CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
L. A. GEELHOED
apresentadas em 12 de Janeiro de 2006 [1]

I — Introdução

1. Pelo presente pedido de decisão prejudicial, o Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Itália) interroga o Tribunal de Justiça acerca da compatibilidade com o direito comunitário de uma regulamentação nacional que permite a adjudicação directa de um serviço de transportes públicos local a uma empresa detida e controlada pelo organismo público adjudicante. Trata-se de mais um processo em que o Tribunal de Justiça é chamado a esclarecer o alcance do seu acórdão Teckal [2].

2. No n.º 49 desse acórdão, o Tribunal de Justiça considerou que, para existir um contrato público de fornecimento, na acepção da Directiva 93/36/CEE do Conselho [3], é necessário, nomeadamente, que tenha havido uma convenção entre duas pessoas distintas.

3. A este respeito, o Tribunal de Justiça precisou no n.º 50 do referido acórdão:

«[...] 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 com a ou as autarquias que a controlam».

II — Quadro jurídico

4. Na legislação italiana, o artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 269/03 alterou o artigo 113.º

1 — Língua original: francês.

2 — De 18 de Novembro de 1999 (C-107/98, Colect., p. I-8121).

3 — Directiva de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento (JO L 199, p. 1).

do Decreto legislativo n.º 267/00. A nova versão do artigo 113.º, n.º V, prevê:

«O serviço é prestado de acordo com as regras do sector e no respeito do direito da União Europeia, mediante adjudicação:

a) a sociedades de capitais escolhidas por concurso público;

b) a sociedades de capital misto público e privado, nas quais o sócio privado é escolhido por concurso público que dê garantias de respeito das normas internas e comunitárias em matéria de concorrência, de acordo com as directrizes fixadas pelas autoridades competentes em procedimentos ou circulares específicos;

c) a sociedades de capital integralmente público, na condição de o organismo ou organismos públicos detentores do capital social exercerem sobre a empresa um controlo análogo ao que exercem sobre os seus próprios serviços e de a empresa desenvolver o essencial da sua actividade com o organismo ou os organismos públicos que a controlam.»

III — O litígio no processo principal e a questão prejudicial

5. Por decisão de 17 de Julho de 2003, a administração municipal de Bari lançou um concurso público para a adjudicação do serviço de transportes públicos local do município de Bari. Seguidamente, por decisão de 18 de Dezembro de 2003, não deu continuidade ao concurso público e adjudicou o serviço à sociedade AMTAB Servizio SpA.

6. Decorre da decisão de reenvio que a nova decisão do município de Bari ocorreu na sequência da entrada em vigor do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 269/03, que alterou o artigo 113.º, n.º V, do Decreto legislativo n.º 267/00.

7. Em especial, a nova redacção do artigo 113.º, n.º V, alínea c), que descreve a

gestão «interna» de um serviço público à luz da definição dada pelo Tribunal de Justiça no n.º 50 do acórdão Teckal, já referido, e do qual resulta que a gestão «interna» de um serviço público está excluída do âmbito de aplicação do direito comunitário relativo aos concursos públicos, teria levado a referida autarquia de Bari a não dar continuidade ao concurso público.

8. Segundo a decisão de reenvio, a sociedade concessionária AMTAB Servizio SpA é uma empresa cujo capital social é integralmente detido pelo município de Bari e que tem por objecto exclusivo a exploração do serviço de transportes públicos local na cidade de Bari. A referida empresa é totalmente controlada pela autarquia de Bari nos termos do contrato de prestação de serviços que liga as duas entidades.

9. A recorrente no processo principal, Associazione nazionale autotrasporto viagiatori, interpôs no órgão jurisdicional de reenvio um recurso de anulação da decisão de 18 de Dezembro de 2003 pela qual o município de Bari adjudicou o serviço em questão à empresa AMTAB Servizio SpA, alegando que a mesma violava o direito comunitário e, designadamente, os artigos 3.º CE, 16.º CE, 43.º CE, 49.º CE, 50.º CE, 51.º CE, 70.º CE, 71.º CE, 72.º CE, 81.º CE, 82.º CE, 86.º CE e 87.º CE.

10. Face a esta argumentação, o Tribunale amministrativo regionale di Puglia suspendeu a instância e submeteu ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«O artigo 113.º, n.º V, do Decreto legislativo n.º 267/00, com as alterações introduzidas pelo artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 269/03, na medida em que não impõe qualquer limite à liberdade de escolha da administração pública entre as diversas modalidades de adjudicação do serviço público, especialmente entre a adjudicação por concurso público e a adjudicação directa a uma empresa por ela inteiramente controlada, é compatível com o direito comunitário e, em especial, com as obrigações de transparência e de livre concorrência consignadas nos artigos 46.º CE, 49.º CE e 86.º CE?»

IV — Apreciação

11. Os artigos 43.º CE, 49.º CE e 86.º CE opõem-se a uma legislação, como a que é referida na questão prejudicial, que confere às administrações locais a liberdade de escolha entre a atribuição da gestão de um serviço de transportes públicos a uma empresa dependente da administração local em causa ou a realização de um concurso público para a adjudicação de uma concessão deste serviço a uma entidade privada?

12. É esta, essencialmente, a questão que se coloca ao órgão jurisdicional de reenvio e que, à luz da jurisprudência recente e muito recente do Tribunal de Justiça [4], é relativamente fácil de responder.

