Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção)

3 de outubro de 2019*

«Reenvio prejudicial — Contratos públicos — Diretiva 2014/24/UE — Artigo 12.º, n.º 1 — Aplicação no tempo — Liberdade dos Estados-Membros quanto à escolha da forma de prestação de serviços — Limites — Contratos públicos objeto de uma adjudicação dita "in house" — Transação interna — Sobreposição de um contrato público e de uma transação interna»

No processo C-285/18,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Supremo Tribunal da Lituânia), por Decisão de 13 de abril de 2018, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 25 de abril de 2018, no processo instaurado por

Kauno miesto savivaldybė,

Kauno miesto savivaldybės administracija,

sendo intervenientes:

UAB «Irgita»,

UAB «Kauno švara»,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção),

composto por: M. Vilaras, presidente de secção, K. Jürimäe, D. Šváby (relator), S. Rodin e N. Piçarra, juízes,

advogado-geral: G. Hogan,

secretário: A. Calot Escobar,

vistos os autos,

vistas as observações apresentadas:

– em representação da Kauno miesto savivaldybės administracija, inicialmente por L. Ziferman, advokatė, M. Dobilas e A. Mikočiūnienė, advokato padėjėjai, e, em seguida, por K. Kačerauskas, V. Vaitkutė Pavan advokatai, e A. Mikočiūnienė, advokato padėjėja,

– em representação da UAB «Irgita», por D. Pakėnas, advokatas,

– em representação da UAB «Kauno švara», por V. Masiulis, advokatas,

* Língua do processo: lituano.

– em representação do Governo lituano, por K. Dieninis, R. Butvydytė, J. Prasauskienė e R. Krasuckaitė, na qualidade de agentes,

– em representação do Governo estónio, por N. Grünberg, na qualidade de agente,

– em representação do Governo polaco, por B. Majczyna, na qualidade de agente,

– em representação da Comissão Europeia, por S. L. Kalėda, P. Ondrůšek e L. Haasbeek, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 7 de maio de 2019,

profere o presente

Acórdão

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do artigo 1.º, n.º 2, alínea a), e do artigo 2.º da 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), dos artigos 1.º, 12.º e 18.º 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 (JO 2014, L 94, p. 65), dos artigos 18.º, 49.º, 56.º e 106.º TFUE, e do artigo 36.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»).

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um processo iniciado pelo Kauno miesto savivaldybė (Município da cidade de Kaunas, Lituânia) (a seguir «cidade de Kaunas») e pela Kauno miesto savivaldybės administracija (Administração municipal da cidade de Kaunas, a seguir «autoridade adjudicante») a propósito da celebração, entre a UAB «Kauno švara» e a autoridade adjudicante, de um contrato de prestação de serviços.

Quadro jurídico

Direito da União

3 Os considerandos 1, 2, 5, 7, 31 e 32 da Diretiva 2014/24 enunciam:

«(1) A adjudicação de contratos públicos pelas administrações dos Estados-Membros ou por conta destas deve respeitar os princípios do Tratado [FUE], designadamente os princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, bem como os princípios deles decorrentes, como os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência. Contudo, no que se refere aos contratos públicos que ultrapassem um determinado valor, deverão ser estabelecidas disposições que coordenem os procedimentos nacionais de contratação pública, a fim de garantir que esses princípios produzam efeitos práticos e os contratos públicos sejam abertos à concorrência.

(2) A contratação pública desempenha um papel fundamental na Estratégia Europa 2020, estabelecida na Comunicação da Comissão, de 3 de março de 2010, intitulada "Europa 2020, uma estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo" […], como um dos instrumentos de mercado a utilizar para alcançar um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, assegurando simultaneamente a utilização mais eficiente dos fundos públicos. Para o efeito, as regras de

contratação pública, adotadas nos termos da Diretiva 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 setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (JO 2004, L 134, p. 1)] e da Diretiva [2004/18] deverão ser revistas e modernizadas a fim de aumentar a eficiência da despesa pública, em particular facilitando a participação das pequenas e médias empresas (PME) na contratação pública, e de permitir que os adquirentes utilizem melhor os contratos públicos para apoiar objetivos sociais comuns. É igualmente necessário esclarecer noções e conceitos básicos para garantir a segurança jurídica e incorporar alguns aspetos da jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia neste domínio.

[…]

(5) Recorde-se que nada na presente diretiva obriga os Estados-Membros a confiar a terceiros, mediante contrato, ou a externalizar a prestação de serviços que pretendam eles próprios prestar ou organizar por meios diferentes dos contratos públicos na aceção da presente diretiva. […]

[…]

(7) Recorde-se, por último, que a presente diretiva não prejudica a liberdade de as autoridades nacionais, regionais e locais definirem, de acordo com o direito da União, os serviços de interesse económico geral, o respetivo âmbito e as características do serviço a prestar, incluindo condições relativas à sua qualidade, de modo a prosseguir os objetivos de política pública do serviço em causa. A presente diretiva tampouco deverá prejudicar a competência das autoridades nacionais, regionais e locais para prestar, mandar executar e financiar serviços de interesse económico geral, nos termos do artigo 14.º [TFUE] e do Protocolo n.º 26 relativo aos serviços de interesse geral anexo ao Tratado [FUE] e ao Tratado [UE]. Além disso, a presente diretiva não diz respeito ao financiamento de serviços de interesse económico geral nem aos regimes de auxílio concedidos pelos Estados-Membros, em particular nos domínios da assistência social, respeitando as normas da União [Europeia] em matéria de concorrência.

