CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL CHRISTINE STIX-HACKL apresentadas em 12 de Janeiro de 2006 [1]

I — Introdução

1. O presente pedido de decisão prejudicial tem por objecto a questão de saber em que condições a adjudicação de um contrato público é considerada uma designada adjudicação quase interna e não é, por este motivo, abrangida pela Directiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento [2] (a seguir «Directiva 93/36»). Trata-se, assim, de outro processo relativo à interpretação e à aplicação dos critérios desenvolvidos no acórdão Teckal [3] e precisados — pelo menos em parte — no acórdão Stadt Halle [4].

2. De resto, o presente processo enquadra-se numa série de processos — em parte já decididos [5] — que têm por objecto adjudicações no sector do fornecimento de electricidade ou da eliminação de resíduos por municípios italianos.

II — Quadro jurídico: direito comunitário

3. No seu artigo 1.º, a Directiva 93/36 estabelece regras fundamentais quanto ao seu âmbito de aplicação.

4. A frase introdutória e a alínea a) do seu artigo 1.º têm o seguinte teor:

«Para efeitos da presente directiva:

a) Contratos públicos de fornecimento são contratos a título oneroso, celebrados

1 — Língua original: alemão.

2 — JO L 199, p. 1.

3 — Acórdão de 18 de Novembro de 1999, Teckal (C-107/98, Colect., p. I-8121).

4 — Acórdão de 11 de Janeiro de 2005, Stadt Halle (C-26/03, Colect., p. I-1).

5 — V., por exemplo, despacho de 14 de Novembro de 2002, Comune di Udine (C-310/01, JO 2003, C 55), e acórdão de 9 de Setembro de 1999, RI.SAN. (C-108/98, Colect., p. I-5219).

por escrito entre um fornecedor (pessoa singular ou colectiva), por um lado, e uma das entidades adjudicantes definidas na alínea b), por outro, que tenham por objecto a compra, a locação financeira, a locação ou a locação-venda, com ou sem opção de compra, de produtos. A entrega dos referidos produtos pode incluir, acessoriamente, operações de colocação e instalação;»

5. Nos n.os 49 e 50 do acórdão Teckal, o Tribunal de Justiça estabeleceu princípios para a exclusão de determinadas operações do âmbito de aplicação das directivas:

«49. No que se refere à existência de um contrato, o juiz nacional deve verificar se houve uma convenção entre duas pessoas distintas.

50. A este respeito, de acordo com o artigo 1.°, alínea a), da Directiva 93/36, basta, em princípio, que o contrato tenha sido celebrado entre, por um lado, uma autarquia local ou regional e, por outro, uma pessoa dela juridicamente distinta. Só pode ser de outro modo na hipótese de, simultaneamente, a autarquia exercer sobre a pessoa em causa um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e de essa pessoa realizar o essencial da sua actividade [para] a ou as autarquias que a [detêm].»

6. O primeiro dos dois pressupostos referidos foi precisado pelo Tribunal de Justiça nos seus acórdãos Stadt Halle [6] e Parking Brixen [7].

7. A Directiva 93/38/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações [8] (a seguir «Directiva 93/38»), contém uma disposição, actualmente alterada pela Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais [9], sobre a adjudicação de contratos a empresas que se encontrem numa determinada relação de proximidade com a entidade adjudicante.

8. O artigo 13.°, n.° 1, da Directiva 93/38 dispõe:

«1. A presente directiva não é aplicável aos contratos de prestação de serviços:

a) Celebrados entre uma entidade adjudicante e uma empresa associada;

6 — Acórdão proferido no processo C-26/03 (já referido na nota 4).

7 — Acórdão de 13 de Outubro 2005, Parking Brixen (C-458/03, Colect., p. I-8585).

8 — JO L 199, p. 84.

9 — JO L 134, p. 1.

b) Celebrados por uma empresa conjunta, constituída por diversas entidades adjudicantes, para efeitos da prossecução de actividades na acepção do n.º 2 do artigo 2.º, com uma dessas entidades adjudicantes ou uma empresa associada a uma dessas entidades adjudicantes,

desde que, pelo menos, 80% do volume médio de negócios realizado por essa empresa na Comunidade em matéria de serviços, nos últimos três anos, resulte da prestação desses serviços às empresas às quais se encontra associada.

Sempre que o mesmo serviço ou serviços similares sejam prestados por mais de uma empresa associada à entidade adjudicante, deve ser tido em conta o volume total de negócios na Comunidade resultante para essas empresas da prestação de serviços.»

III — Matéria de facto e processo principal

9. O município de Busto Arsizio lançou, em 22 de Setembro de 2003, um concurso para o fornecimento de energia e para a manutenção, adequação e requalificação tecnológica das instalações térmicas de edifícios do município (o montante base da licitação de 8 450 000 EUR, acrescido do imposto sobre o valor acrescentado, repartia-se em 5 700 000 EUR para fornecimento de combustíveis — 4/5 de gasóleo e 1/5 de metano —, 1 000 000 EUR para manutenção e 1 750 000 EUR para requalificação e adequação às normas).

10. Pela deliberação n.º 804, de 21 de Novembro de 2003, o município de Busto Arsizio (a seguir «município») decidiu suspender o concurso até 10 de Dezembro de 2003, na expectativa de uma eventual decisão sobre a adjudicação directa do contrato. A recorrente Carbotermo SpA (a seguir «Carbotermo») apresentou a sua proposta em 22 de Novembro de 2003. Embora o Consorzio Alisei (a seguir «Alisei») tenha preparado a sua proposta técnica, não a apresentou dentro do prazo inicialmente prescrito, que terminava em 24 de Novembro de 2003, pois recebera em 21 de Novembro de 2003 uma comunicação do município informando-o da suspensão do concurso até 10 de Dezembro de 2003 e posteriormente o aviso da anulação do concurso.

11. Pela deliberação n.º 857, de 10 de Dezembro de 2003, o município anulou o concurso e reservou-se a possibilidade de adjudicar em seguida o contrato directamente à AGESP SpA (a seguir «AGESP»).

12. A AGESP é totalmente controlada pela AGESP Holding SpA [10], que é, por seu lado, uma sociedade anónima cujo capital é, em 99,98%, detido pelo município [11]. As restantes acções são detidas por alguns municípios vizinhos da mesma província.

13. Em 18 de Dezembro de 2003, o contrato controvertido foi adjudicado directamente à AGESP.

14. A Carbotermo e o Alisei interpuseram recurso das referidas deliberações para o Tribunale amministrativo regionale della Lombardia. Este tribunal apensou os dois processos e submeteu ao Tribunal de Justiça, por despacho de 27 de Maio de 2004, entrado em 9 de Agosto de 2004, as seguintes questões para decisão a título prejudicial:

«1) A adjudicação directa de contratos de fornecimento de combustíveis e aquecimento para instalações térmicas de edifícios propriedade da autarquia ou da sua responsabilidade, e da respectiva gestão, transporte, manutenção (em que o valor do fornecimento é preponderante), a uma sociedade anónima cujo capital é, na situação actual, inteiramente detido por outra sociedade anónima, da qual é, por seu turno, sócia maioritária (99,98%) a autarquia adjudicante, ou seja, a uma sociedade (AGESP) não directamente participada pela entidade pública, mas sim por outra sociedade (AGESP Holding) cujo capital pertence actualmente, em 99,98%, à administração pública, é compatível com a Directiva 93/36/CEE?

