ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção)

15 de Outubro de 2009 *

No processo C-196/08,

que tem por objecto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 234.º CE, apresentado pelo Tribunale amministrativo regionale della Sicilia (Itália), por decisão de 13 de Março de 2008, entrado no Tribunal de Justiça em 14 de Maio de 2008, no processo

Acoset SpA

contra

Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa,

Provincia Regionale di Ragusa,

Comune di Acate (RG),

* Língua do processo: italiano.

Comune di Chiaramonte Gulfi (RG),

Comune di Comiso (RG),

Comune di Giarratana (RG),

Comune di Ispica (RG),

Comune di Modica (RG),

Comune di Monterosso Almo (RG),

Comune di Pozzallo (RG),

Comune di Ragusa,

Comune di Santa Croce Camerina (RG),

Comune di Scicli (RG),

Comune di Vittoria (RG),

sendo interveniente:

Saceccav Depurazioni Sacede SpA,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção),

composto por: A. Rosas, presidente de secção, A. Ó Caoimh, J. N. Cunha Rodrigues (relator), U. Lõhmus e P. Lindh, juízes,

advogado-geral: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
secretário: M. Ferreira, administradora principal,

vistos os autos e após a audiência de 2 de Abril de 2009,

vistas as observações apresentadas:

— em representação da Acoset SpA, por A. Scuderi e G. Bonaventura, avvocati,

— em representação da Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa e o., por N. Gentile, avvocato,

— em representação da Comune di Vittoria (RG), por A. Bruno e C. Giurdanella, avvocati,

— em representação do Governo italiano, por R. Adam, na qualidade de agente, assistido por G. Fiengo, avvocato dello Stato,

— em representação do Governo austríaco, por M. Fruhmann, na qualidade de agente,

— em representação do Governo polaco, por M. Dowgielewicz, na qualidade de agente,

— em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por C. Zadra e D. Kukovec, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 2 de Junho de 2009,

profere o presente

Acórdão

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objecto a interpretação dos artigos 43.º CE, 49.º CE e 86.º CE.

2 Este pedido foi apresentado no quadro de um litígio que opõe a Acoset SpA (a seguir «Acoset») à Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. Ragusa (Assembleia dos Presidentes de Câmara e do Presidente da Província Regional de Ragusa, a seguir «Conferenza») e o., a propósito da anulação por esta do processo de concurso com vista à selecção do sócio privado minoritário na sociedade de economia mista adjudicatária directa do serviço integrado das águas («servizio idrico integrato») na província de Ragusa.

Quadro jurídico

Regulamentação comunitária

Directiva 2004/18

3 O artigo 1.º da Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (JO L 134, p. 114), dispõe:

«[…]

2. a) 'Contratos públicos' são contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais entidades adjudicantes, que têm por objecto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços na acepção da presente directiva.

[…]

d) 'Contratos públicos de serviços' são contratos públicos que não sejam contratos de empreitada de obras públicas ou contratos públicos de fornecimento, relativos à prestação de serviços mencionados no anexo II.

[…]

4. ‘Concessão de serviços’ é um contrato com as mesmas características que um contrato público de serviços, com excepção de que a contrapartida dos serviços a prestar consiste quer unicamente no direito de exploração do serviço, quer nesse direito acompanhado de um pagamento.

[…]»

4 O artigo 3.º da Directiva 2004/18 estabelece:

«Quando uma entidade adjudicante conferir a entidades que não tenham o seu estatuto jurídico direitos especiais ou exclusivos de exercício de actividades de serviço público, o acto pelo qual tais direitos são conferidos deve prever que a entidade em questão respeite o princípio da não discriminação por motivos de nacionalidade na adjudicação de contratos de fornecimento a terceiros no âmbito dessa actividade.»

