras acima referidas. Contudo, a aplicação das regras da contratação pública não deverá interferir na liberdade das autoridades públicas para desempenharem as suas missões de serviço público utilizando os seus próprios recursos, o que inclui a possibilidade de cooperação com outras autoridades públicas.

Dever-se-á evitar que qualquer cooperação público-público isenta provoque uma distorção da concorrência em relação aos operadores económicos privados ao colocar um prestador de serviços privado em posição de vantagem perante os seus concorrentes.

[…]

33) As autoridades adjudicantes deverão poder optar por prestar conjuntamente os seus serviços públicos por meio de cooperação, sem serem obrigadas a utilizar qualquer forma jurídica especial. Essa cooperação poderá abranger todos os tipos de atividades relacionados com o desempenho de serviços e responsabilidades atribuídos às autoridades participantes ou por elas assumidos, como por exemplo missões obrigatórias ou voluntárias das autoridades locais ou regionais ou serviços confiados por direito público a organismos específicos. Os serviços prestados pelas diferentes autoridades participantes não têm de ser necessariamente idênticos, podendo ser também complementares.

Os contratos de prestação conjunta de serviços públicos não deverão ficar sujeitos à aplicação das regras estabelecidas na presente diretiva se forem celebrados exclusivamente entre autoridades adjudicantes, se a implementação dessa cooperação se pautar unicamente por considerações relativas ao interesse público e se nenhum prestador de serviços privado ficar em posição de vantagem em relação aos seus concorrentes.

Para preencher essas condições, a cooperação deverá basear-se num conceito de cooperação. Tal cooperação não requer que todas as autoridades participantes assumam a execução das principais obrigações contratuais, conquanto sejam assumidos compromissos de contribuir para a execução em cooperação do serviço público em causa. Além disso, a implementação da cooperação, incluindo as eventuais transferências financeiras entre as autoridades adjudicantes participantes, deverá pautar-se unicamente por considerações relativas ao interesse público.»

4 Sob a epígrafe «Objeto e âmbito de aplicação», o artigo 1.º dessa diretiva dispõe, no seu n.º 1:

«A presente diretiva estabelece as regras aplicáveis aos procedimentos de contratação adotados por autoridades adjudicantes relativamente a contratos públicos e a concursos de conceção cujo valor estimado não seja inferior aos limiares definidos no artigo 4.º»

5 O artigo 2.º, n.º 1, ponto 5, dessa diretiva define os «contratos públicos» como «contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais autoridades adjudicantes, que tenham por objeto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços».

6 Sob a epígrafe «Contratos públicos entre entidades no setor público», o artigo 12.º da Diretiva 2014/24 prevê, no seu n.º 4:

«Um contrato celebrado exclusivamente entre duas ou mais autoridades adjudicantes não releva do âmbito de aplicação da presente diretiva quando estiverem preenchidas todas as seguintes condições:

a) O contrato estabelece ou executa uma cooperação entre as autoridades adjudicantes participantes, a fim de assegurar que os serviços públicos que lhes cabe executar sejam prestados com o propósito de alcançar os objetivos que têm em comum;

b) A execução da referida cooperação é unicamente regida por considerações de interesse público; e

c) As autoridades adjudicantes participantes exercem no mercado livre menos de 20 % das atividades abrangidas pela cooperação».

7 O artigo 18.º dessa diretiva, que enuncia os «[p]rincípios da contratação», dispõe, no seu n.º 1:

«As autoridades adjudicantes tratam os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não-discriminação e atuam de forma transparente e proporcionada.

Os concursos não podem ser organizados no intuito de não serem abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente diretiva ou de reduzir artificialmente a concorrência. Considera-se que a concorrência foi artificialmente reduzida caso o concurso tenha sido organizado no intuito de favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores económicos.»

Direito alemão

8 O § 103, n.º 1, da Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Lei contra as Restrições da Concorrência), de 26 de junho de 2013 (BGBl. 2013 I, p. 1750), na redação aplicável à lide principal (a seguir «Lei contra as Restrições da Concorrência»), dispõe que os contratos públicos são contratos a título oneroso celebrados entre entidades adjudicantes e empresas que tenham por objeto o fornecimento de produtos, a execução de obras ou a prestação de serviços.

9 Nos termos do artigo 106.º, n.º 1, primeiro período, dessa lei, as instâncias fiscalizadoras dos processos de adjudicação de contratos podem ser chamadas a pronunciar-se em caso de adjudicação de contratos públicos cujo valor estimado, sem imposto sobre o valor acrescentado, seja igual ou superior aos limiares fixados.

10 O artigo 108.º, n.º 6, da referida lei dispõe que o recurso às instâncias de fiscalização dos processos de adjudicação de contratos não está aberto para os contratos celebrados entre duas ou mais entidades adjudicantes, quando:

«1. O contrato estipule ou implemente uma cooperação entre as autoridades adjudicantes participantes, a fim de assegurar que os serviços públicos que lhes incumbem sejam prestados com o propósito de alcançar os objetivos que têm em comum;

2. a implementação dessa cooperação seja regida unicamente por considerações de interesse público e

3. as autoridades adjudicantes realizem no mercado menos de 20 % das atividades abrangidas pela cooperação a que se refere o ponto 1.»