2) A exigência de que a empresa à qual foi directamente adjudicado o fornecimento realize o essencial da sua actividade com a entidade administrativa que a controla deve ser apreciada em aplicação do artigo 13.º da Directiva 93/38/CEE? Pode considerar-se cumprida essa exigência quando a referida empresa realiza o essencial do seu volume de negócios com a entidade pública que a controla ou, em alternativa, no território da própria entidade?»

10 — Nos termos do artigo 7.º dos estatutos da AGESP, «nenhum sócio, à excepção da sociedade dominante, a AGESP Holding SpA, pode deter uma participação superior a um décimo do total do capital da sociedade».

11 — Segundo o artigo 6.º dos estatutos da AGESP Holding SpA, a maioria das acções é reservada ao município.
Nos termos do artigo 7.º dos estatutos da AGESP Holding SpA, «nenhum sócio privado pode deter uma participação superior a 10% do total do capital da sociedade».

IV — Quanto às questões prejudiciais

15. No essencial, as duas questões prejudiciais têm por objecto os dois pressupostos cumulativos de cuja verificação depende a não aplicação da Directiva 93/36 a determinadas adjudicações quase internas (a chamada excepção Teckal ou critérios Teckal): a existência de um controlo análogo ao exercido sobre um serviço próprio e a realização do essencial da actividade com os detentores das respectivas participações. Caso estes pressupostos estejam preenchidos, as disposições da directiva não se aplicam, como, por exemplo, a obrigação de respeitar determinadas normas de procedimento.

16. A título de esclarecimento, deve salientar-se que, no presente processo, é relevante o quadro jurídico anterior e não o novo, o do chamado «pacote legislativo».

V — Nota prévia

17. O presente processo demonstrou, como os processos precedentes, que os critérios Teckal consistem numa série de conceitos indeterminados que suscitaram uma multiplicidade de questões jurídicas e dificuldades de delimitação. À luz destas experiências, coloca-se a questão de saber como é que o Tribunal de Justiça pode conseguir obter, o mais brevemente possível, certeza jurídica e, desta forma, segurança jurídica para os interessados. Uma possibilidade consistiria em não aperfeiçoar a sua jurisprudência apenas em função de cada caso concreto, mas em precisá-la de uma forma mais geral do que tem feito até ao momento. Outra solução consistiria em eliminar as inseguranças criadas pela excepção Teckal através de uma revisão completa da jurisprudência. Em Novembro de 1999, com o seu acórdão Teckal, o Tribunal de Justiça abriu as portas a excepções à directiva. É, porém, ainda incerta a dimensão desta abertura.

18. O presente processo mostra precisamente que essa circunstância também tem repercussões ao nível dos supremos tribunais nacionais, como o Consiglio di Stato italiano. Segundo o despacho de reenvio, as orientações estabelecidas pelo Consiglio di Stato para as adjudicações quase internas remontam a uma decisão do Tribunal de Justiça [12]. A questão de saber se essa jurisprudência é conforme com a do Tribunal de Justiça tem de ficar em aberto no presente processo. Em todo o caso, o processo principal mostra, como outros processos inclusive noutros Estados-Membros, que a jurisprudência do Tribunal de Justiça não contém manifestamente regras claras para os meios económicos interessados e para os tribunais dos Estados-Membros.

12 — Despacho proferido no processo C-310/01 (já referido na nota 5).

19. Para permitir ao Tribunal de Justiça escolher entre diversas alternativas, irei seguidamente, apesar das reservas por mim expressas, precisar a excepção Teckal de uma forma mais geral. Ao Tribunal de Justiça resta ainda a outra opção.

VI — Primeiro critério: a existência de um controlo análogo ao exercido sobre um serviço próprio

20. O presente processo apresenta várias particularidades que o diferenciam, no seu todo, de outros processos pendentes ou já decididos que têm por objecto as chamadas «Public-Private-Partnerships»F (a seguir «PPP»).

21. Diferentemente do caso examinado no processo Stadt Halle, não existe, conforme resulta dos autos, qualquer participação de empresas privadas. Além disso, no presente processo, está em causa uma organização societária distinta da que estava em causa no processo Stadt Halle, concretamente uma sociedade anónima. Por outro lado, diferentemente do que se verificava nos processos Parking Brixen [13] ou Teckal, o contrato não foi adjudicado a uma filial, mas a uma subfilial da autarquia.

13 — Acórdão proferido no processo C-458/03 (já referido na nota 7).

A — *Apreciação jurídica das participações indirectas*

22. A primeira característica do caso a examinar no presente processo é a circunstância, análoga à que se verificava no processo Stadt Halle, de o contrato não ter sido directamente adjudicado à entidade na qual a autarquia detém directamente participações.

23. Neste contexto, põe-se a questão de saber se os critérios Teckal também são, em princípio, aplicáveis a situações em que existe uma participação indirecta, ou seja, se casos em que a autoridade pública a favor de quem a prestação é realizada só participa na entidade em questão por intermédio de outra sociedade estão igualmente excluídos do âmbito de aplicação das directivas em matéria de adjudicação de contratos públicos.

24. A Comissão e o Governo polaco rejeitam peremptoriamente essa interpretação por razões de princípio.

25. Não é possível retirar da jurisprudência do Tribunal de Justiça qualquer indicação

clara a este respeito, mesmo após a prolação do acórdão Parking Brixen.

26. A favor da admissibilidade da aplicação de princípio dos critérios Teckal também a casos de participações indirectas é possível invocar o facto de, no processo Stadt Halle, o Tribunal de Justiça ter procedido ao exame da questão de saber se estavam preenchidos os pressupostos para a aplicação dos dois critérios Teckal. É possível inferir deste exame um reconhecimento tácito de princípio.

27. A redacção do acórdão Stadt Halle parece, porém, apontar antes num sentido diferente. O seu n.º 49 está redigido nos seguintes termos: «[...] realiza o essencial da sua actividade com a ou as autoridades públicas que a detêm». É possível extrair desta afirmação que a troca de prestações deve ocorrer directamente entre a entidade adjudicante pública enquanto detentora das participações e a entidade na qual a entidade adjudicante pública detém as participações.

28. No entanto, dado que esta mudança se refere expressamente ao segundo critério, ou seja, à realização do essencial da actividade, é certamente possível concluir que o acórdão Teckal não contém qualquer indicação expressa quanto à possibilidade de participações indirectas poderem igualmente preencher o primeiro critério.

29. A circunstância de o processo Teckal ter por objecto uma situação de participação por várias entidades públicas e de o Tribunal de Justiça ter reconhecido implicitamente este tipo de situações através da introdução dos chamados critérios Teckal pode, porém, ser invocada no sentido de que as participações indirectas também podem, em princípio, estar abrangidas. Esta inclusão tem, todavia, como pressuposto que o critério do controlo esteja preenchido a todos os níveis de participação.