13. Decorre dos autos do processo principal, entregues na Secretaria do Tribunal de Justiça, que o serviço em causa é, pelo menos em parte, remunerado pela aquisição de títulos de transporte pelos utentes, de forma que se trata de uma concessão de serviços regulada não pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos, mas directamente pelas disposições do direito primário e, em especial, pelas liberdades fundamentais previstas pelo Tratado CE [5]. O órgão jurisdicional de reenvio parece ter chegado à mesma conclusão, uma vez que a sua questão prejudicial apenas se refere aos artigos 43.º CE [6], 49.º CE e 86.º CE e não à Directiva 92/50/CEE [7].

14. Os dados mais importantes para a resposta encontram-se no n.º 50 do acórdão Teckal, já referido, bem como no n.º 49 do acórdão Stadt Halle e RPL Lochau, já referido. Deles decorre que o concurso público não é obrigatório mesmo que o co-contratante seja uma entidade juridicamente distinta da autoridade pública, no caso de, sendo esta última uma entidade adjudicante, exercer sobre a entidade distinta em questão um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e de esta entidade realizar o essencial da sua actividade com a ou as autoridades públicas que a detêm [8].

15. Ora, comparando a redacção da nova versão do artigo 113.º, n.º V, alínea c), do Decreto legislativo n.º 267/00 [«empresas de capital integralmente público, na condição de o organismo ou organismos públicos detentores do capital social exercerem sobre a empresa um controlo análogo ao que exercem sobre os seus próprios serviços e de a empresa desenvolver o essencial da sua actividade com o organismo ou os organismos públicos que a controlam»] com as passagens da jurisprudência do Tribunal de Justiça referidas no número anterior, verifica-se que, sem qualquer dúvida, o legislador italiano respeitou esta jurisprudência.

16. Isto mesmo é confirmado pela Comissão das Comunidades Europeias que, nas suas observações escritas, salienta que a actual redacção do referido artigo 113.º, n.º V, alínea

4 — Acórdãos Teckal, já referido; de 11 de Junho de 2005, Stadt Halle e RPL Lochau (C-26/03, Colect., p. I-1); de 21 de Julho de 2005, Coname (C-231/03, Colect., p. I-7287); de 13 de Outubro de 2005, Parking Brixen (C-458/03, Colect., p. I-8585) e de 10 de Novembro de 2005, Comissão/Áustria (C-29/04, Colect., p. I-9705).

5 — Acórdão Coname (n.º 16).

6 — Na questão prejudicial, o juiz *a quo* cita o artigo 46.º CE e não o artigo 43.º CE. Da leitura integral da decisão de reenvio conclui-se que se trata de um erro material.

7 — Directiva do Conselho de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de serviços (JO L 209, p. 1).

8 — V., também, acórdão Comissão/Áustria, já referido (n.º 34).

c) resultou de um processo de infracção que ela instaurara contra a República Italiana.

17. Verificada que está a conformidade da regulamentação nacional com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, qualquer decisão de uma autarquia local que, por sua vez, respeite esta regulamentação deve também ser considerada compatível com o direito comunitário.

18. A este propósito, há, no entanto, que referir que os critérios de admissão das situações «internas» são de aplicação estrita. Decorre, designadamente dos acórdãos Parking Brixen e Comissão/Áustria, já referidos, por um lado, que o controlo exercido pela entidade adjudicante não deve ser diluído pela participação, «ainda que minoritária», de uma empresa privada no capital social da empresa à qual foi atribuída a gestão do serviço em causa e, por outro, que a referida empresa deve realizar o essencial da sua actividade com a ou as entidades que a detêm.

19. Tendo em atenção as circunstâncias de facto que estão na origem do processo principal, parece-nos que estes dois critérios estão preenchidos, de forma que a nossa análise poderia terminar aqui se um terceiro critério não decorresse do acórdão Comissão/Áustria [9], a saber, a exigência de que o cumprimento dos dois critérios referidos deve estar assegurado em permanência.

20. Com efeito, na hipótese de, uma vez cumpridos estes dois primeiros critérios no momento da atribuição da gestão do serviço em causa, a administração competente proceder à cessão de uma parte «ainda que minoritária» do capital social da sociedade em causa a uma empresa privada, daqui resultaria que pelo expediente de uma construção artificial que compreende várias fases distintas, consistentes na criação da sociedade, na atribuição a esta da gestão do serviço de transportes públicos e na cessão de uma parte do seu capital a uma empresa privada, uma concessão de serviço público seria atribuída a uma empresa de economia mista sem abertura de concurso.

21. O mesmo raciocínio é válido no caso de à entidade concessionária originária serem atribuídos outros serviços públicos, sem abertura de concurso, por organismos públicos distintos daquele que a detém.

22. Nas duas situações acima descritas não são respeitados os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da transparência, tal como foram recordados pelo Tribunal de Justiça nos acórdãos Coname e Parking Brixen, já referidos.

9 — V. n.os 38 a 42.

V — Conclusão

23. Tendo em conta o que precede, proponho que o Tribunal de Justiça responda da seguinte forma à questão prejudicial submetida pelo Tribunale amministrativo regionale per la Puglia:

«Os artigos 43.° CE, 49.° CE e 86.° CE devem ser interpretados no sentido de que não impedem a aplicação de uma disposição como o artigo 113.°, n.° V, do Decreto legislativo italiano n.° 267/00 na sua redacção actual, desde que os dois critérios que ela prevê, a saber, que a sociedade concessionária deve estar sujeita a um controlo análogo ao que a administração exerce sobre os seus próprios serviços e deve realizar o essencial da sua actividade com o organismo que a detém, permaneçam respeitados de forma duradoira após a atribuição da gestão de um serviço público a essa sociedade.»