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

11 O *Land* de Berlim, que dispõe do maior corpo de bombeiros profissionais da Alemanha, utiliza o *software* «IGNIS Plus» que adquiriu por contrato à Sopra Steria Consulting GmbH para gerir as intervenções dos bombeiros. Esse contrato permite-lhe, nomeadamente, transmitir gratuitamente o referido *software* a outras autoridades encarregadas da segurança.

12 Na Alemanha, em conformidade com as decisões ditas de «Kiel», de 1979, que fixam os princípios da troca de *softwares* entre entidades da Administração Pública, a transmissão gratuita de um *software* de uma autarquia pública para outra não é considerada adjudicação de um contrato que deva ser objeto de concurso público. Com efeito, resulta do princípio da reciprocidade geral que os desenvolvimentos de *software* cuja comercialização pelos poderes públicos está excluída são transmitidos gratuitamente entre entidades da Administração Pública, uma vez que não estão em concorrência umas com as outras.

13 Em 10 de setembro de 2017, a cidade de Colónia e o *Land* de Berlim celebraram, ao abrigo dessas decisões, um contrato de disponibilização gratuita e permanente do *software* «IGNIS Plus» (a seguir «contrato de disponibilização do *software*»), que estipula, nomeadamente:

«1. Objeto do contrato

As presentes condições regulam a disponibilização permanente e a utilização do *software* individualizado "IGNIS Plus". A entidade que disponibiliza o *software* dispõe dos direitos sobre ele.

O *software* individualizado "IGNIS Plus" é o *software* de coordenação operativa do cedente para o registo, disposição e seguimento de intervenções do corpo de bombeiros em atividades de extinção de incêndios, assistência técnica, pronto-socorro e proteção civil. […]

2. Natureza e alcance da prestação

2.1. O cedente fornece ao cessionário o *software* individualizado "IGNIS Plus" em conformidade com o estipulado no contrato de cooperação.

[…]

4. Contrapartida da disponibilização

O *software* individualizado "IGNIS Plus" é fornecido a título gratuito para utilização como *software* de coordenação operativa […]»

14 No mesmo dia, a cidade de Colónia e o *Land* de Berlim celebraram igualmente um contrato de cooperação para esse *software* (a seguir «contrato de cooperação»), destinado, nomeadamente, a adaptar o referido *software* às necessidades do parceiro e a colocá-lo concretamente à sua disposição através do aditamento de novas funcionalidades técnicas sob a forma de «módulos técnicos complementares e acrescentados» que serão propostos gratuitamente aos parceiros da cooperação.

15 O acordo de cooperação estipula, em especial:

«Cláusula 1 — Objetivo da cooperação

[…] Os parceiros acordam constituir uma parceria equitativa e, se necessário, num espírito de compromisso para adaptar o *software* às necessidades respetivas do parceiro e colocá-lo à sua disposição. […]

Cláusula 2 — Definição do objetivo da cooperação

O objetivo da cooperação entre os parceiros é instalar o *software* de coordenação operativa "IGNIS Plus" como sistema de gestão de dados nos centros operacionais de bombeiros. O sistema de *software* poderá ser ampliado para incluir outras funcionalidades técnicas como módulos e ser fornecido a outros parceiros de cooperação para utilização gratuita.

[…]

Cláusula 5 — Configuração da cooperação

[…] O *software* de base é cedido de forma gratuita. Os módulos complementares e de desenvolvimento serão fornecidos gratuitamente aos parceiros de cooperação.

A adaptação do *software* de base e dos módulos a sequências individuais de processo deve ser encomendada e financiada individualmente.

[…] O [contrato] de cooperação só é vinculativo conjuntamente com o contrato [de disponibilização do *software*].»

16 A ISE, que concebe e vende *software* de gestão das intervenções para as autoridades de segurança, moveu um processo na Vergabekammer Rheinland (Câmara dos Contratos Públicos da Renânia, Alemanha) pedindo que o contrato de disponibilização do *software* e o contrato de cooperação fossem invalidados por desrespeito da regulamentação dos contratos públicos. Segundo a ISE, a participação da cidade de Colónia no desenvolvimento posterior do *software* «IGNIS Plus» posto gratuitamente à sua disposição constitui uma vantagem financeira para o *Land* de Berlim suficiente para esses contratos terem caráter oneroso.

17 Por Decisão de 20 de março de 2018, a Vergabekammer Rheinland (Câmara dos Contratos Públicos da Renânia) julgou o processo inadmissível com o fundamento de os referidos contratos não constituírem um contrato público, tendo em conta a sua falta de caráter oneroso. Em especial, não existe um nexo sinalagmático entre a prestação e a contrapartida no âmbito da cooperação em causa.