[…]

(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 da União Europeia 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.

(32) Os contratos públicos adjudicados a pessoas coletivas controladas não deverão ficar sujeitos à aplicação dos procedimentos previstos na presente diretiva se a autoridade adjudicante exercer sobre a pessoa coletiva em causa um controlo semelhante ao que exerce sobre os seus próprios serviços, desde que a pessoa coletiva controlada realize mais de 80 % das suas atividades no

cumprimento de funções que lhe tenham sido confiadas pela autoridade adjudicante controladora ou por outras pessoas coletivas controladas por essa autoridade adjudicante, independentemente do beneficiário da execução do contrato.

[…]»

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

«A presente diretiva não afeta a liberdade de os Estados-Membros definirem, em conformidade com o direito da União, o que entendem por serviços de interesse económico geral, o modo como esses serviços devem ser organizados e financiados, em conformidade com as regras em matéria de auxílios estatais, e as obrigações específicas a que devem estar sujeitos. A presente diretiva também não afeta a faculdade de as autoridades públicas decidirem se, como e em que medida desejam elas próprias desempenhar funções públicas, nos termos do artigo 14.º [TFUE] e do Protocolo n.º 26.»

5 O artigo 12.º da referida diretiva, que se refere aos «[c]ontratos públicos entre entidades no setor público», prevê, no seu n.º 1:

«Um contrato público adjudicado por uma autoridade adjudicante a outra pessoa coletiva de direito privado ou público fica excluído do âmbito da presente diretiva quando estiverem preenchidas todas as seguintes condições:

a) A autoridade adjudicante exerce sobre a pessoa coletiva em causa um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços;

b) Mais de 80 % das atividades da pessoa coletiva controlada são realizadas no desempenho de funções que lhe foram confiadas pela autoridade adjudicante que a controla ou por outras pessoas coletivas controladas pela referida autoridade adjudicante; e

c) Não há participação direta de capital privado na pessoa coletiva controlada, com exceção das formas de participação de capital privado sem poderes de controlo e sem bloqueio exigidas pelas disposições legislativas nacionais, em conformidade com os Tratados, e que não exercem influência decisiva na pessoa coletiva controlada.

[…]»

6 Nos termos do artigo 18.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24, sob a epígrafe «Princípios da contratação»:

«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.»

7 De acordo com o seu artigo 91.º, primeiro parágrafo, a Diretiva 2014/24 revogou a Diretiva 2004/18 com efeitos a partir de 18 de abril de 2016.

Direito lituano

8 Segundo o artigo 10.º, n.º 5, da Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (Lei Lituana relativa aos Contratos Públicos, a seguir «Lei dos Contratos Públicos»), na sua versão em vigor de 1 de janeiro de 2014 a 1 de julho de 2017, uma transação interna «só pod[ia] [t]er início […] após obtenção da autorização da Entidade Reguladora dos Contratos Públicos».

9 Na sua versão em vigor desde 1 de julho de 2017, o artigo 10.º da Lei dos Contratos Públicos prevê:

«1. Os requisitos da presente lei não se aplicam a transações internas celebradas entre uma autoridade adjudicante e outra autoridade adjudicante, se se verificarem sem exceção todas as condições seguintes:

1) A autoridade adjudicante exerce, sobre a outra entidade adjudicante, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços ou órgãos, exercendo uma influência decisiva nos seus objetivos estratégicos e nas suas decisões significativas, incluindo as decisões em matéria de investimentos a longo prazo, cessão, locação, garantia, hipoteca; aquisição ou cessão de participações noutras entidades económicas; cessão da gestão de um setor de outra entidade. Esse controlo pode ser igualmente exercido por outra pessoa coletiva, que, por sua vez, é controlada da mesma forma pela autoridade adjudicante.

2) Mais de 80 % das receitas médias das vendas da autoridade adjudicante controlada nos últimos três exercícios financeiros provêm de contratos, celebrados com a autoridade adjudicante controladora ou com entidades jurídicas que esta controla, destinados a satisfazer as necessidades dessa ou dessas entidades ou a permitir a essa entidade ou entidades exercer as respetivas funções. Se a autoridade adjudicante controlada exercer a sua atividade há menos de três anos, os seus resultados devem ser estimados em função do seu plano de atividade.

3) Não há qualquer participação direta privada no capital da autoridade adjudicante controlada.

2. Uma transação interna só pode ser celebrada excecionalmente, se se verificarem as condições estabelecidas no n.º 1 deste artigo e não puder ser garantida a continuidade, a boa qualidade e a disponibilidade dos serviços se os mesmos forem adquiridos através de procedimentos de adjudicação de contratos públicos.