30. Relativamente a esse critério, é determinante, nos termos do acórdão Parking Brixen, saber se existe uma possibilidade «de influência determinante quer sobre os objectivos estratégicos quer sobre as decisões importantes». Para este efeito, devem ser tidas em conta todas as disposições legislativas e circunstâncias pertinentes [14]. Segundo esse acórdão, no entanto, não parece ser necessário que esta influência seja, de facto, exercida.

B — *Apreciação jurídica das empresas públicas participadas por várias entidades públicas*

1. Princípios gerais

31. A matéria de facto do processo principal apresenta ainda uma outra particularidade

14 — Acórdão proferido no processo C-458/03 (já referido na nota 7), n.º 65.

que a distingue da matéria de facto subjacente ao processo Stadt Halle. No presente processo, não está em causa uma entidade de economia mista mas uma entidade, mais precisamente a sua sociedade-mãe, que não é participada por qualquer empresa privada. É certo que isto não decorre do próprio despacho de reenvio, mas das restantes peças processuais. Por outro lado, a participação por outras pessoas ascende apenas a 0,02%. Uma vez que esta restante percentagem é detida por outros municípios, portanto, por entidades públicas, está em causa uma empresa pública participada por várias entidades públicas ou uma designada «Public--Public-Partnership».

32. Enquadrando a situação em causa no presente processo na jurisprudência seguida pelo Tribunal de Justiça até ao presente, revela-se a seguinte situação: por um lado, existe uma diferença essencial em relação ao processo Stadt Halle, no qual estava em causa uma entidade de economia mista, por outro, existe um paralelo com o processo Teckal, ao qual estava subjacente uma entidade pública participada por várias entidades públicas. É certo que a entidade que devia executar o contrato de fornecimento neste último processo, a AGAC, possuía personalidade jurídica própria, mas fora constituída por iniciativa de vários municípios.

33. A favor da aplicação da excepção Teckal a entidades públicas participadas por várias entidades públicas é possível invocar, além do acórdão Teckal, conforme já foi afirmado, também a circunstância de, no acórdão Stadt Halle [15], ter sido decisivo para o Tribunal de Justiça o facto de as empresas privadas prosseguirem interesses diferentes das autarquias.

34. No presente processo, só está, todavia, em causa a participação de municípios e não interesses de privados. Uma vez que os municípios prosseguem objectivos de interesse público, seria possível, pelo menos à primeira vista, partir do princípio de que o critério do controlo se encontra preenchido mesmo na sua formulação mais rigorosa. Isto é, sem dúvida, válido se o pressuposto da coincidência de interesses [16] for entendido no sentido de que esta já se verifica só pelo facto de estarem ausentes interesses privados. Não é, porém, de excluir, e é igualmente comprovada pela actuação dos municípios enquanto operadores económicos, a possibilidade de os municípios defenderem interesses distintos. Nestes casos, já não existe uma coincidência de interesses.

35. Por último, também não pode ser omitido que no processo Teckal estava em causa uma designada «azienda municipalizzata» e não, como no presente processo, uma sociedade anónima. A questão da importância da organização societária será a seguir retomada.

15 — Acórdão proferido no processo C-26/03 (já refrido na nota 4), n.º 50.

16 — V. o raciocínio seguido pela advogada-geral J. Kokott nas suas conclusões de 1 de Março de 2005 no processo C-458/03 (acórdão já referido na nota 7), n.ºs 74 e segs.

36. Contudo, a resposta à questão de saber como é que as entidades públicas participadas por várias entidades públicas devem ser tratadas também deve ser dada à luz do princípio de interpretação, expressamente confirmado no acórdão Stadt Halle, segundo o qual qualquer excepção à obrigação de aplicação das normas comunitárias é de interpretação estrita [17].

37. No próprio acórdão Stadt Halle, no qual não estavam em causa vários sócios, o Tribunal de Justiça confirmou, porém, a aplicação de princípio da excepção Teckal a entidades com vários sócios. Isto resulta não só do facto de o Tribunal de Justiça [18] ter reproduzido literalmente a excepção Teckal como também do facto de ter recordado que, no processo Teckal, a entidade em questão era detida por «autoridades públicas». Por conseguinte, neste caso, o Tribunal de Justiça não utilizou apenas o plural relativamente ao segundo critério da excepção Teckal.

38. Decorre assim do exposto que mesmo entidades com vários sócios podem, em princípio, ser abrangidas pela excepção.

39. Para poder aplicar a excepção Teckal na situação em apreço é, porém, necessário dar mais um passo, porque, além do mais, está em causa uma participação indirecta. Em meu entender, a aplicabilidade da excepção Teckal a uma situação dessa natureza não pode ser liminarmente excluída em termos gerais e abstractos.

40. Pelo contrário, deve igualmente examinar-se em concreto no presente processo se o critério do controlo está preenchido. Para este efeito, deve recordar-se o critério estabelecido pelo Tribunal de Justiça no processo Parking Brixen. Segundo esse critério, a entidade controlada só pode gozar de uma determinada margem de autonomia [19], mais precisamente face aos seus sócios [20].

41. Uma vez que, *in casu*, mais precisamente por força dos estatutos, existe a possibilidade de participação de privados, deve analisar-se, para efeitos do critério do controlo, se uma futura abertura do capital da sociedade à participação de privados tem relevância jurídica.

42. No que se refere à abertura do capital da sociedade à participação de privados, seria possível diferenciar consoante a participação de privados só seja juridicamente possível ou seja juridicamente obrigatória. Relativamente ao primeiro grupo de casos, seria ainda possível diferenciar consoante essa possibili-

17 — Acórdão proferido no processo C-26/03 (já referido na nota 4), n.º 46.

18 — Acórdão proferido no processo C-26/03 (já referido na nota 4), n.º 49.

19 — Acórdão proferido no processo C-458/03 (já referido na nota 7), n.º 70.

20 — Acórdão proferido no processo C-458/03 (já referido na nota 7), n.º 68.

dade tenha ou não, de facto, sido posteriormente utilizada — o grupo de casos em que a abertura já teve lugar, isto é, a situação que se verificava no processo Stadt Halle, está liminarmente excluído no presente caso.

43. A este respeito, a Comissão defendeu a opinião de que mesmo uma potencial participação de privados, designadamente prevista nos estatutos de uma sociedade de capitais, pode ser invocada a favor do não preenchimento do critério do controlo.

44. Contra esta posição extrema defendida pela Comissão podem, em primeiro lugar, ser invocadas considerações de princípio. Segundo essa posição, a qualificação jurídica de projectos de PPP estaria dependente de meros *possíveis* desenvolvimentos futuros. O facto de estes ocorrerem ou não *de facto* posteriormente, seria, todavia, irrelevante. À luz do sistema das directivas em matéria de adjudicação de contratos públicos, essa abordagem constitui algo de novo. Acresce que, segundo o direito do Estado-Membro em questão, até pode ser proibido interditar nos estatutos a transmissão de participações a privados.

45. O princípio da protecção contra a fraude, no qual as directivas em matéria de adjudicação de contratos públicos se baseiam, exige, ao invés, que determinados acontecimentos que ocorram após a atribuição das tarefas, ou seja, após a adjudicação do contrato, sejam, ainda assim, tomados em consideração. Isto diz especialmente respeito ao grupo de casos em que, no momento da adjudicação, a abertura ainda não tinha ocorrido mas já existia um plano concreto nesse sentido.