18 A ISE recorreu dessa decisão para o órgão jurisdicional de reenvio, o Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Regional Superior de Dusseldórfia, Alemanha). Reafirma que o contrato de cooperação é um contrato a título oneroso na medida em que o *Land* de Berlim pretende retirar uma vantagem financeira da disponibilização do *software* em causa no processo principal, estando a cidade de Colónia obrigada a disponibilizar-lhe gratuitamente os módulos complementares ou acrescentados desse *software* que tiver desenvolvido. A ISE acusa igualmente a Vergabekammer Rheinland (Câmara de Contratos Públicos da Renânia) de erradamente não ter considerado que o facto de obter o *software* de base implica a adjudicação de contratos posteriores ao fabricante, uma vez que só ele estará em condições de o adaptar, bem como de assegurar a sua manutenção.

19 A cidade de Colónia defende a confirmação da decisão desse órgão jurisdicional, alegando ainda que, se o contrato de cooperação fosse considerado um contrato a título oneroso, constituiria uma cooperação entre entidades adjudicantes e, por conseguinte, não estaria abrangido pelo direito dos contratos públicos, em conformidade com o artigo 108.º, n.º 6, da Lei contra as Restrições da Concorrência.

20 Tendo dúvidas quanto ao acerto da decisão da Vergabekammer Rheinland (Câmara de Contratos Públicos da Renânia), o órgão jurisdicional de reenvio considera necessário interrogar o Tribunal de Justiça sobre a interpretação da Diretiva 2014/24.

21 A primeira questão prejudicial visa assim determinar se o conceito de «contrato público», na aceção do artigo 2.º, n.º 1, ponto 5, da Diretiva 2014/24, é diferente do de «contrato», referido no artigo 12.º, n.º 4, dessa diretiva. Em caso afirmativo, um contrato sem caráter oneroso poderá, sem constituir um contrato público, ser qualificado de «contrato», na aceção do artigo 12.º, n.º 4, da referida diretiva, e, portanto, escapar às regras de adjudicação de contratos públicos, desde que estejam reunidas as condições referidas nas alíneas a) a c) dessa disposição.

22 Por outro lado, até então, o órgão jurisdicional de reenvio tem considerado, na sua jurisprudência, uma aceção ampla do contrato a título oneroso que caracteriza o contrato público, na aceção do artigo 103.º, n.º 1, da Lei contra as Restrições da Concorrência, ao considerar que qualquer vínculo jurídico entre prestações recíprocas era suficiente. Por conseguinte, embora a disponibilização do *software* «IGNIS Plus» conduza a uma cooperação que só confere direitos se um dos parceiros da cooperação pretender alargar as funcionalidades desse *software*, a proposta de cooperação em causa tem caráter oneroso, apesar da incerteza quanto aos futuros desenvolvimentos do referido *software*.

23 O órgão jurisdicional de reenvio interroga-se, no entanto, sobre se, tendo em conta o Acórdão de 21 de dezembro de 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985), não há que acolher um sentido dos conceitos de «contrato público» e de «contrato a título oneroso», referidos no artigo 2.º, n.º 1, ponto 5, da Diretiva 2014/24, mais restrito do que aquele que até então mantinha e que não englobaria situações como a que está em causa no processo principal.

24 Por último, os contratos adjudicados pela cidade de Colónia para as adaptações e a manutenção do *software* «IGNIS Plus» devem ser considerados contratos a título oneroso. Com efeito, trata-se de acordos contratuais autónomos celebrados com terceiros e separáveis da disponibilização desse *software*.

25 A segunda questão prejudicial diz respeito ao objeto da cooperação entre as entidades adjudicantes mencionada no artigo 12.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24/UE. Comparando as versões de língua alemã, inglesa e francesa dessa diretiva e, tendo em conta o início do considerando 33 dessa diretiva, o órgão jurisdicional de reenvio entende que as atividades auxiliares podem constituir o objeto dessa cooperação, sem que seja necessário que essa cooperação ocorra no momento da prestação dos serviços públicos enquanto tais.

26 A terceira questão prejudicial justifica-se pelo facto de, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (JO 2004, L 134, p. 114), a proibição de tratamento mais favorável de um operador económico ser interpretada no sentido de que uma cooperação horizontal só podia estar excluída do direito dos contratos públicos se nenhuma empresa privada fosse colocada numa situação privilegiada em relação aos seus concorrentes. Ora, o artigo 12.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24 não prevê nenhuma proibição análoga, embora esta seja evocada no considerando 33 dessa diretiva.

27 Neste contexto, o Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Regional Superior de Dusseldórfia) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Constitui um "contrato público", na aceção do artigo 2.º, n.º 1, ponto 5, da Diretiva [2014/24], ou um contrato compreendido [pelo menos no princípio, sem prejuízo do disposto no artigo 12.º, n.º 4, alíneas a) a c)] no âmbito de aplicação desta diretiva no sentido do seu artigo 12.º, n.º 4, uma cessão de *software* estipulada por escrito entre duas entidades da Administração Pública e ligada a um acordo de cooperação, tendo em conta que, embora a entidade cessionária não tenha de pagar um preço nem uma compensação de despesas pelo *software*, o acordo de cooperação ligado à cessão do *software* prevê que cada uma das partes (e, portanto, também a entidade cessionária) deve colocar gratuitamente à disposição da outra parte futuros desenvolvimentos do *software* que possa (sem obrigação a este respeito) vir a criar?