5 Nos termos do artigo 7.º da referida directiva:

«A presente directiva é aplicável aos contratos públicos […] cujo valor estimado, sem Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA), seja igual ou superior aos seguintes limiares:

[…]

b) 249 000 euros:

— para os contratos públicos de fornecimento e de serviços celebrados por entidades adjudicantes não mencionadas no anexo IV, ['Autoridades Governamentais Centrais'],

[…]»

6 O Regulamento (CE) n.º 2083/2005 da Comissão, de 19 de Dezembro de 2005, que altera as Directivas 2004/17/CE e 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativamente aos limiares de valor aplicáveis nos processos de adjudicação dos contratos públicos (JO L 333, p. 28), modificou o artigo 7.º, alínea b), da Directiva 2004/18, na sua versão resultante do Regulamento (CE) n.º 1874/2004 da Comissão, de 28 de Outubro de 2004 (JO L 326, p. 17), substituindo o montante de 236 000 euros pelo de 211 000 euros, para o período compreendido entre 1 de Janeiro de 2006 e 1 de Janeiro de 2007.

7 Em conformidade com o disposto no artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 1422/2007 da Comissão, de 4 de Dezembro de 2007, que altera as Directivas 2004/17/CE e 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativamente aos limiares de valor aplicáveis nos processos de adjudicação dos contratos públicos (JO L 317, p. 34), o referido montante passou para 206 000 euros, a partir de 1 de Janeiro de 2008.

8 O artigo 17.º da Directiva 2004/18 dispõe:

«Sem prejuízo da aplicação do disposto no artigo 3.º, a presente directiva não é aplicável às concessões de serviços definidas no n.º 4 do artigo 1.º»

9 Nos termos do artigo 21.º da Directiva 2004/18:

«Os contratos que tenham por objecto os serviços referidos no anexo II B estão sujeitos apenas ao artigo 23.º e ao n.º 4 do artigo 35.º»

10 São abrangidos pelo anexo II B, categoria 27, desta directiva os «[o]utros serviços», com excepção dos contratos de trabalho, aquisição, desenvolvimento, produção ou co-produção de programas por organismos de radiodifusão e dos contratos relativos a tempos de antena.

Directiva 2004/17

11 Nos termos do artigo 1.º, n.ºs 2 e 3, da Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de

adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (JO L 134, p. 1):

«2. […]

b) 'Contratos de empreitada de obras' são contratos que têm por objecto quer a execução, quer conjuntamente a concepção e a execução, quer ainda a realização, por qualquer meio, de trabalhos relacionados com uma das actividades na acepção do anexo XII ou de uma obra que satisfaça as necessidades especificadas pela entidade adjudicante. Por 'obra' entende-se o resultado de um conjunto de trabalhos de construção ou engenharia civil destinado a desempenhar, por si só, uma função económica e técnica.

c) 'Contratos de fornecimento' são contratos que não os abrangidos pela alínea b), que têm por objecto a compra, a locação financeira, a locação ou a locação-venda, com ou sem opção de compra, de produtos.

Um contrato que tenha por objecto o fornecimento de produtos e, a título acessório, operações de montagem e instalação é considerado um 'contrato de fornecimento'.

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

Um contrato que tenha por objecto, simultaneamente, produtos e serviços na acepção do anexo XVII, é considerado um 'contrato de serviços' sempre que o valor dos serviços em questão exceda o dos produtos abrangidos pelo contrato.

Um contrato que tenha por objecto serviços, na acepção do anexo XVII, e que, só a título acessório em relação ao objecto principal do contrato, inclua actividades na acepção do anexo XII, é considerado um 'contrato de serviços'.

3. a) 'Concessão de obras' é um contrato com as mesmas características que um contrato de empreitada de obras, com excepção de que a contrapartida das obras a efectuar consiste quer unicamente no direito de exploração da obra, quer nesse direito acompanhado de um pagamento.

b) 'Concessão de serviços' é um contrato com as mesmas características que um contrato de serviços, com excepção de que a contrapartida dos serviços a prestar consiste quer unicamente no direito de exploração do serviço, quer nesse direito acompanhado de um pagamento.»

12 Em conformidade com o disposto no artigo 4.º da Directiva 2004/17:

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

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

b) À alimentação dessas redes com água potável.

[…]»

13 Nos termos do artigo 9.º, n.º 1, da mesma directiva:

«Um contrato que vise a prossecução de actividades diversas obedece às normas aplicáveis à actividade a que se destina principalmente.

Todavia, a escolha entre a adjudicação de um único contrato ou a adjudicação de vários contratos separados não pode ocorrer com o objectivo de evitar a aplicação da presente directiva ou, eventualmente, da Directiva 2004/18/CE.»