46. É questionável se o acórdão Parking Brixen altera de alguma forma esta apreciação. Em sentido contrário, é possível invocar o facto de que, nesse caso, ao contrário do presente, a abertura da sociedade a capital externo estava obrigatoriamente prevista e constituía apenas um dos cinco elementos essenciais para a apreciação [21]. No entanto, esse facto ainda não exclui certamente que mesmo a possível abertura — ainda que apenas em conjunto com outras particularidades que caracterizam a situação do processo principal — possa conduzir a que o grau mínimo de controlo não seja alcançado na presente situação. Estas outras particularidades e a sua importância para o controlo deverão, por conseguinte, ser ainda analisadas.

47. Neste contexto, afigura-se igualmente necessário fazer referência à situação que esteve na origem de uma acção por incumprimento contra a República da Áustria [22] e à apreciação jurídica recentemente feita pelo Tribunal de Justiça nesse processo.

21 — Acórdão proferido no processo C-458/03 (já referido na nota 7), n.º 67.

22 — Acórdão de 10 de Novembro de 2005, Comissão/Áustria (C-29/04, Colect., p. I-0000).

48. No processo Comissão/Áustria, estava em causa a atribuição pelo município de Mödling do serviço de eliminação de resíduos a uma sociedade por quotas, ou seja, por um município a uma filial por ele inteiramente detida. Cerca de duas semanas após a atribuição desse serviço, o município decidiu ceder 49% das participações a uma empresa privada. Esta cessão ocorreu, por seu turno, cerca de duas semanas depois. A execução da actividade atribuída só foi iniciada, mais uma vez, algumas semanas depois.

49. No acórdão de 10 de Novembro de 2005 que proferiu nesse processo, o Tribunal de Justiça salientou que todas as fases devem ser examinadas no seu conjunto e tendo em conta a sua finalidade e não isoladamente [23]. Este facto pode ser invocado no sentido de que desenvolvimentos que ocorram após a atribuição das tarefas também devem ser tomados em consideração, como o Tribunal de Justiça também salientou expressamente nesse processo [24]. Nesse processo, ao contrário do presente, estavam, todavia, em causa desenvolvimentos que ocorreram *efectivamente*. Já tinha nomeadamente sido feito uso da possibilidade de abrir a sociedade à participação de privados. No momento da apreciação da operação no seu conjunto essa abertura já tinha ocorrido.

50. Ao invés, não decorre dos autos do presente processo se e, se sim, quando é que houve uma transmissão de participações a privados ou que existissem planos nesse sentido. Deste ponto de vista, nem o acórdão Parking Brixen nem o acórdão Comissão/Áustria fornecem indicações inequívocas no sentido de que a mera *possibilidade* de abertura da sociedade a privados seja suficiente.

51. Por conseguinte, é possível concluir que a jurisprudência proferida até ao presente não exclui, em princípio, as adjudicações a entidades públicas participadas por várias entidades públicas do âmbito de aplicação da excepção Teckal. Assim, importa descrever em seguida as condições que essas operações devem satisfazer.

2. As condições em particular

52. As condições em que as adjudicações a entidades públicas participadas por várias entidades públicas podem ser abrangidas pela excepção Teckal respeitam à relação entre a entidade em questão e os sujeitos públicos que detêm, directa ou indirectamente, as suas participações.

23 — Acórdão proferido no processo C-29/04 (já referido na nota 22), n.º 41.

24 — Acórdão proferido no processo C-29/04 (já referido na nota 22), n.º 38.

53. A título liminar, há que rejeitar o argumento, invocado no presente processo, de que a excepção Teckal só abrange as chamadas «delegações interorgânicas ou interorganizacionais» ou as ramificações da estrutura organizacional de uma autarquia. Não se vislumbra na jurisprudência do Tribunal de Justiça qualquer referência a estas categorias.

54. Nesta matéria, em particular também no acórdão Parking Brixen, o Tribunal de Justiça adopta, em geral, um entendimento material e não formal. Assim, é relevante, como será ainda demonstrado com maior precisão, a configuração da relação entre os interessados. Em particular, são relevantes para este efeito disposições gerais e abstractas, como o direito nacional das sociedades, e a configuração concreta dessa relação, por exemplo, os estatutos da entidade em questão [25].

55. No presente processo, a entidade que deve realizar a prestação não é, como no processo Stadt Halle, uma sociedade por quotas de direito alemão, mas uma sociedade anónima de direito italiano (SpA).

56. *In casu*, são aplicáveis as disposições pertinentes do Codice civile (a seguir «C.C.»).

57. Também existe uma diferença em relação à entidade em apreço no processo Teckal. Enquanto esse processo tinha por objecto uma entidade sob a forma jurídica de uma chamada «azienda municipalizzata», o presente processo tem precisamente por objecto uma entidade, mais precisamente a AGESP, que, embora operasse inicialmente sob a referida forma jurídica, foi, porém, transformada numa sociedade anónima pela deliberação n.º 148 de 24 de Setembro de 1997.

58. Segundo o direito italiano, as sociedades anónimas também dispõem, em princípio, de uma maior autonomia do que as sociedades por quotas.

59. Em meu entender, um exame em abstracto das possibilidades de ingerência dos sócios nas sociedades anónimas e nas suas filiais em conformidade com o C.C. não é suficiente. Como já afirmei anteriormente, é, pelo contrário, relevante a configuração concreta da relação entre a sociedade e a filial e entre a filial e a subfilial [26].

25 — Neste sentido, acórdão proferido no processo C-458/03 (já referido na nota 7), n.ºs 66 e segs.

26 — V. as conclusões que apresentei no processo C-26/03 (já referido na nota 4), n.º 65.

60. A forma jurídica de sociedade anónima, por exemplo, de direito italiano, não é, por si só, «prejudicial». Isto também resulta, aliás, do acórdão proferido no processo Parking Brixen, no qual estava igualmente em causa uma sociedade anónima de direito italiano. O simples facto de o Tribunal de Justiça não ter considerado esta circunstância suficiente para concluir que a sociedade era autónoma e que não existia qualquer controlo pode ser invocado no sentido de que a forma jurídica de sociedade anónima italiana não exclui, por si só, a existência de um controlo suficiente.

61. No entanto, a transformação de uma empresa própria do município numa sociedade anónima constitui pelo menos uma de várias circunstâncias que devem ser tidas em conta na apreciação da autonomia [27].

62. No que diz respeito ao exame da configuração concreta da relação, são, em qualquer caso, relevantes os poderes concretos dos respectivos sócios e não o seu exercício efectivo na prática [28]. Este entendimento foi confirmado pelo Tribunal de Justiça no processo Parking Brixen, uma vez que o tribunal analisou os estatutos da sociedade anónima em questão [29].

63. Além disso, os direitos de controlo do sócio ou dos sócios não devem ter apenas por objecto as decisões de adjudicação em geral ou a concreta decisão de adjudicação em particular [30], mas devem estender-se à gestão no seu todo.

64. No que se refere aos meios de controlo, são, em regra, importantes direitos de dar instruções e poderes de supervisão, bem como direitos de nomeação. A este respeito, deve partir-se do princípio de que é determinante a possibilidade de influência e, portanto, não apenas as normas jurídicas [31].