2) [Em caso de resposta afirmativa à primeira questão], [p]or força do artigo 12.º, n.º 4, alínea a), da Diretiva 2014/24/UE, a cooperação entre as autoridades adjudicantes tem de ter por objeto os próprios serviços públicos a prestar aos cidadãos de forma conjunta, ou basta que a cooperação se refira a atividades que contribuem de qualquer modo para os serviços públicos que devem ser prestados, mas não necessariamente de maneira conjunta?

3) A chamada proibição, não escrita, de tratamento mais favorável aplica-se no âmbito do artigo 12.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24[…], e, em caso afirmativo, com que conteúdo?»

Quanto às questões prejudiciais

Quanto à primeira questão

28 Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se a Diretiva 2014/24 deve ser interpretada no sentido de que um acordo que, por um lado, estipula que uma entidade adjudicante disponibilizará gratuitamente a outra entidade adjudicante um *software* e, por outro, está ligado a um acordo de cooperação nos termos do qual cada parte nesse acordo é obrigada

a disponibilizar gratuitamente à outra parte os futuros desenvolvimentos desse *software* que ela possa conceber, constitui um «contrato público», na aceção do artigo 2.º, n.º 1, ponto 5, dessa diretiva ou um «contrato» na aceção do artigo 12.º, n.º 4, dessa diretiva.

29 A título preliminar, há que observar que, referindo-se unicamente ao conceito de «contrato» e não de «contrato público», a redação do artigo 12.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24 poderia sugerir que esses dois conceitos são distintos. Todavia, na realidade, não há que distingui-los.

30 Com efeito, primeiro, o artigo 1.º dessa diretiva, que precisa o seu «objeto e [o seu] âmbito de aplicação», dispõe, no seu n.º 1, que «[a] presente diretiva estabelece as regras aplicáveis aos procedimentos de contratação adotados por autoridades adjudicantes relativamente a contratos públicos e a concursos de conceção cujo valor estimado não seja inferior aos limiares definidos no [seu] artigo 4.º». Daí resulta que a referida diretiva só regula os contratos públicos e os concursos, com exclusão dos contratos que não apresentem o caráter de contrato público.

31 Em segundo lugar, o artigo 2.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24, que define os principais conceitos de que depende a aplicação desta diretiva, não menciona de modo algum o conceito de «contrato» mas apenas o de «contratos públicos», o que sugere que o termo «contrato» constitui apenas uma versão abreviada da expressão «contrato público».

32 Em terceiro lugar, esta interpretação é corroborada pela epígrafe do artigo 12.º da Diretiva 2014/24, que visa os «[c]ontratos públicos entre entidades no setor público». Por conseguinte, a menção de um «contrato» no artigo 12.º, n.º 4, dessa diretiva deve ser entendida no sentido de que remete para o conceito de «contrato público», na aceção do artigo 2.º, n.º 1, ponto 5, da referida diretiva.

33 Quarto, essa interpretação é igualmente confirmada pelos trabalhos preparatórios relativos ao artigo 12.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24. Conforme lembra a Comissão Europeia nas suas observações escritas, enquanto a sua proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa aos contratos públicos, de 20 de dezembro de 2011 [COM(2011) 896 final], incluía um artigo 11.º com a epígrafe «Relações entre autoridades públicas», cujo n.º 4 previa que «[u]m acordo celebrado entre duas ou mais autoridades adjudicantes não é considerado um contrato público na aceção do artigo 2.º, n.º 6, da presente diretiva quando se verificarem cumulativamente as seguintes condições:», o legislador não quis seguir essa proposta. Daí resulta que o artigo 12.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24 não pode ter o efeito de retirar a sua qualidade de contrato público a uma cooperação entre entidades adjudicantes. O seu efeito limita-se unicamente a excluir esse contrato da aplicação das regras de adjudicação normalmente aplicáveis.

34 Quinto, esta interpretação é confirmada pela análise do contexto do artigo 12.º da Diretiva 2014/24. Com efeito, esse artigo está situado na secção 3, com a epígrafe «Exclusões», do capítulo I dessa diretiva. Ora, seria incoerente que o legislador da União tivesse tentado excluir das regras relativas à adjudicação de contratos públicos certos contratos que não constituem contratos públicos. Com efeito, por hipótese, as causas de exclusão ficam sem objeto relativamente a esses contratos.

35 Daqui resulta, por um lado, que a exclusão das regras de adjudicação de contratos públicos pressupõe que o contrato em causa seja um contrato público, na aceção do artigo 2.º, n.º 1, ponto 5, da Diretiva 2014/24 e, por outro, que um contrato público que preencha as condições previstas no artigo 12.º, n.º 4, alíneas a) a c), dessa diretiva conserva a sua natureza jurídica de «contrato público», mesmo que tais regras não lhe sejam aplicáveis.