[…]

5. As empresas públicas, as sociedades anónimas e as sociedades por quotas em que as ações detidas pelo Estado confiram mais de metade dos votos na assembleia-geral de acionistas não podem celebrar quaisquer transações internas.»

10 O artigo 4.º da Lietuvos Respublikos konkurencijos istatymas (Lei Lituana relativa à Concorrência), de 23 de março de 1999 (Žin., 1999, n.º 30-856, a seguir «Lei da Concorrência»), dispõe:

«1. Os órgãos da Administração Pública, quando prosseguem as suas atribuições relativas à regulação das atividades económicas na República da Lituânia, devem assegurar uma concorrência livre e leal.

2. Os órgãos da Administração Pública são proibidos de aprovar atos legislativos ou outras decisões que concedam privilégios ou discriminem operadores económicos individuais e que deem ou possam dar origem a diferenças nas condições de concorrência dos operadores económicos que concorrem num mercado relevante, exceto se não for possível evitar as diferenças nas condições de concorrência ao cumprir o disposto na legislação.»

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

11 Em 7 de fevereiro de 2014, a autoridade adjudicante publicou um anúncio de concurso para a prestação de serviços de manutenção e gestão de plantações, florestas e parques florestais na cidade de Kaunas.

12 Esse contrato, composto de três partes, foi adjudicado na íntegra à Irgita e, nomeadamente, deu origem à assinatura, em 18 de março de 2014, de um contrato para a prestação de serviços de ceifa com duração de três anos, ou seja, até 18 de março de 2017.

13 Esse contrato previa o volume máximo de serviços que podiam ser pedidos à Irgita. No entanto, a autoridade adjudicante não se comprometia a encomendar todos os serviços nem todo o volume dos serviços previstos no referido contrato. Além disso, a autoridade adjudicante devia pagar à Irgita apenas pelos serviços efetivamente prestados, em conformidade com as tarifas previstas no mesmo contrato.

14 Em 1 de abril de 2016, a autoridade adjudicante solicitou a autorização da Viešųjų pirkimų tarnyba (Entidade Reguladora dos Contratos Públicos, Lituânia) para celebrar uma transação interna com a Kauno švara para a prestação de serviços análogos, em substância, aos que tinham sido adjudicados à Irgita por contrato de 18 de março de 2014.

15 A Kauno švara, que tem personalidade jurídica, é controlada pela autoridade adjudicante que detém a totalidade do seu capital. Além disso, em 2015, 90,07 % do seu volume de negócios foi realizado no exercício da sua atividade em benefício exclusivo da autoridade adjudicante.

16 Em 20 de abril de 2016, a Entidade Reguladora dos Contratos Públicos autorizou a celebração de um contrato entre a Kauno švara e a autoridade adjudicante para a prestação dos serviços em causa, impondo que esta última avaliasse, antes da celebração do referido contrato, a possibilidade de obter esses serviços através da organização de um processo de concurso público. Em todo o caso, a autoridade adjudicante devia cumprir o artigo 4.º, n.º 2, da Lei da Concorrência.

17 Em 3 de maio de 2016, a cidade de Kaunas decidiu celebrar um contrato de prestação de serviços de ceifa com a Kauno švara e estabeleceu as tarifas dos serviços a prestar (a seguir «decisão controvertida»).

18 Em 19 de maio de 2016, a autoridade adjudicante e a Kauno švara celebraram o referido contrato (a seguir «contrato controvertido»). Esse contrato, cuja duração foi fixada em cinco anos, previa, nomeadamente, que as encomendas de serviços dependeriam das necessidades da autoridade adjudicante, que os serviços seriam pagos em conformidade com as tarifas previstas no contrato e que o termo deste poderia ser prorrogado.

19 Em 20 de maio de 2016, a Irgita intentou uma ação, no órgão jurisdicional lituano de primeira instância competente, contra a decisão controvertida e o contrato controvertido. No âmbito dessa ação, alegou que, tendo em conta o contrato de 18 de março de 2014 celebrado entre ela e a autoridade adjudicante, esta última não podia celebrar o contrato controvertido.

20 Após ter sido vencida em primeira instância, a Irgita obteve ganho de causa no Lietuvos apeliacinis teismas (Tribunal de Recurso da Lituânia), que, por decisão de 4 de outubro de 2017, anulou a decisão controvertida e declarou o contrato controvertido nulo.

21 O referido órgão jurisdicional salientou que o direito de celebrar uma transação interna, previsto no artigo 10.º, n.º 5, da Lei dos Contratos Públicos, na sua versão em vigor de 1 de julho de 2014 a 1 de julho de 2017, não pode derrogar as proibições de prejudicar a concorrência entre os operadores económicos, de conceder privilégios a um deles e de discriminar os outros, conforme enunciadas no

artigo 4.º, n.º 2, da Lei da Concorrência. Por conseguinte, o contrato controvertido é ilegal, nomeadamente por ter dado origem a uma diminuição do volume de encomendas de serviços à Irgita e por, ao celebrar uma transação interna sem necessidade objetiva, a autoridade adjudicante ter concedido à empresa que estava sob o seu controlo privilégios suscetíveis de falsear as condições de concorrência entre operadores económicos no mercado da manutenção das zonas arborizadas da cidade de Kaunas.