65. Para concluir, deve ainda apreciar-se o argumento invocado no presente processo de que a apreciação de uma operação de adjudicação e a aplicação da excepção Teckal dependem do comportamento das partes, ou seja, da entidade dominante e da entidade controlada, no momento da adjudicação concreta.

66. Segundo esse argumento, é possível inferir do comportamento das partes no procedimento de adjudicação, em primeira

27 — Acórdão proferido no processo C-458/03 (já referido na nota 7), n.º 67.

28 — V. as conclusões que apresentei no processo C-26/03 (já referido na nota 4), n.º 76.

29 — Acórdão proferido no processo C-458/03 (já referido na nota 7), n.ºs 66 e segs.

30 — V. as conclusões que apresentei no processo C-26/03 (já referido na nota 4), n.º 77.

31 — Acórdão proferido no processo C-458/03 (já referido na nota 7), n.º 65.

linha, do comportamento da entidade pública participada por várias entidades públicas, o seu grau de autonomia em relação à entidade adjudicante.

67. A este respeito, foi essencialmente feita referência no presente processo ao conteúdo do contrato. Em particular, foi alegado que a cláusula penal nele estabelecida para o caso de não serem alcançados determinados objectivos deve ser considerada um indício da autonomia da AGESP.

68. Uma vez que o critério do controlo diz respeito à influência sobre a gestão no seu todo, o comportamento da entidade em exame num procedimento de adjudicação concreto não pode ser decisivo. Com efeito, isto poderia conduzir a que a mesma entidade fosse abrangida pela excepção Teckal numa operação de adjudicação e noutra não. Este tipo de abordagem tão concreta não decorre, porém, da jurisprudência do Tribunal de Justiça. Pelo contrário, o Tribunal de Justiça faz depender a qualificação da relação e, por conseguinte, o preenchimento do critério do controlo de circunstâncias que residem nas pessoas interessadas.

69. O exame concreto da questão de saber se as disposições gerais e abstractas do direito nacional e a configuração concreta da relação nos estatutos da sociedade em causa, no presente caso, especialmente no seu artigo 19.°, garantem um controlo suficiente, implica a apreciação de factos concretos. Esta e a interpretação do direito nacional não são, porém, segundo a repartição de competências prevista no artigo 234.° CE, tarefa do Tribunal de Justiça, mas sim do juiz nacional.

C — *Conclusão intermédia*

70. O critério da existência de um controlo análogo ao que é exercido sobre um serviço próprio também pode, em princípio, estar preenchido quando estão em causa empresas públicas participadas por várias entidades públicas. Cabe ao juiz nacional apreciar os factos do processo principal. No que se refere à presente situação, deve tomar em conta os seguintes aspectos:

— os interesses dos sócios;

— a transformação da «azienda municipalizzata» numa sociedade anónima;

— o facto de a abertura da sociedade a capital externo não estar prevista obrigatoriamente e não ter igualmente ocorrido;

— a possibilidade de a AGESP abrir sucursais inclusive no estrangeiro;

— a amplitude da possibilidade de influenciar a nomeação do conselho de administração e a gestão;

— os poderes do conselho de administração da AGESP e

— a circunstância de o município participar indirectamente na AGESP por intermédio da AGESP Holding.

71. No presente processo, o Tribunal de Justiça — como já fez nos processos Stadt Halle e Parking Brixen – poderia proceder ele próprio a uma apreciação definitiva de uma situação como a que está em apreço no processo principal. Dado que as circunstâncias acima referidas coincidem, em larga medida, com a situação em causa no processo Parking Brixen[32], às quais acresce ainda a participação indirecta, é possível concluir — com base na jurisprudência, por muitos qualificada de demasiado severa, proferida até ao momento — que, na situação do processo principal, o primeiro critério, ou seja, o da existência de um controlo suficiente, análogo ao exercido sobre um serviço próprio, não está preenchido.

72. Caso o Tribunal de Justiça aproveite, pelo contrário, esta ocasião para esclarecer a jurisprudência que proferiu até ao presente no sentido de que pelo menos determinadas parcerias públicas de várias entidades públicas podem preencher o critério do controlo e chegue à conclusão de que esta situação também se verifica no processo principal, também teria ocasião para precisar — pela primeira vez — o segundo critério Teckal, ou seja, o critério da essencialidade da actividade.

VII — Segundo critério: a realização do essencial da actividade para o detentor das participações

73. Diferentemente do primeiro critério Teckal, não foi proferida após o acórdão com o mesmo nome qualquer jurisprudência a respeito do segundo critério Teckal que precisasse este critério. O presente processo dá ao Tribunal de Justiça ocasião para o fazer.

74. O presente processo tem, além disso, por objecto uma situação em que existe, no

32 — Acórdão proferido no processo C-458/03 (já referido na nota 7), n.º 67.

primeiro nível, ou seja, entre o município e a AGESP Holding, uma participação de quase 100% e, no segundo nível, ou seja, entre a AGESP Holding e a AGESP, uma participação de 100%.

75. Como já era o caso no processo Stadt Halle, o presente processo tem por objecto uma participação indirecta. Importa assim examinar se a actividade de uma «sociedade-neta» para a sua «sociedade-avó» também pode, em princípio, preencher o segundo critério Teckal.

A — *A tese de partida*

76. Uma vez que, no seu acórdão Stadt Halle, o Tribunal de Justiça não necessitou de interpretar o segundo critério devido à interpretação que tinha feito do primeiro critério, parece-me lógico repetir aqui o entendimento que defendi a este respeito nas conclusões que apresentei no processo Stadt Halle.

77. O segundo critério estabelecido no acórdão Teckal, relativo à realização do essencial da actividade, respeita a uma determinada parte mínima no conjunto das actividades desenvolvidas pela entidade controlada. Trata-se, portanto, de apurar a amplitude da totalidade das actividades desenvolvidas e das desenvolvidas para o detentor da participação em sentido amplo.

78. Neste contexto, há que chamar a atenção para que, da circunstância de o conceito de detentor da participação não ser de interpretar de modo muito restrito, não se pode concluir que são de ter em conta as prestações a terceiros que o detentor da participação social teria, de outra forma, ele próprio de realizar. Isto respeita na prática, em primeiro lugar, aos serviços públicos e, consequentemente, aos municípios (comunas), a quem incumbe uma obrigação de prestação de determinados serviços relativamente a determinadas pessoas.

79. Deve ainda esclarecer-se que o que importa são as actividades efectivas e não as actividades possíveis face à lei ou aos estatutos da sociedade, ou mesmo as actividades às quais está obrigada a entidade controlada [33].

80. A questão central consiste assim em saber a partir de que participação se atinge o limiar do segundo critério Teckal. A este respeito, são defendidas várias opiniões. Vão desde mais de 50% até «exclusivamente», passando por «de amplitude apreciável», «muito preponderante» e «quase exclusivamente».

33 — V. as conclusões, que seguem conclusões minhas, apresentadas em 1 de Março de 2005 pela advogada-geral J. Kokott no processo C-458/03 (acórdão já referido na nota 7), n.º 81.