36 Consequentemente, o conceito de «contrato», referido no artigo 12.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24, confunde-se com o de «contrato público», conforme definido no artigo 2.º, n.º 1, ponto 5, dessa diretiva.

37 Nestas condições, há que determinar se um acordo que, por um lado, prevê que uma entidade adjudicante disponibilize gratuitamente a outra entidade adjudicante um *software* e, por outro, está ligado a um acordo de cooperação nos termos do qual cada parte nesse acordo é obrigada a colocar gratuitamente à disposição da outra parte os futuros desenvolvimentos desse *software* que possa conceber, constitui um «contrato público», na aceção do artigo 2.º, n.º 1, ponto 5, da Diretiva 2014/24.

38 A título preliminar, há que lembrar que, para efeitos da possível qualificação de «contrato público», na aceção dessa disposição, de uma operação que inclui vários atos, essa operação deve ser examinada na sua globalidade e tendo em conta a sua finalidade (v., por analogia, Acórdãos de 10 de novembro de 2005, Comissão/Áustria, C-29/04, EU:C:2005:670, n.º 41, e de 21 de dezembro de 2016, Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985, n.º 37).

39 Nos termos da referida disposição, os «contratos públicos» definem-se como contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais entidades adjudicantes, que têm por objeto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços.

40 Por conseguinte, para ser qualificado de «contrato público», na aceção da referida disposição, um contrato deve ter sido celebrado a título oneroso e, portanto, implicar que a entidade adjudicante que celebra um contrato público receba, ao abrigo desse contrato, mediante uma contrapartida, uma prestação que tenha um interesse económico direto para essa entidade adjudicante. Por outro lado, esse contrato deve ter caráter sinalagmático, o que constitui uma característica essencial de um contrato público (v., por analogia, Acórdão de 21 de dezembro de 2016, Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985, n.º 43).

41 No caso, o caráter oneroso do contrato de disponibilização do *software* e do contrato de cooperação parece depender do caráter sinalagmático da cooperação assim instituída.

42 Na medida em que a cláusula 5.ª, terceiro parágrafo, do contrato de cooperação estipula que esse contrato só é vinculativo «conjuntamente com o contrato de disponibilização do *software*», para apreciar o caráter sinalagmático do conjunto contratual constituído por esses dois contratos, há que ter em conta não só as suas estipulações mas também o ambiente regulamentar em que foram celebrados.

43 Ora, quanto a este último ponto, verifica-se, como indicou a cidade de Colónia, tanto nas suas observações escritas como na audiência, que a legislação alemã relativa à proteção contra incêndios, à assistência técnica e à proteção civil, aos serviços de socorro, às intervenções de urgência e ao transporte em ambulância por empresas obrigam as coletividades territoriais alemãs encarregadas das referidas missões a utilizar o sistema de gestão das intervenções do modo mais otimizado possível e a adaptá-lo permanentemente às necessidades.

44 É a partir desta premissa que o Tribunal de Justiça examinará os termos do conjunto contratual controvertido.

45 A este respeito, tanto os termos do contrato de disponibilização do *software* como os do contrato de cooperação tornam verosímil a existência de uma contrapartida. Embora o artigo 4.º do contrato de cedência indique que a disponibilização desse *software* é «gratuita», resulta da cláusula 1.ª desse contrato que é «permanente». Ora, um contrato de disponibilização de um *software* como o que está em causa no processo principal, que se presume duradouro, será necessariamente levado a conhecer evoluções, a fim de ter em conta, como sublinhou nomeadamente a ISE na audiência, adaptações impostas por novas regulamentações, a evolução da organização do serviço de socorro ou ainda os

progressos tecnológicos. Aliás, segundo as declarações formuladas pela cidade de Colónia na audiência, ocorrem alterações significativas do referido *software* e o acréscimo de módulos complementares três ou quatro vezes por ano.

46 Além disso, como estipulado na cláusula 2.1 do contrato de fornecimento de *software*, o *software* «IGNIS Plus» é disponibilizado «em conformidade com o estipulado no contrato de cooperação», o que sugere que o *Land* de Berlim introduziu uma forma de condicionalidade. Por conseguinte, embora gratuita, a disponibilização do referido *software* não se revela desinteressada.

47 Por outro lado, segundo a cláusula 1.ª do contrato de cooperação, a finalidade desse contrato é instaurar «uma parceria igual e, se necessário, com espírito de compromisso, a fim de adaptar o *software* às necessidades respetivas do parceiro e colocá-lo à sua disposição». A formulação adotada sugere igualmente que as partes se obrigam a fazer evoluir a versão inicial do *software* em causa no processo principal, quando a utilização mais otimizada possível do sistema de gestão das intervenções e a adaptação permanente desse sistema às necessidades exijam essa evolução.