14 O artigo 18.º da Directiva 2004/17 dispõe:

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

Legislação nacional

15 O Decreto Legislativo n.º 267, que estabelece o texto único das leis sobre a organização das entidades locais (testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), de 18 de Agosto de 2000 (suplemento ordinário do GURI n.º 227, de 28 de Setembro

de 2000), conforme alterado pelo Decreto-Legge n.º 269, que contém medidas urgentes para favorecer o desenvolvimento e para corrigir a situação das contas públicas (disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici), de 30 de Setembro de 2003 (suplemento ordinário do GURI n.º 229, de 2 de Outubro de 2003), convertido em lei, após alteração, pela Lei n.º 326, de 24 de Novembro de 2003 (suplemento ordinário do GURI n.º 274, de 25 de Novembro de 2003, a seguir «Decreto Legislativo n.º 267/2000»), dispõe, no seu artigo 113.º, n.º 5:

«A prestação do serviço [de um serviço público local por uma colectividade territorial] processa-se nos termos da regulamentação do sector e no respeito pela regulamentação da União Europeia, atribuindo a exploração do serviço:

a) a sociedades de capital seleccionadas mediante procedimentos de contratação pública;

b) a sociedades de capital misto, público e privado, em que o sócio privado é escolhido através de procedimentos de contratação pública que assegurem o cumprimento das regulamentações nacionais e comunitárias em matéria de concorrência, segundo as orientações que as autoridades competentes estabeleçam através de medidas ou circulares específicas;

c) a sociedades de capital inteiramente público, desde que a entidade pública ou as entidades públicas titulares do capital social exerçam sobre a sociedade um controlo equivalente ao que exercem sobre os seus próprios serviços e que a referida sociedade realize o essencial da sua actividade com a entidade pública ou as entidades públicas que a controlam.»

Litígio no processo principal e questão prejudicial

16 Em 10 de Julho de 2002, a Provincia Regionale di Ragusa (Província Regional de Ragusa) e os municípios da Região concluíram uma convenção de cooperação com vista à constituição do Ambito Territoriale Ottimale (Âmbito Territorial Óptimo, a seguir «ATO») idrico di Ragusa (para as águas de Ragusa), autoridade local responsável pelo serviço integrado das águas de Ragusa.

17 Em 26 de Março de 2004, a Conferenza, órgão de gestão do ATO, escolheu como forma de gestão do serviço em questão a «sociedade de economia mista com capital público maioritário» visada no artigo 113.º, n.º 5, alínea b), do Decreto Legislativo n.º 267/2000.

18 Em 7 de Junho de 2005, a Conferenza aprovou os projectos de escritura de constituição da sociedade anónima a criar e dos estatutos desta, bem como o projecto relativo à convenção sobre a gestão do referido serviço, cujo artigo 1.º prevê que o serviço seja confiado directamente, a título exclusivo, à sociedade de economia mista a constituir (gestora do serviço integrado das águas).

19 Seguidamente, foi publicado um anúncio de concurso, nomeadamente, no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias,* de 8 de Outubro de 2005 (JO S 195), com vista à selecção da empresa, accionista privado minoritário, à qual seria confiada a actividade operacional do serviço integrado das águas e a execução das obras conexas com a gestão exclusiva desse serviço, a saber, as obras previstas, designadamente, no plano operacional trienal, aprovado pela Assembleia dos Presidentes dos Municípios em 15 de Dezembro de 2003.

20 Nos termos do artigo 1.º, ponto 8, do caderno de encargos, as «obras a realizar são as que figuram no plano operacional trienal, conforme alterado e/ou completado pela proposta, bem como no projecto de informação posterior previsto no plano de

ordenamento [...]» e «para a atribuição das obras que não sejam executadas directamente pelo accionista privado, deverá recorrer-se aos procedimentos concorrenciais previstos na lei».

21 Participaram no procedimento de concurso três agrupamentos temporários de empresas, cujos chefes de fila mandatários são, respectivamente, a Saceccav Depurazioni Sacede SpA, a Acoset e a Aqualia SpA. O júri do concurso excluiu a Aqualia SpA e admitiu os outros dois agrupamentos. O responsável pelo procedimento convidou, em seguida, estes últimos a declarar se continuavam interessados. Só a Acoset respondeu afirmativamente.