22 No âmbito do recurso de cassação interposto pela cidade de Kaunas e pela autoridade adjudicante, o Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Supremo Tribunal da Lituânia) salienta, por um lado, que o contrato controvertido é claramente uma transação interna e, por outro, que o processo principal suscita a questão geral da relação entre as transações internas e o respeito do princípio da livre concorrência entre operadores independentes.

23 Observa, por outro lado, que, desde o final de 2011 até meados de 2015, foi jurisprudência assente do Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas (Supremo Tribunal Administrativo da Lituânia) que as transações internas que cumpriam os critérios estabelecidos no Acórdão de 18 de novembro de 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), eram legais. No entanto, a partir de meados de 2015, tendo em conta nomeadamente dois despachos do Lietuvos Respublikos Konstitucinis Teismas (Tribunal Constitucional da República da Lituânia), o Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas (Supremo Tribunal Administrativo da Lituânia) subordinou a legalidade das transações internas não só ao cumprimento dos critérios estabelecidos no Acórdão de 18 de novembro de 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), mas também a outros critérios de apreciação decorrentes nomeadamente da Lei da Concorrência. Entre esses critérios figuram nomeadamente a continuidade, a boa qualidade e a disponibilidade do serviço, bem como as repercussões da transação interna pretendida, por um lado, na igualdade de tratamento dos outros operadores económicos e, por outro, na capacidade destes últimos de concorrerem para prestar os serviços em causa.

24 O órgão jurisdicional de reenvio entende que o conceito de «transação interna» constitui um conceito autónomo, próprio do direito da União, na medida em que, à luz do Acórdão de 18 de novembro de 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), parece decorrer do conceito geral de «contrato público». Ora, uma vez que a definição deste conceito não contém nenhuma remissão expressa para o direito dos Estados-Membros, o referido conceito pertence ao direito da União, como resulta do Acórdão de 18 de janeiro de 2007, Auroux e o. (C-220/05, EU:C:2007:31).

25 Além disso, resulta do artigo 12.º da Diretiva 2014/24, lido à luz dos considerandos 2, 31 e 32 desta diretiva, que a legalidade de uma transação interna na aceção deste artigo depende exclusivamente das condições estabelecidas no Acórdão de 18 de novembro de 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), o que exclui a tomada em consideração de outros elementos e sugere que a Diretiva 2014/24 procede a uma harmonização estrita das transações internas.

26 O órgão jurisdicional de reenvio não exclui, no entanto, a possibilidade de os Estados-Membros conservarem uma certa margem de apreciação. A este respeito, nos termos do artigo 1.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24, esta não afeta a liberdade de os Estados-Membros definirem, em conformidade com o direito da União, o que entendem por «serviços de interesse económico geral», o modo como esses serviços devem ser organizados e financiados, em conformidade com as regras em matéria de auxílios estatais, bem como as obrigações específicas a que devem estar sujeitos. Esta diretiva também não afeta a faculdade de as autoridades públicas decidirem se e segundo que modalidades desejam elas próprias desempenhar funções públicas, nos termos do artigo 14.º TFUE e do Protocolo n.º 26. O artigo 36.º da Carta prevê igualmente que a União reconhece e respeita o acesso a serviços de interesse económico geral tal como previsto nas legislações e práticas nacionais, de acordo com os Tratados, a fim de promover a coesão social e territorial da União.

27 Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, os Estados-Membros devem poder subordinar a possibilidade de recorrer a uma transação interna ao cumprimento de requisitos de clareza, de previsibilidade e de proteção da expectativa legítima em particular, sob reserva de esses requisitos estarem claramente previstos na sua legislação e de não resultarem unicamente da jurisprudência.

28 Além disso, mesmo na hipótese de os órgãos jurisdicionais nacionais poderem prever restrições à realização de transações internas, o órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas quanto ao bem-fundado dessas restrições. Com efeito, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, o raciocínio do Lietuvos apeliacinis teismas (Tribunal de Recurso da Lituânia) levaria a pôr em causa o direito da autoridade adjudicante de realizar uma transação interna que cumpre os critérios estabelecidos no Acórdão de 18 de novembro de 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), uma vez que outros operadores económicos além da empresa controlada estão em condições de prestar os serviços em causa.

29 Foi neste contexto que o Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Supremo Tribunal da Lituânia) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Atendendo às circunstâncias do caso vertente, a transação interna é abrangida pela Diretiva 2004/18 ou pela Diretiva 2014/24 […] se os procedimentos para a celebração da transação interna controvertida, designadamente o procedimento administrativo, tiverem tido início numa data em que a Diretiva 2004/18 ainda estava em vigor, mas o contrato propriamente dito tiver sido celebrado em 19 de maio de 2016, quando a Diretiva 2004/18 já não estava em vigor?