48 Além disso, a cláusula 5.ª do referido contrato estipula que «[a] adaptação do *software* de base e dos módulos aos processos individuais deve ser pedida e financiada de forma autónoma», o que traduz o interesse financeiro do *Land* de Berlim na disponibilização gratuita do referido *software*. Aliás, em resposta a uma questão colocada pelo Tribunal de Justiça na audiência, a cidade de Colónia reconheceu que esse contrato devia permitir a todos os parceiros realizar economias.

49 Por último, no caso de uma das partes contratantes nesse quadro contratual introduzir adaptações ao *software* em causa no processo principal e não as transmitir à outra parte, parece que esta pode resolver o contrato de cooperação, e, se for caso disso, o contrato de disponibilização do *software*, ou mesmo agir judicialmente para reclamar o benefício da adaptação assim efetuada. Verifica-se, assim, que as obrigações decorrentes do contrato público em causa no processo principal são juridicamente vinculativas, podendo a sua execução ser exigida em juízo (Acórdão de 25 de março de 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, n.º 62).

50 Assim, sem prejuízo de verificação pelo órgão jurisdicional de reenvio, resulta destas considerações que o contrato de disponibilização do *software* e o contrato de cooperação têm caráter sinalagmático, na medida em que a disponibilização gratuita do *software* «IGNIS Plus» gera uma obrigação recíproca de desenvolvimento desse *software* quando a utilização mais otimizada possível do sistema de gestão das intervenções e a adaptação permanente desse sistema às necessidades exijam essa evolução, que se concretiza mediante o financiamento de módulos complementares que deverão ser posteriormente colocados à disposição do parceiro.

51 Nestas condições, verifica-se, como salientou, em substância, o advogado-geral nos n.ºs 59 e 62 das suas conclusões, que a atualização do *software* «IGNIS Plus» será inevitável na prática, qualquer que seja o momento em que ocorra, pelo que a contrapartida não depende de uma condição puramente potestativa.

52 Uma vez que a adaptação do *software* em causa no processo principal por um dos parceiros tem interesse financeiro evidente para o outro parceiro, se o órgão jurisdicional de reenvio concluísse pelo caráter sinalagmático do conjunto contratual constituído pelo contrato de disponibilização do *software* e pelo contrato de cooperação, esses contratos deveriam ser considerados celebrados a título oneroso, pelo que as condições de identificação de um contrato público, conforme recordadas no n.º 40 do presente acórdão, estariam preenchidas.

53 Por conseguinte, há que responder à primeira questão que a Diretiva 2014/24 deve ser interpretada no sentido de que um acordo que, por um lado, estipula que uma entidade adjudicante disponibilizará gratuitamente a outra entidade adjudicante um *software* e, por outro, está ligado a um acordo de cooperação nos termos do qual cada parte nesse acordo é obrigada a disponibilizar gratuitamente à

outra parte os futuros desenvolvimentos desse *software* que ela possa conceber, constitui um «contrato público», na aceção do artigo 2.º, n.º 1, ponto 5, dessa diretiva, quando resulte tanto dos termos desses acordos como da regulamentação nacional aplicável que esse *software* em princípio sofrerá adaptações.

Quanto à segunda questão

54 Com a sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 12.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24 deve ser interpretado no sentido de que uma cooperação entre entidades adjudicantes pode ser excluída do âmbito de aplicação das regras de adjudicação de contratos públicos previstas nessa diretiva quando essa cooperação diga respeito a atividades acessórias dos serviços públicos que devem ser prestados, ainda que a título individual, por cada membro da cooperação, desde que essas atividades acessórias contribuam para a realização efetiva dos referidos serviços públicos.

55 Em primeiro lugar, há que determinar se o artigo 12.º, n.º 4, alínea a), da Diretiva 2014/24 autoriza as entidades adjudicantes a instituírem uma cooperação para missões de serviço público que não prestem conjuntamente.

56 Resulta dessa disposição que um contrato público celebrado exclusivamente entre duas ou mais entidades adjudicantes não pertence ao âmbito de aplicação da referida diretiva quando institui ou põe em prática uma cooperação entre as entidades adjudicantes participantes com o objetivo de garantir que os serviços públicos cuja prestação devem assegurar sejam realizados com vista a alcançar os objetivos que têm em comum.

57 Ao fazê-lo, como salientou, em substância, o advogado-geral no n.º 71 das suas conclusões, a referida disposição limita-se a evocar uma comunidade de objetivos, sem exigir a prestação conjunta de um mesmo serviço público. Com efeito, como resulta do considerando 33, primeiro parágrafo, da Diretiva 2014/24, «[o]s serviços prestados pelas diferentes autoridades participantes [nessa cooperação] não têm de ser necessariamente idênticos, podendo ser também complementares». Não é, portanto, indispensável que a atividade de serviço público seja assegurada em comum pelas entidades públicas que participam na cooperação.

58 Daí resulta que o artigo 12.º, n.º 4, alínea a), da Diretiva 2014/24 deve ser interpretado no sentido de que autoriza indiferentemente as entidades adjudicantes participantes a assegurarem, tanto em conjunto como individualmente, uma missão de serviço público, desde que a sua cooperação permita alcançar os objetivos que têm em comum.