81. Relativamente a esse limiar, é defendida uma abordagem positiva, no sentido de se determinar a amplitude dos serviços prestados ao detentor da participação, mas também uma abordagem negativa. Segundo a abordagem negativa, teria de se partir da percentagem dos serviços prestados a outros que não o detentor da participação. Esta última opinião encontra-se nas conclusões apresentadas pelo advogado-geral P. Léger no processo ARGE. Em seu entender, «a directiva é aplicável quando essa entidade exerce essencialmente a sua actividade *com outros* operadores ou com colectividades que não façam parte dessa entidade adjudicante» [34]. Atendendo a que no processo Teckal se adoptou a abordagem positiva para o segundo critério, não deve, evidentemente, a negativa ser aqui apreciada.

82. Na passagem citada das conclusões do advogado-geral P. Léger é, porém, referido outro aspecto importante, que é de ter em consideração na determinação da participação.

83. Assim, coloca-se a questão de saber se o segundo critério Teckal só permite uma abordagem quantitativa ou se também há que ter em consideração circunstâncias qualitativas. A favor da última hipótese aponta a redacção e o sentido da excepção, que não contém qualquer indicação sobre como devem as actividades ser avaliadas. Mesmo a versão autêntica da passagem correspondente do acórdão Teckal, isto é, a versão italiana, não exclui uma abordagem qualitativa adicional ou alternativa («la parte più importante della propria attività»).

84. De resto, o acórdão Teckal também não contém qualquer indicação sobre o método de cálculo da parte. Não é, portanto, evidente que só interesse o volume de negócios.

85. Na minha opinião, o juiz nacional tem de averiguar o «essencial da actividade» com base em circunstâncias quantitativas e qualitativas.

86. Neste contexto, há que recordar que as conclusões são autênticas na língua escolhida pelo advogado-geral como língua original. Partindo deste princípio, as referidas conclusões apresentam o seguinte quadro: o advogado-geral P. Léger baseia-se, por um lado, na «quasi exclusivité» («quase exclusividade») dos serviços prestados, na versão alemã traduzida por «sämtliche Dienstleistungen» («todas as prestações de serviços») [35]. Por outro lado, apoia-se na versão

34 — V. as conclusões apresentadas em 15 de Junho de 2000 pelo advogado-geral P. Léger no processo C-94/99 (acórdão de 7 de Dezembro de 2000, ARGE Gewässerschutz, Colect., p. I-11037), n.º 93 (o sublinhado é meu).

35 — Conclusões do advogado-geral P. Léger no processo C-94/99 (já referido na nota 34), n.º 74.

do segundo critério Teckal na língua de processo italiana e fala de «en grande partie» («em grande parte»), que é traduzida na versão alemã por «im Wesentlichen» («no essencial») [36], ou de «la plus grande partie de leur activité» («a maior parte da sua actividade») («den größten Teil ihrer Tätigkeit») («a maior parte da sua actividade») [37].

87. Para maior precisão, é também referido quer na doutrina quer em processos perante o Tribunal de Justiça o critério dos 80% do artigo 13.º da Directiva 93/38. Como fundamento é alegado que este critério é «objectivo» ou «ajustado» ao caso.

88. A este respeito, há que observar que também uma outra percentagem fixa poderia ser objectiva ou ajustada ao caso. Como algumas partes neste processo de reenvio prejudicial salientaram igualmente, já assinalei nas conclusões que apresentei no processo Stadt Halle que a rigidez de uma percentagem fixa também pode constituir um obstáculo a uma solução ajustada ao caso. Além disso, essa percentagem só permite tomar em consideração elementos quantitativos.

89. Contra a possibilidade de transposição do critério dos 80% do artigo 13.º da Directiva 93/38 aponta, em primeiro lugar, a circunstância de que se trata de uma disposição excepcional de uma directiva apenas aplicável a determinados sectores. A valoração nela estabelecida limita-se, segundo a vontade do legislador comunitário, à referida directiva. Ainda que a ideia fundamental possa ser aplicável, na prática, fora dos sectores em causa, continua, no entanto, a ser decisivo que tal regulamentação não consta da directiva aplicável ao presente caso.

90. Em segundo lugar, ao afirmar a transponibilidade do limiar dos 80%, esquece-se que o artigo 13.º da Directiva 93/38 só se aplica a serviços. Enquanto disposição excepcional, é inclusive proibida a sua aplicação por analogia a fornecimentos nos sectores abrangidos por essa directiva. Só a alteração introduzida através do pacote legislativo trouxe, nesta matéria, um alargamento aos fornecimentos [38].

91. Em terceiro lugar, mesmo na ocasião da alteração das directivas no quadro do designado pacote legislativo, o legislador comunitário só manteve o limiar dos 80% para os referidos sectores e absteve-se de o transpor para a chamada directiva clássica. No momento da alteração, o segundo critério

36 — Conclusões do advogado-geral P. Léger no processo C-94/99 (já referido na nota 34), n.º 81.

37 — Conclusões do advogado-geral P. Léger no processo C-94/99 (já referido na nota 34), n.º 83.

38 — Artigo 23.º da Directiva 2004/17 (já referida na nota 9).

Teckal já era, no entanto, conhecido e foi igualmente discutido durante o processo legislativo.

92. Contra o recurso ao artigo 13.º da Directiva 93/38 é de referir, em quarto lugar, outro motivo. O seu n.º 2 obriga a entidade adjudicante a prestar à Comissão, a pedido desta, determinadas informações. Esta disposição constitui uma compensação de direito processual para a excepção prevista no artigo 13.º No caso da excepção Teckal, o Tribunal de Justiça seguiu, porém, outra via.

93. Em quinto lugar, o simples facto de o Tribunal de Justiça não ter definido o segundo critério Teckal com referência à Directiva 93/38, que era seguramente do seu conhecimento, já pode, por si só, ser invocado contra a transponibilidade. O Tribunal de Justiça limitou-se antes a dois pressupostos de natureza material divergentes do artigo 13.º, justamente os dois critérios Teckal. Estes pressupostos devem, porém, ser interpretados estritamente, precisamente devido à ausência de uma regulamentação de direito processual comparável à do artigo 13.º

94. Tudo ponderado, deve, por conseguinte, continuar a seguir-se o entendimento de que o limiar dos 80% decorrente da Directiva 93/38 não constitui um parâmetro para apreciar o essencial da actividade [39].