2) Admitindo que a transação interna é abrangida pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2004/18:
   a) Atendendo aos Acórdãos do Tribunal de Justiça de 1[8] de novembro de 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), de 18 de janeiro de 2007, Auroux e o. (C-2[2]0/05, EU:C:2007:31), de 6 de abril de 2006, ANAV (C-410/04, EU:C:2006:237), e outros acórdãos, deve o artigo 1.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva (e outras normas dessa diretiva, se for caso disso) ser interpretado no sentido de que o conceito de "transação interna" é abrangido pelo âmbito de aplicação do direito da União, e de que o conteúdo e a aplicação desse conceito não são afetados pela lei nacional dos Estados-Membros, designadamente pelas limitações à celebração dessas transações, por exemplo o requisito de os contratos públicos não poderem garantir a qualidade, a disponibilidade e a continuidade dos serviços a prestar[;]
   b) Em caso de resposta negativa à [segunda] questão[, alínea a)], isto é, se o conceito de "transação interna" for, total ou parcialmente, abrangido pelo âmbito de aplicação do direito nacional dos Estados-Membros, deve a referida norma da Diretiva 2004/18 ser interpretada no sentido de que os Estados-Membros têm o poder discricionário de estabelecer limitações ou requisitos adicionais para a celebração de transações internas (relativamente ao direito da União e à jurisprudência do Tribunal de Justiça que interpreta esse direito), mas só podem exercer esse poder discricionário através de normas de direito positivo, claras e específicas, que regulem a contratação pública?

3) Admitindo que a transação interna é abrangida pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2014/24:
   a) Atendendo aos Acórdãos do Tribunal de Justiça de 1[8] de novembro de 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562), de 18 de janeiro de 2007, Auroux e o. (C-2[2]0/05, EU:C:2007:31), de 6 de abril de 2006, ANAV (C-410/04, EU:C:2006:237), e outros acórdãos, devem os artigos 1.º, n.º 4, e 12.º dessa diretiva e o artigo 36.º da Carta [dos Direitos Fundamentais da União Europeia] (e outras normas desses diplomas, se for caso disso) ser interpretados no sentido de que o conceito de "transação interna" é abrangido pelo âmbito de aplicação do direito da União, e de que o conteúdo e a aplicação desse conceito não são afetados pela lei nacional dos Estados-Membros, designadamente pelas limitações à celebração dessas transações, por exemplo o requisito de os contratos públicos não poderem garantir a qualidade, a disponibilidade e a continuidade dos serviços a prestar[;]

b) Em caso de resposta negativa à [terceira] questão[, alínea a)], isto é, se o conceito de "transação interna" for, total ou parcialmente, abrangido pelo âmbito de aplicação do direito dos Estados-Membros, deve o artigo 12.º da Diretiva 2014/24 ser interpretado no sentido de que os Estados-Membros têm o poder discricionário de estabelecer limitações ou requisitos adicionais para a celebração de transações internas (relativamente ao direito da União e à jurisprudência do Tribunal de Justiça que interpreta esse direito), mas só podem exercer esse poder discricionário através de normas de direito positivo, claras e [precisas], [em matéria de] contratação pública?

4) Independentemente de saber qual a diretiva que abrange a transação interna controvertida, devem os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação dos adjudicatários de contratos públicos e da transparência (artigo 2.º da Diretiva 2004/18 e artigo 18.º da Diretiva 2014/24), a proibição geral de discriminação em razão da nacionalidade (artigo 18.º TFUE), a liberdade de estabelecimento (artigo 49.º TFUE), a livre prestação de serviços (artigo 56.º TFUE), a possibilidade de conceder direitos especiais ou exclusivos a empresas (artigo 106.º TFUE) e a jurisprudência do Tribunal de Justiça (Acórdão[s de 18 de novembro de 1999, Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562; de 6 de abril de 2006, ANAV, C-410/04, EU:C:2006:237; de 10 de setembro de 2009, Sea, C-573/07, EU:C:2009:532; de 8 de dezembro de 2016, Undis Servizi, C-553/15, EU:C:2016:935] e outros) ser interpretados no sentido de que uma transação interna celebrada entre uma [autoridade] adjudicante e uma entidade juridicamente distinta dessa [autoridade] adjudicante, sobre a qual essa [autoridade] adjudicante exerce um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e cuja atividade consiste, principalmente, no exercício de uma atividade a favor da [autoridade] adjudicante, é em si mesma legal, e, em especial, não viola o direito dos outros operadores económicos a uma concorrência leal, não discrimina esses outros operadores e não confere privilégios à entidade controlada que celebrou a transação interna?»

Quanto às questões prejudiciais

Quanto à primeira questão

30 Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se uma situação como a que está em causa no processo principal, em que um contrato público foi adjudicado por uma autoridade adjudicante a uma pessoa coletiva sobre a qual exerce um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, no âmbito de um procedimento iniciado quando a Diretiva 2004/18 ainda estava em vigor e que deu lugar à celebração de um contrato quando a Diretiva 2004/18 já não estava em vigor, é abrangida pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2004/18 ou da Diretiva 2014/24.