59 Em segundo lugar, decorre do artigo 12.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24, conjugado com o considerando 33, primeiro parágrafo, desta diretiva, que uma cooperação entre pessoas públicas pode abranger todos os tipos de atividades ligadas à execução de serviços e ao exercício de responsabilidades confiadas às entidades adjudicantes participantes ou por elas assumidas.

60 Ora, há que observar que a expressão «todos os tipos de atividades» é suscetível de abranger uma atividade acessória de um serviço público, desde que essa atividade acessória contribua para a realização efetiva da missão de serviço público objeto da cooperação entre as entidades adjudicantes participantes. Com efeito, o considerando 33, terceiro parágrafo, da Diretiva 2014/24 prevê que uma cooperação entre autoridades públicas «não requer que todas as autoridades participantes assumam a execução das principais obrigações contratuais, conquanto sejam assumidos compromissos de contribuir para a execução em cooperação do serviço público em causa».

61 Além disso, não é certo que um *software* de acompanhamento das intervenções dos bombeiros na luta contra os incêndios, na assistência técnica, no socorro de urgência e na proteção civil, como o que está em causa no processo principal, que parece ser indispensável à realização dessas missões, possa ser reduzido à categoria de atividade puramente acessória, o que incumbe, todavia, ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.

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

Quanto à terceira questão

63 Com a sua terceira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, por um lado, se o artigo 12.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24, conjugado com o considerando 33 e com o artigo 18.º, n.º 1, dessa diretiva, deve ser interpretado no sentido de que uma cooperação entre entidades adjudicantes não pode ter por efeito, de acordo com o princípio da igualdade de tratamento, colocar uma empresa privada numa situação privilegiada em relação aos seus concorrentes e, por outro, qual é o teor desse princípio.

64 Como acertadamente refere o órgão jurisdicional de reenvio, decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à Diretiva 2004/18 que as regras do direito da União em matéria de contratos públicos não eram aplicáveis aos contratos que instituíssem uma cooperação entre entidades públicas com o objetivo de assegurar a realização de uma missão de serviço público comum a essas entidades, desde que esses contratos fossem celebrados exclusivamente por entidades públicas, sem a participação de uma parte privada, nenhum prestador privado ficasse numa situação privilegiada em relação aos seus concorrentes e essa cooperação se regesse unicamente por considerações e exigências próprias da prossecução de objetivos de interesse público. Esses contratos só podiam sair do âmbito de aplicação do Direito da União em matéria de contratos públicos se preenchessem cumulativamente todos esses critérios (v., neste sentido, Acórdãos de 19 de dezembro de 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e o., C-159/11, EU:C:2012:817, n.ºs 34 a 36, e de 13 de junho de 2013, Piepenbrock, C-386/11, EU:C:2013:385, n.ºs 36 a 38).

65 Embora a proibição de as entidades adjudicantes participantes numa cooperação tratarem mais favoravelmente uma empresa privada em relação aos seus concorrentes não seja mencionada no artigo 12.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24, o legislador da União não pretendeu de modo algum afastar-se da jurisprudência do Tribunal de Justiça referida no número anterior.

66 Primeiro, embora refira a existência de uma «uma considerável insegurança jurídica quanto a saber em que medida os contratos celebrados entre entidades do setor público deverão estar sujeitos às regras da contratação pública» e, por conseguinte, a necessidade de fornecer precisões a este respeito, a Diretiva 2014/24 enuncia, no seu considerando 31, que essas precisões devem basear-se nos princípios enunciados na jurisprudência relevante do Tribunal de Justiça. Daí resulta que o legislador da União não pretendeu pôr em causa, nesse ponto, a jurisprudência do Tribunal de Justiça.

67 Em segundo lugar, resulta do considerando 33, segundo parágrafo, dessa diretiva que os contratos relativos à prestação conjunta de serviços públicos não devem estar sujeitos à aplicação das regras estabelecidas na referida diretiva, desde que sejam celebrados exclusivamente entre entidades adjudicantes, a execução dessa cooperação só obedeça a considerações de interesse público e nenhum

prestador privado de serviços seja colocado numa situação privilegiada relativamente aos seus concorrentes, o que corresponde, em substância, ao estado da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao artigo 1.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2004/18 e referida no n.º 64 do presente acórdão.

68 Em terceiro lugar e de qualquer forma, na medida em que uma cooperação entre entidades adjudicantes que preencham os requisitos estabelecidos no artigo 12.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24 conserva a sua qualificação de «contrato público» na aceção do artigo 2.º, n.º 1, ponto 5, dessa diretiva, como resulta da resposta dada à primeira questão, o artigo 18.º da referida diretiva, que enuncia os princípios da adjudicação de contratos públicos, é aplicável a este tipo de cooperação.