B — *A evolução da tese à luz da jurisprudência mais recente*

95. Enquanto pressuposto para a aplicação de uma excepção, o critério da essencialidade da actividade deve ser interpretado estritamente. Isto foi confirmado pelo Tribunal de Justiça ao afirmar no n.º 63 do acórdão Parking Brixen que:

«Tratando-se de uma excepção às regras gerais do direito comunitário, as duas condições enunciadas no número anterior devem ser objecto de interpretação estrita, e

39 — Quanto à doutrina a este respeito, que se transformou entretanto na opinião dominante, v.: Meinrad Dreher, «Public Private Partnerships und Kartellvergaberecht — Gemischtwirtschaftliche Gesellschaften, In-house-Vergabe, Betreibermodell und Beleihung Privater», *NZBau* 2002, p. 245 (p. 253); Wolfram Krohn, «'Aus' für In-house--Vergaben an gemischtwirtschaftliche Unternehmen», *NZBau* 2005, p. 92 (p. 95); Opitz, *Zeitschrift für Vergaberecht* 2000, p. 97 (p. 105); Ulf-Dieter Pape/Henning Holz, «Die Voraussetzungen vergabefreier In-house-Geschäfte», *NJW* 2005, p. 2264 (pp. 2265 e segs.); Wolfgang Jaeger, «Verträge kommunaler Körperschaften sowie ihrer eigenen und gemischtwirtschaftlicher Gesellschaften über Energiebezug und Kartellvergaberecht», em: Büdenbender/Kühne/Baur (Hrsg.), *Das neue Energierecht in der Bewährung: Bestandsaufnahme und Perspektiven, Baur-FS*, 2002, p. 455 (p. 464); Christoph Riese/Andreas van den Eikel, «Neues zum In--House-Geschäft — Das Ende für gemischt-wirtschaftliche Unternehmen?», *Vergaberecht* 2005, p. 590 (p. 601); Kurt Weltzien, «Avoiding the Procurement Rules by Awarding Contracts to an In-House Entity: The Scope of Procurement Directives in the Classical Sector», *Public Procurement Law Review* 2005, p. 237 (p. 249), o qual refere com razão que a Directiva 93/38 também se aplica a empresas privadas; Jan Ziekow/Thorsten Siegel, «Die Vergaberechtspflichtigkeit von Partnerschaften der öffentlichen Hand», *Vergaberecht* 2005, p. 145 (p. 148), os quais contestam a conformidade da fórmula dos 80% com o direito comunitário.

impende sobre aquele que as invoca o ónus da prova de que existem efectivamente circunstâncias excepcionais que justificam a derrogação das ditas regras.»

96. Estas regras também devem ser observadas no presente processo.

97. Continuo a defender — como nas conclusões que apresentei no processo Stadt Halle — que o «essencial da actividade» deve ser determinado não só com base em critérios quantitativos mas também com base em aspectos qualitativos [40] [41].

98. No que respeita aos aspectos *qualitativos*, há que determinar como e para quem a entidade controlada em questão realiza as suas actividades. Neste âmbito, é relevante saber se existe sequer um mercado para a actividade da entidade e se a entidade oferece no mercado uma parte das prestações que realiza para pessoas distintas da entidade que a controla [42].

99. Isto não pode, no entanto, ser entendido no sentido de que as prestações realizadas pela entidade em questão também devem ser procuradas por entidades que não sejam públicas. Com efeito, mesmo quando apenas existe uma *procura* pública para um bem ou serviço, isto ainda não significa que não existe qualquer mercado. Também pode existir outra *oferta*. Nesta medida, a apreciação dos aspectos qualitativos não depende exclusivamente da relação da entidade que oferece as prestações com a entidade que a controla, mas também, inteiramente no sentido da finalidade concorrencial do direito dos contratos públicos, da sua posição económica no mercado. Desta forma, aproximamo-nos do grupo de casos em que, segundo as directivas, é admissível um processo por negociação sem publicação de um anúncio de concurso, mais precisamente quando só um operador económico possa executar o contrato [43].

40 — V. as conclusões, que seguem conclusões minhas, da advogada-geral J. Kokott no processo C-458/03 (acórdão já referido na nota 7), n.º 83.

41 — Neste sentido, Marc Gabriel/Bernd Joachimsmeier, *Vergaberecht* 2005, pp. 103 e segs.; Holger Schröder, «In-House-Vergaben zwischen Beteiligungsunternehmen der öffentlichen Hand?», *NZBau* 2005, pp. 127 e segs.; Kurt Weltzien, «Avoiding the Procurement Rules by Awarding Contracts to an In-House Entity: The Scope of Procurement Directives in the Classical Sector», *Public Procurement Law Review* 2005, p. 237 (p. 248).

42 — A este respeito, é de referir a definição legal constante do artigo 1.º, n.º 8, primeiro parágrafo, da Directiva 2004/18 (já referida na nota 38) e do artigo 1.º, n.º 7, primeiro parágrafo, da Directiva 2004/17 (já referida na nota 9).
Na directiva aplicável no presente caso, não existe uma definição correspondente que refira expressamente o mercado.

43 — V. artigo 31.º, n.º 1, alínea b), da Directiva 2004/18 e artigo 40.º, n.º 3, alínea c), da Directiva 2004/17.

100. Deve ainda esclarecer-se se é apenas relevante a actividade efectiva ou se também deve ser tido em conta o objecto da entidade, designadamente o objecto social de acordo com os estatutos, ou seja, todas as actividades que a entidade podia, de todo, exercer. Embora a tomada em consideração do objecto de uma entidade não seja estranha ao direito dos contratos públicos, esta abordagem dificultaria, no entanto, ainda mais a apreciação do essencial da actividade, porque relativamente a actividades potenciais — actividades cuja realização no futuro não é certa — não podem ser dadas indicações actuais fiáveis.

101. É ainda controvertido se devem ser consideradas apenas determinadas actividades ou todas as actividades da entidade. O critério da essencialidade da actividade também pode ser entendido no sentido de que só devem ser tidas em conta as actividades da natureza daquelas que também devem ser exercidas para a entidade dominante, designadamente o fornecimento de energia, o que excluiria outras actividades exercidas pela entidade em questão, designadamente a eliminação de resíduos, e implicaria que só seria decisiva a percentagem das actividades realizadas nesses domínios específicos.

102. Na minha opinião, o simples facto de estar em causa uma excepção ao regime da directiva já é contrário a essa interpretação do segundo critério Teckal. Com efeito, essa interpretação poderia conduzir a um alargamento das operações abrangidas pela excepção nos casos em que o critério da essencialidade está preenchido relativamente a actividades de uma determinada natureza mas não relativamente a todas as actividades da entidade em causa.

103. Como parece resultar da redacção do acórdão Teckal e dos factos que estão na origem do presente processo, o critério da essencialidade da actividade pode, além disso, estar preenchido não só pelo facto de a actividade para um sócio ultrapassar o limiar do essencial mas também pelo facto de todas as prestações realizadas para todos os sócios deverem ser somadas e de este resultado dever ser relacionado com a actividade no seu todo.

104. No n.º 50 do acórdão Teckal, o Tribunal de Justiça também utilizou o plural relativamente ao segundo critério e afirmou o seguinte:

«[...] Só pode ser de outro modo na hipótese de, simultaneamente, a autarquia exercer sobre a pessoa em causa um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e de essa pessoa realizar o essencial

da sua actividade com a ou as *autarquias* que a [detêm]». [44]

105. Caso se adopte uma interpretação estrita deste excerto, não são apenas relevantes as prestações realizadas para a entidade dominante, isto é, para o município de Busto Arsizio. As prestações realizadas para os outros sócios também podem ser tomadas em consideração.

106. No que se refere aos aspectos *quantitativos*, não pode ser exclusivamente relevante o volume de negócios. Também devem ser considerados outros indicadores económicos da empresa. Desta forma, como é referido na segunda questão prejudicial, também pode, em princípio, ser tida em conta a percentagem que os rendimentos provenientes de actividades realizadas para os sócios representam em relação à totalidade dos rendimentos. No entanto, à percentagem dos rendimentos globais também se aplica o princípio aplicável à percentagem do volume de negócios globais, segundo o qual não é suficiente uma mera predominância relativamente aos restantes rendimentos. Ambas dizem apenas respeito — saliente-se — ao aspecto quantitativo.