22 Resulta ainda da decisão de reenvio que a Conferenza, em vez de registar a atribuição e proceder à constituição da sociedade mista de gestão a fim de lançar o serviço em questão e de beneficiar dos fundos comunitários, decidiu, na sessão de 26 de Fevereiro de 2007, por recear a ilicitude do procedimento seguido à luz do direito comunitário, iniciar diligências para a anulação do procedimento de selecção da Acoset. Em consequência, o secretariado técnico operacional do ATO informou a Acoset, por nota de 28 de Fevereiro de 2007, do início do processo de anulação, e a Acoset apresentou observações a esse respeito por nota de 26 de Março de 2007.

23 Em 2 de Outubro de 2007, a Conferenza pronunciou-se a favor da anulação do procedimento de concurso em questão e adoptou o consórcio como forma de gestão do serviço integrado das águas de Ragusa. Por nota de 9 de Outubro seguinte, foi comunicada à Acoset a anulação do procedimento de concurso.

24 No quadro do seu recurso no processo principal contra a decisão de 2 de Outubro de 2007 e os actos com ela conexos, a Acoset pede o reconhecimento de um direito de indemnização sob a forma da atribuição do contrato e de uma indemnização específica dos danos sofridos em consequência dos actos impugnados. A Acoset pede igualmente, em procedimento cautelar, a suspensão provisória desses actos.

25 Segundo a Acoset, a atribuição directa da gestão de serviços públicos locais a sociedades de economia mista, em conformidade com o disposto no artigo 113.º, n.º 5, alínea b), do Decreto Legislativo n.º 267/2000, nas quais o sócio privado foi escolhido por meio de um procedimento de concurso que respeita as disposições comunitárias em matéria de concorrência, é compatível com o direito comunitário.

26 Os recorridos no processo principal consideram, em contrapartida, que o direito comunitário só autoriza tal atribuição directa e sem concurso de obras e serviços a sociedades de participação pública total que realizem o essencial da sua actividade com a entidade pública ou as entidades públicas que as controlam e sobre elas exercem um controlo análogo ao que exercem sobre os seus próprios serviços. A participação, ainda que minoritária, de uma empresa privada no capital de uma sociedade em que participa igualmente a entidade adjudicante em causa exclui, de qualquer forma, que essa entidade adjudicante possa exercer sobre essa sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços (v., nomeadamente, acórdão de 11 de Janeiro de 2005, Stadt Halle e RPL Lochau, C-26/03, Colect., p. I-1).

27 O Tribunale amministrativo regionale della Sicilia considera que a questão da compatibilidade da atribuição directa do contrato em causa, à luz do direito comunitário, que foi suscitada pela Acoset, é pertinente e que a resposta a essa questão não pode ser claramente deduzida da jurisprudência do Tribunal de Justiça.

28 Nestas condições, o Tribunale amministrativo regionale della Sicilia decidiu suspender a instância quanto ao pedido de suspensão da execução formulado no processo principal e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«É compatível com o direito comunitário, em especial com as obrigações de transparência e de livre concorrência previstas nos artigos 43.º, 49.º e 86.º do Tratado, um modelo de sociedade de economia mista, constituída expressamente para a execução de um determinado serviço público de natureza industrial e com objecto social exclusivo, à qual seja directamente adjudicado o serviço em questão, em que o sócio privado de natureza 'industrial' e '[operacional]' é seleccionado através de um [procedimento] de concurso público, após verificação quer dos requisitos financeiros e

técnicos quer dos requisitos [especificamente operacionais] e de gestão referentes ao serviço a efectuar e às prestações específicas a fornecer?»

Quanto à admissibilidade

29 O Governo austríaco observa que o pedido de decisão prejudicial deve ser declarado inadmissível, com o fundamento de que a decisão de reenvio não fornece informações suficientes sobre o quadro factual e jurídico em que se inscreve o processo principal, para permitir ao Tribunal de Justiça responder de forma útil à questão prejudicial. Considera que faltam, em particular, informações sobre a especificidade da prestação ou das prestações em causa, sobre o conteúdo do concurso e do procedimento de adjudicação, bem como sobre alguns conceitos utilizados na questão submetida.