31 Como resulta de jurisprudência constante, a diretiva aplicável a um contrato público é, em princípio, a que está em vigor no momento em que a autoridade adjudicante escolhe o tipo de procedimento que vai adotar e em que dirime definitivamente a questão de saber se é obrigado a proceder à abertura prévia de um concurso para a adjudicação de um contrato público (v., nomeadamente, Acórdãos de 10 de julho de 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, n.º 31, e de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, n.º 83).

32 Uma vez que a Diretiva 2004/18 foi, em conformidade com o artigo 91.º, primeiro parágrafo, da Diretiva 2014/24, revogada com efeitos a partir de 18 de abril de 2016, há que examinar se, nessa data, a autoridade adjudicante já tinha tomado, no processo principal, a decisão definitiva de recorrer a uma transação interna.

33 No caso em apreço, resulta da decisão de reenvio que a autoridade adjudicante solicitou, em 1 de abril de 2016, à Entidade Reguladora dos Contratos Públicos a autorização para celebrar a transação interna em causa no processo principal e que essa autorização lhe foi concedida em 20 de abril de 2016, ou seja, quando a Diretiva 2004/18 já não estava em vigor.

34 Por conseguinte, como salientou o advogado-geral no n.º 34 das suas conclusões, uma vez que a Entidade Reguladora dos Contratos Públicos deu a sua autorização posteriormente à revogação da Diretiva 2004/18, a situação em causa no processo principal é necessariamente abrangida pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2014/24.

35 Além disso, na medida em que essa autorização estava subordinada à avaliação da autoridade adjudicante da possibilidade de obter os serviços em causa no processo principal através da organização de um processo normal de concurso público, a autoridade adjudicante não podia ter dirimido definitivamente a questão de saber se era obrigada a proceder à abertura de um concurso prévio à adjudicação do contrato público em causa no processo principal à data de revogação da Diretiva 2004/18, ou seja, em 18 de abril de 2016.

36 Nestas circunstâncias, há que responder à primeira questão que uma situação, como a que está em causa no processo principal, em que um contrato público é adjudicado por uma autoridade adjudicante a uma pessoa coletiva sobre a qual exerce um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, no âmbito de um procedimento iniciado quando a Diretiva 2004/18 ainda estava em vigor e que deu lugar à celebração de um contrato posteriormente à revogação da Diretiva 2004/18, ou seja, em 18 de abril de 2016, é abrangida pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2014/24 quando a autoridade adjudicante tiver dirimido definitivamente a questão de saber se era obrigada a proceder à abertura prévia de um concurso para a adjudicação de um contrato público após essa data.

Quanto à segunda questão

37 Tendo em conta a resposta dada à primeira questão, não é necessário responder à segunda questão.

Quanto à terceira questão, alínea a)

38 A título preliminar, há que salientar que a terceira questão, alínea a), se refere, nomeadamente, ao artigo 1.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24 e ao artigo 36.º da Carta, que são relativos aos «serviços de interesse económico geral».

39 Contudo, uma vez que a decisão de reenvio não contém nenhum elemento suscetível de justificar que a interpretação do conceito de «serviços de interesse económico geral» seja pertinente para a resolução do litígio no processo principal, a mesma não permite ao Tribunal de Justiça dar uma resposta útil à terceira questão, alínea a), na parte em que se refere ao artigo 1.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24 e ao artigo 36.º da Carta.

40 Por conseguinte, há que reformular a terceira questão, alínea a), e considerar que, através desta, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se o artigo 12.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regra nacional pela qual um Estado-Membro sujeita a celebração de transações internas, designadamente, à condição de os contratos públicos não poderem garantir a qualidade, a disponibilidade e a continuidade dos serviços a prestar.

41 Há que salientar, antes de mais, que a Diretiva 2014/24 tem por objeto, como enuncia o seu considerando 1, coordenar os procedimentos nacionais de contratação que ultrapassem um determinado valor.

42 É à luz desta consideração que há que interpretar o artigo 12.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24, nos termos do qual «[u]m contrato público adjudicado por uma autoridade adjudicante a outra pessoa coletiva de direito privado ou público fica excluído do âmbito da presente diretiva quando estiverem preenchidas todas as […] condições [enunciadas nas alíneas a) a c) deste número]».

43 Esta disposição, que se limita, assim, a precisar as condições que uma autoridade adjudicante deve cumprir quando deseja celebrar uma transação interna, apenas tem por efeito habilitar os Estados-Membros a excluir essa transação do âmbito de aplicação da Diretiva 2014/24.

44 Esta disposição não pode, por conseguinte, privar os Estados-Membros da liberdade de privilegiar uma forma de prestação de serviços, de execução de obras ou de abastecimento de fornecimentos em detrimento de outras. Com efeito, essa liberdade implica uma escolha que é feita numa fase anterior à da adjudicação de um contrato público e que não pode, por conseguinte, ser abrangida pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2014/24.