69 Ora, nos termos do artigo 18.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24, por um lado, as entidades adjudicantes devem tratar os operadores económicos em pé de igualdade e sem discriminação e agir de forma transparente e proporcionada e, por outro, um contrato não pode ser concebido com a intenção de o subtrair ao âmbito de aplicação dessa diretiva ou de limitar artificialmente a concorrência, sendo esta considerada artificialmente limitada quando um contrato é concebido com a intenção de favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores económicos.

70 Assim, por mais lamentável que seja, em especial à luz do princípio da segurança jurídica, que constitui um princípio fundamental do direito da União e que exige, nomeadamente, que uma regulamentação seja clara e precisa, a fim de os destinatários do direito poderem conhecer sem ambiguidade os seus direitos e obrigações e agir em conformidade (Acórdãos de 9 de julho de 1981, Gondrand e Garancini, 169/80, EU:C:1981:171, n.º 17; de 13 de fevereiro de 1996, Van Es Douane Agenten, C-143/93, EU:C:1996:45, n.º 27, e de 14 de abril de 2005, Bélgica/Comissão, C-110/03, EU:C:2005:223, n.º 30), o facto de o artigo 12.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24 não mencionar que um prestador privado não deve, no âmbito de uma cooperação entre entidades adjudicantes, ser colocado numa situação privilegiada relativamente aos seus concorrentes, não pode ser determinante.

71 No caso, o *Land* de Berlim adquiriu à Sopra Steria Consulting o *software* «IGNIS Plus», antes de o transmitir gratuitamente à cidade de Colónia.

72 Como sustentou a ISE, sem impugnação da cidade de Colónia na audiência realizada no Tribunal de Justiça, a adaptação desse *software* constitui um processo muito complexo cujo valor económico é claramente maior do que o correspondente à aquisição inicial do *software* de base. Assim, segundo a ISE, a cidade de Colónia já tinha estimado desde logo as despesas de adaptação do referido *software* em dois milhões de euros, ao passo que o *Land* de Berlim publicou um anúncio de pré-informação no *Jornal Oficial da União Europeia* com vista a desenvolver o *software* «IGNIS Plus» no montante de 3,5 milhões de euros. Por conseguinte, segundo a ISE, o interesse económico não se situa na aquisição ou na venda do *software* de base, mas sim a jusante, na fase da adaptação, da manutenção, cujo custo se elevaria a 100 000 EUR por ano, e do desenvolvimento desse *software*.

73 Ora, a ISE considera que, na prática, os mercados da adaptação, da manutenção e do desenvolvimento do *software* de base são exclusivamente reservados ao editor desse *software*, na medida em que o seu desenvolvimento necessita de dispor não apenas do código-fonte do referido *software*, mas também de outros conhecimentos relativos ao desenvolvimento desse código-fonte.

74 A este respeito, importa sublinhar que, quando pretende organizar um processo de adjudicação de contratos públicos com vista a assegurar a manutenção, a adaptação ou o desenvolvimento de um *software* adquirido a um operador económico, uma entidade adjudicante deve ter o cuidado de comunicar informações suficientes aos candidatos e potenciais proponentes, a fim de permitir o desenvolvimento de uma concorrência efetiva no mercado derivado da manutenção, da adaptação ou do desenvolvimento do referido *software*.

75 No caso, para assegurar o respeito dos princípios da adjudicação dos contratos públicos, conforme enunciados no artigo 18.º da Diretiva 2014/24, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, primeiro, se tanto o *Land* de Berlim como a cidade de Colónia dispõem do código-fonte do *software* «IGNIS Plus», segundo, se, no caso de organizarem um processo de adjudicação de contratos públicos destinado a assegurar a manutenção, a adaptação ou o desenvolvimento desse *software*, essas entidades adjudicantes comunicam esse código-fonte aos potenciais candidatos e proponentes e, terceiro, se o acesso unicamente a esse código fonte basta para garantir que os operadores económicos interessados na adjudicação desse contrato serão tratados de forma transparente, igualitária e não discriminatória.

76 Em face destas considerações, há que responder à terceira questão que o artigo 12.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24, conjugado com o considerando 33, segundo parágrafo, e com o artigo 18.º, n.º 1, da mesma diretiva, deve ser interpretado no sentido de que uma cooperação entre entidades adjudicantes não pode ter por efeito, de acordo com o princípio da igualdade de tratamento, colocar uma empresa privada numa situação privilegiada em relação aos seus concorrentes.

Quanto às despesas

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

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

1) **A Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE, deve ser interpretada no sentido de que um acordo que, por um lado, estipula que uma entidade adjudicante disponibilizará gratuitamente a outra entidade adjudicante um software e, por outro, está ligado a um acordo de cooperação nos termos do qual cada parte nesse acordo é obrigada a disponibilizar gratuitamente à outra parte os futuros desenvolvimentos desse software que ela possa conceber, constitui um «contrato público», na aceção do artigo 2.º, n.º 1, ponto 5, dessa diretiva, quando resulte tanto dos termos desses acordos como da regulamentação nacional aplicável que esse software em princípio sofrerá adaptações.**

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

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

Assinaturas