30 No tocante às informações que devem ser fornecidas ao Tribunal de Justiça no quadro de uma decisão de reenvio, deve recordar-se que essas informações servem não só para permitir ao Tribunal de Justiça dar respostas úteis mas também para dar aos governos dos Estados-Membros bem como às outras partes interessadas a possibilidade de apresentarem observações em conformidade com o artigo 23.º do Estatuto do Tribunal de Justiça. Resulta de jurisprudência constante que, para esse efeito, é necessário, por um lado, que o juiz nacional defina o quadro factual e regulamentar em que se inserem as questões que submete ou que, pelo menos, explique as hipóteses factuais em que se baseiam essas questões. Por outro lado, a decisão de reenvio deve indicar as razões precisas que conduziram o juiz nacional a interrogar-se sobre a interpretação do direito comunitário e a considerar necessário submeter questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça. Neste contexto, é indispensável que o juiz nacional dê um mínimo de explicações sobre as razões da escolha das disposições comunitárias cuja interpretação pede e sobre a relação que estabelece entre essas disposições e a legislação nacional aplicável ao litígio no processo principal (v., nomeadamente, acórdão de 6 de Março de 2007, Placanica e o., C-338/04, C-359/04 e C-360/04, Colect., p. I-1891, n.º 34).

31 A decisão de reenvio do Tribunale amministrativo regionale della Sicilia satisfaz estas exigências.

32 Com efeito, o órgão jurisdicional nacional menciona as disposições nacionais aplicáveis e a decisão de reenvio comporta uma descrição dos factos que, se bem que sucinta, é suficiente para permitir ao Tribunal de Justiça pronunciar-se. Além disso, o referido órgão jurisdicional indica as razões que o levaram a considerar necessário submeter uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça, na medida em que esta contém uma descrição detalhada dos pontos de vista opostos defendidos pelas partes no processo principal, no que se refere à interpretação das disposições comunitárias que são objecto da questão prejudicial, e em que, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a resposta à referida questão não poderia ser claramente deduzida da jurisprudência do Tribunal de Justiça.

33 Por outro lado, a Conferenza observa que, na medida em que o procedimento de selecção do sócio privado em causa no processo principal foi anulado, a Acoset não tem interesse em agir a fim de obter uma resposta à questão submetida.

34 A este propósito, basta salientar que o artigo 234.º CE instituiu uma cooperação directa entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais, através de um processo estranho a qualquer iniciativa das partes e no decurso do qual estas são unicamente convidadas a dar a conhecer os seus pontos de vista sobre questões cuja iniciativa pertence exclusivamente ao órgão jurisdicional nacional (v., neste sentido, nomeadamente, acórdão de 9 de Dezembro de 1965, Singer, 44/65, Colect. 1965-1968, p. 251).

35 Nestas condições, há que examinar a questão submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio.

Quanto à questão prejudicial

36 Através da sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende, em substância, saber se os artigos 43.º CE, 49.º CE e 86.º CE se opõem à atribuição directa de um serviço público que implica a realização prévia de certas obras, como o que está em causa no processo principal, a uma sociedade de capital misto, público e privado, especialmente criada para a prestação desse serviço e que tem um objecto social único, na qual o sócio privado é seleccionado através de concurso público, após verificação das condições financeiras, técnicas, operacionais e de gestão relacionadas com o serviço a assegurar e das características da proposta tendo em conta as prestações a fornecer.

37 A título preliminar, há que salientar que a atribuição de um serviço público local de gestão integrado das águas, como o que está em causa no processo principal, poderia ser abrangida, consoante as especificidades da contrapartida desse serviço, pela definição de «contratos públicos de serviços» ou de «concessão de serviços públicos», na acepção, respectivamente, do artigo 1.º, n.os 2, alínea d), e 4, da Directiva 2004/18, ou até, sendo caso disso, respectivamente, do artigo 1.º, n.os 2, alínea d), e 3, alínea a), da Directiva 2004/17, cujo artigo 4.º, n.º 1, alínea a), prevê que esta se aplica à abertura ou à exploração de redes fixas destinadas à prestação de serviços ao público, no domínio da produção, do transporte ou da distribuição de água potável, ou à alimentação dessas redes em água potável.