45 A liberdade dos Estados-Membros quanto à escolha da forma de prestação de serviços através da qual as autoridades adjudicantes proverão às suas próprias necessidades decorre igualmente do considerando 5 da Diretiva 2014/24, que enuncia que «nada na presente diretiva obriga os Estados-Membros a confiar a terceiros, mediante contrato, ou a externalizar a prestação de serviços que pretendam eles próprios prestar ou organizar por meios diferentes dos contratos públicos na aceção da presente diretiva», consagrando, dessa forma, a jurisprudência do Tribunal de Justiça anterior à referida diretiva.

46 Assim, da mesma forma que a Diretiva 2014/24 não obriga os Estados-Membros a recorrer a um processo de contratação pública, não os pode obrigar a recorrer a uma transação interna quando as condições previstas no artigo 12.º, n.º 1 estão preenchidas.

47 Aliás, a liberdade assim deixada aos Estados-Membros é mais claramente evidenciada no artigo 2.º, n.º 1, da Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão (JO 2014, L 94, p. 1), nos termos do qual:

«A presente diretiva reconhece o princípio da livre administração das autoridades nacionais, regionais e locais, em conformidade com a legislação nacional e da União em vigor. Estas autoridades têm a liberdade de decidir sobre a melhor forma de gerir a execução das obras ou a prestação de serviços, de modo a garantir um elevado nível de qualidade, de segurança e de acessibilidade de preços, a igualdade de tratamento e a promoção do acesso universal e dos direitos dos utilizadores dos serviços públicos.

Estas autoridades podem optar por prosseguir as suas missões de interesse público, utilizando os respetivos recursos, ou em cooperação com outras autoridades ou confiando a sua execução a operadores económicos.»

48 Todavia, a liberdade de que os Estados-Membros dispõem quanto à escolha da melhor forma de gerir a execução das obras ou a prestação de serviços não pode ser ilimitada. Deve, pelo contrário, ser exercida no respeito das regras fundamentais do Tratado FUE, designadamente as regras fundamentais da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, bem como princípios delas decorrentes, como os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência (v., por analogia, Acórdãos de 9 de julho de 1987, CEI e Bellini, 27/86 a 29/86, EU:C:1987:355, n.º 15; de 7 de dezembro de 2000, Telaustria e Telefonadress, C-324/98, EU:C:2000:669, n.º 60, e de 10 de setembro de 2009, Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, n.º 38).

49 Dentro destes limites, é permitido a um Estado-Membro impor a uma autoridade adjudicante condições, não previstas no artigo 12.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24, para celebrar uma transação interna, nomeadamente para garantir a continuidade, a boa qualidade e a disponibilidade dos serviços.

50 Tendo em conta as considerações expostas, há que responder à terceira questão, alínea a), que o artigo 12.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24 deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma regra nacional pela qual um Estado-Membro subordina a celebração de uma transação interna, designadamente à condição de os contratos públicos não poderem garantir a qualidade, a disponibilidade e a continuidade dos serviços a prestar, desde que a escolha manifestada a favor de uma forma de prestação de serviços em particular, e efetuada numa fase anterior à da adjudicação do contrato público, respeite os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência.

Quanto à terceira questão, alínea b)

51 Com a sua terceira questão, alínea b), o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 12.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24, lido à luz do princípio da transparência, deve ser interpretado no sentido de que as condições a que os Estados-Membros subordinam a celebração de transações internas devem ser enunciadas através de normas de direito positivo, claras e precisas em matéria de contratação pública.

52 Como salientado no n.º 44 do presente acórdão, a Diretiva 2014/24 não tem por efeito privar os Estados-Membros da liberdade de privilegiar, numa fase anterior à da adjudicação de um contrato público, uma forma de prestação de serviços, de execução de obras ou de abastecimento de fornecimentos em detrimento de outras.

53 Daqui decorre que, quando um Estado-Membro introduz normas segundo as quais essa forma de prestação de serviços, de execução de obras ou de abastecimento de fornecimentos é privilegiada em relação a outras, como sucedeu no caso em apreço, no que diz respeito às condições a que o direito lituano subordina a celebração de transações internas na aceção do artigo 12.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24, a introdução dessas normas não pode ser abrangida pela transposição desta diretiva.

54 Não deixa de ser verdade que, quando os Estados-Membros decidem proceder desta forma, continuam sujeitos, como sublinhado no n.º 48 do presente acórdão, ao respeito de diversos princípios, entre os quais o princípio da transparência.

55 O princípio da transparência exige, à semelhança do princípio da segurança jurídica, que as condições a que os Estados-Membros subordinam a celebração de transações internas sejam enunciadas através de normas suficientemente acessíveis, precisas e previsíveis na sua aplicação para evitar qualquer risco de arbitrariedade.

56 Tendo em conta as considerações expostas, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar se a evolução da interpretação das disposições da Lei da Concorrência efetuada pelos órgãos jurisdicionais supremos lituanos a partir de meados de 2015 demonstrou ser suficientemente clara e precisa e se foi suficientemente publicitada, de modo a que tanto as autoridades adjudicantes como os operadores económicos interessados possam ter sido razoavelmente informados.