44 — O sublinhado é meu.

107. Por último, o Tribunal de Justiça não precisou em relação ao critério da essencialidade da actividade em que momento este pressuposto se deve verificar ou qual é o período relevante para esta apreciação.

108. Em conformidade como o sistema das directivas em matéria de adjudicação de contratos públicos, esse momento deveria ser aquele em que a entidade adjudicante actua, ou seja, *in casu* atribui o contrato. Isto conduz, porém, a ter em conta uma situação momentânea se não for justamente tomado por base — à semelhança do que estabelece o artigo 13.º da Directiva 93/38 — um período mais longo.

109. Uma vez que a AGESP realiza directamente prestações não só para o município como também, no que respeita a algumas prestações, para terceiros no território do município, mais precisamente quer para empresas quer para particulares, coloca-se ainda a questão de saber se e em que condições prestações que não são directamente realizadas para o município devem ser consideradas prestações realizadas para o município, isto é, para a entidade dominante na acepção do segundo critério Teckal.

110. Neste ponto, revelam-se claramente mais uma vez a indeterminação do segundo critério Teckal e a incerteza jurídica que lhe está associada para as entidades interessadas.

No interesse da segurança jurídica, afigura-se, por conseguinte, necessária uma precisão.

111. Neste contexto, foi suscitada a questão de saber se o território em que as prestações são realizadas é relevante. Caso se siga esta tese, no processo principal só as prestações realizadas no território do município de Busto Arsizio seriam abrangidas. Uma ligação territorial suficiente constitui, no mínimo, um critério adequado de imputação. Isto explica-se pelo facto de essa ligação também desempenhar um papel fundamental na fixação das competências das entidades públicas, em especial dos municípios. O entendimento de que só devem ser englobadas as prestações realizadas para pessoas residentes no município é, porém, demasiado restritivo. Ao invés, seria, no entanto, possível englobar as prestações que, embora sejam realizadas fora do município, beneficiam pessoas do município, designadamente porque o município não oferece, ele próprio, a prestação em causa — por exemplo, devido aos seus custos —, mas a mesma é oferecida por uma entidade na qual vários municípios e/ou uma ou várias regiões detêm participações.

112. Resta ainda salientar que a pessoa mencionada na factura relativa à prestação ou que paga esta última é irrelevante para a questão da imputação. Com efeito, é justamente típico das tarefas de interesse geral que são cumpridas sob a forma de concessões que pelo menos uma parte da remuneração provenha dos clientes da entidade em questão. Pense-se a este respeito, em especial, nas concessões, incluídas nas directivas, relativas à construção de auto-estradas pelas quais é cobrada uma portagem. Para os municípios, são sobretudo de grande importância os serviços de transporte, o fornecimento de energia, a eliminação de resíduos bem como a construção e eventualmente também a gestão de estabelecimentos de formação ou de ocupação de tempos livres ou de parques de estacionamento. Nestes casos, há, porém, que examinar em primeiro lugar se não estão em causa concessões de serviços, às quais não se aplica, logo por este motivo, o regime das directivas.

113. O Tribunal de justiça deveria clarificar o segundo critério Teckal fixando as condições em que as prestações realizadas para terceiros também se encontram abrangidas. Deve sobretudo ser tido em conta o tipo de relação entre o terceiro e a entidade dominante, *in casu*, portanto, o município. A imputabilidade das prestações ao município é especialmente evidente nos casos em que o município está obrigado face aos terceiros a realizar uma prestação. Não deve necessariamente estar em causa uma obrigação de aprovisionamento criada pelo direito público como, por exemplo, pelas respectivas leis regionais. Seria igualmente concebível incluir obrigações de direito privado como as decorrentes, por exemplo, de um contrato celebrado entre privados e o município. Há

igualmente que esclarecer se relações contratuais adicionais entre os terceiros e a entidade que realiza a prestação são igualmente relevantes. A este respeito, deve igualmente ser decisivo se, além da realização efectiva da prestação, existe adicionalmente uma relação jurídica entre o município e a entidade que realiza a prestação.

114. É, em todo o caso, de rejeitar a opinião de que qualquer prestação realizada para a população da autarquia em questão, no presente caso, portanto, do município de Busto Arsizio, deve ser englobada. Com efeito, deste modo seriam igualmente abrangidos todos os restantes fornecimentos a privados, mesmo que não existisse qualquer ligação ao município. Neste caso, a natureza da actividade não teria qualquer relevância. Se, por exemplo, uma entidade não se limitasse a fornecer energia ou a eliminar resíduos, mas também vendesse determinados produtos como caloríferos ou recipientes para o lixo, estes lucros também seriam, eles próprios, abrangidos, apesar de se tratar de produtos que qualquer consumidor pode igualmente obter de outras fontes. Uma interpretação exclusivamente baseada na qualidade do terceiro que solicita as prestações conduziria a que qualquer prestação realizada para consumidores fosse abrangida só pelo facto de estes terem a sua residência no município.

115. Tudo ponderado, deve concluir-se que não é exclusivamente relevante a qualidade do terceiro que solicita as prestações, mas sim igualmente o conteúdo do negócio.

C — *Conclusão intermédia*

116. O critério segundo o qual a entidade controlada deve realizar o essencial da sua actividade para a autarquia ou as autarquias que a detêm também pode estar preenchido quando estão em causa empresas públicas participadas por várias entidades públicas e uma participação indirecta. A este respeito, devem igualmente ser imputadas à entidade dominante determinadas prestações realizadas para terceiros.

117. No presente processo, o juiz nacional deve ter em conta uma série de aspectos, devendo igualmente considerar os rendimentos provenientes de actividades realizadas para os sócios, mas não o critério dos 80% previsto no artigo 13.º da Directiva 93/38/CEE.

VIII — Conclusão

118. Face ao exposto, proponho ao Tribunal de Justiça que responda às questões prejudiciais nos seguintes termos:

A Directiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento, deve ser interpretada no sentido de que só não se opõe à adjudicação directa de um contrato num procedimento como o do litígio no processo principal quando estejam verificados os seguintes pressupostos:

Em primeiro lugar, a autarquia deve exercer sobre a outra entidade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços. A este respeito, o juiz nacional deve examinar os seguintes aspectos:

— os interesses dos sócios;

— a transformação da «azienda municipalizzata» numa sociedade anónima;

— o facto de a abertura do capital da sociedade não estar prevista obrigatoriamente e não ter igualmente ocorrido;

— a possibilidade de a AGESP abrir sucursais, inclusive no estrangeiro;

— a amplitude da possibilidade de influenciar a nomeação do conselho de administração e a gestão;

— os poderes do conselho de administração da AGESP e

— a circunstância de o município participar indirectamente na AGESP por intermédio da AGESP Holding.

Em segundo lugar, essa entidade deve simultaneamente realizar o essencial da sua actividade para a ou as autarquias que a detêm. A este respeito, o juiz nacional deve tomar em conta os aspectos referidos nos n.os 76 a 115, devendo igualmente considerar os rendimentos provenientes de actividades realizadas para os sócios, mas não o critério dos 80% previsto no artigo 13.º da Directiva 93/38/CEE.