57 Assim, há que responder à terceira questão, alínea b), que o artigo 12.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24, lido à luz do princípio da transparência, deve ser interpretado no sentido de que as condições a que os Estados-Membros subordinam a celebração de transações internas devem ser enunciadas através de normas de direito positivo, claras e precisas, em matéria de contratação pública, que devem ser suficientemente acessíveis e previsíveis na sua aplicação para evitar qualquer risco de arbitrariedade, o que, no caso vertente, incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.

Quanto à quarta questão

58 Com a sua quarta questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se a celebração de uma transação interna que preenche as condições enunciadas no artigo 12.º, n.º 1, alíneas a) a c), da Diretiva 2014/24 é, em si mesma, conforme com o direito da União.

59 Resulta do artigo 12.º, n.º 1, alíneas a) a c), da Diretiva 2014/24 que um contrato público adjudicado por uma autoridade adjudicante a outra pessoa coletiva de direito privado ou público fica excluído do âmbito de aplicação desta diretiva quando, em primeiro lugar, a autoridade adjudicante exerce sobre essa pessoa coletiva um controlo análogo ao que exerce sobre as suas próprias atividades, em segundo lugar, mais de 80 % das atividades da referida pessoa coletiva são realizadas no desempenho de funções que lhe foram confiadas pela autoridade adjudicante que a controla ou por outras pessoas coletivas controladas pela referida autoridade adjudicante e, em terceiro lugar, a mesma pessoa coletiva não tem, em princípio, participação direta de capitais privados.

60 Todavia, esta disposição incide unicamente sobre o âmbito de aplicação da Diretiva 2014/24 e não pode ser entendida no sentido de que estabelece as condições em que um contrato público deve ser adjudicado no âmbito de uma transação interna.

61 Como decorre, em substância, do n.º 48 do presente acórdão, o facto de uma transação interna, na aceção do artigo 12.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24, não ser abrangida pelo âmbito de aplicação desta diretiva não pode isentar os Estados-Membros nem tão pouco as autoridades adjudicantes do respeito, designadamente, dos princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação, da proporcionalidade e da transparência.

62 Há igualmente que salientar que o considerando 31 desta diretiva enuncia, a propósito da cooperação entre entidades do setor público, que se deve evitar que qualquer cooperação desse tipo, que está excluída do âmbito de aplicação da referida diretiva, provoque uma distorção da concorrência em relação aos operadores económicos privados.

63 No caso em apreço, incumbe muito em especial ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar se, ao celebrar a transação interna em causa no processo principal, cujo objeto se sobrepõe ao de um contrato público em vigor com a Irgita, na sua qualidade de adjudicatária, a autoridade adjudicante não violou as suas obrigações decorrentes desse contrato, nem o princípio da transparência, se se revelar que esta última não definiu de forma suficientemente clara as suas necessidades, nomeadamente ao não assegurar a prestação de um volume mínimo de serviços à adjudicatária, ou ainda se a referida transação constitui uma alteração substancial da sistemática geral do contrato celebrado com a Irgita.

64 Por conseguinte, importa responder à quarta questão que a celebração de uma transação interna que preenche as condições enunciadas no artigo 12.º, n.º 1, alíneas a) a c), da Diretiva 2014/24 não é, em si mesma, conforme com o direito da União.

Quanto às despesas

65 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) **Uma situação, como a que está em causa no processo principal, em que um contrato público é adjudicado por uma autoridade adjudicante a uma pessoa coletiva sobre a qual exerce um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, no âmbito de um procedimento iniciado quando a 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, ainda estava em vigor e que deu lugar à celebração de um contrato posteriormente à revogação da Diretiva 2004/18, ou seja, em 18 de abril de 2016, é abrangida pela 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, quando a autoridade adjudicante tiver dirimido definitivamente a questão de saber se era obrigada a proceder à abertura prévia de um concurso para a adjudicação de um contrato público após essa data**

2) **O artigo 12.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24 deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma regra nacional pela qual um Estado-Membro subordina a celebração de uma transação interna, designadamente à condição de os contratos públicos não poderem garantir a qualidade, a disponibilidade e a continuidade dos serviços a prestar, desde que a escolha manifestada a favor de uma forma de prestação de serviços em particular, e efetuada numa fase anterior à da adjudicação do contrato público, respeite os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência.**

3) **O artigo 12.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24, lido à luz do princípio da transparência, deve ser interpretado no sentido de que as condições a que os Estados-Membros subordinam a celebração de transações internas devem ser enunciadas através de normas de direito positivo, claras e precisas em matéria de contratação pública, que devem ser suficientemente acessíveis e previsíveis na sua aplicação para evitar qualquer risco de arbitrariedade, o que, no caso vertente, incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.**

4) **A celebração de uma transação interna que preenche as condições enunciadas no artigo 12.º, n.º 1, alíneas a) a c), da Diretiva 2014/24 não é, em si mesma, conforme com o direito da União.**

Assinaturas