38 A questão de saber se uma operação deve ou não ser qualificada de «concessão de serviços» ou de «contrato público de serviços» deve ser apreciada exclusivamente à luz do direito comunitário (v., nomeadamente, acórdão de 18 de Julho de 2007, Comissão/ /Itália, C-382/05, Colect., p. I-6657, n.º 31).

39 A diferença entre um contrato de serviços e uma concessão de serviços reside na contrapartida da prestação de serviços (v., nomeadamente, acórdão de 10 de Setembro de 2009, WAZV Gotha, C-206/08, Colect., p. I-8377, n.º 51). «Um contrato público de serviços», na acepção das Directivas 2004/18 e 2004/17, comporta uma contrapartida que é paga directamente pela entidade adjudicante ao prestador de serviços (v., nomeadamente, acórdão de 13 de Outubro de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Colect., p. I-8585, n.º 39). Estamos perante uma concessão de serviços quando o modo de remuneração acordado consiste no direito de explorar o serviço e o prestador assume o

risco ligado à exploração dos serviços em questão (v., nomeadamente, acórdão de 13 de Novembro de 2008, Comissão/Itália, C-437/07, n.os 29 e 31, e acórdão WAZV Gotha, já referido, n.os 59 e 68).

40 O órgão jurisdicional de reenvio refere-se à sociedade de economia mista a constituir como «concessionária» da gestão do serviço integrado das águas. Resulta dos autos que a duração da operação é fixada em trinta anos.

41 Da mesma forma, o Governo italiano observa que se trata manifestamente da atribuição de um serviço público por meio de uma concessão por trinta anos, cuja principal contrapartida é a possibilidade de se exigir aos utentes a tarifa da água, mencionada no procedimento de concurso, a título de compensação pelo serviço prestado.

42 O Tribunal de Justiça parte, portanto, da hipótese de que se trata de uma concessão.

43 O Tribunal de Justiça reconheceu a existência de uma concessão de serviços, designadamente, em casos em que a remuneração do prestador provinha de pagamentos efectuados pelos utentes de um parque de estacionamento público, de um serviço de transportes públicos e de uma rede de teledistribuição (v. acórdãos Parking Brixen, já referido, n.º 40; de 6 de Abril de 2006, ANAV, C-410/04, Colect., p. I-3303, n.º 16; e de 13 de Novembro de 2008, Coditel Brabant, C-324/07, Colect., p. I-8457, n.º 24).

44 O artigo 17.º da Directiva 2004/18 prevê que, sem prejuízo da aplicação do disposto no seu artigo 3.º, ela não é aplicável às concessões de serviços. De igual modo, o artigo 18.º da Directiva 2004/17 exclui a aplicação desta às concessões de serviços adjudicadas por

entidades adjudicantes que exerçam uma ou várias das actividades referidas nos artigos 3.º a 7.º da referida directiva, sempre que tais concessões sejam adjudicadas para o exercício dessas actividades.

45 Por outro lado, é pacífico que a execução das obras conexas com a gestão exclusiva do serviço integrado das águas em causa no processo principal é acessória em relação ao objecto principal do contrato em questão, que consiste no fornecimento desse serviço, de forma que este não pode ser qualificado de «concessão de obras públicas» (v., neste sentido, nomeadamente, acórdão de 19 de Abril de 1994, Gestión Hotelera Internacional, C-331/92, Colect., p. I-1329, n.os 26 a 28, e artigo 9.º, n.º 1, da Directiva 2004/17).

46 Não obstante o facto de os contratos de concessão de serviços públicos estarem excluídos do âmbito de aplicação das Directivas 2004/18 e 2004/17, as autoridades públicas que os celebrem estão, contudo, obrigadas a respeitar as regras fundamentais do Tratado CE, em geral, e o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, em particular (v., nomeadamente, acórdão ANAV, já referido, n.º 18).

47 As disposições do Tratado especificamente aplicáveis às concessões de serviços públicos abrangem, entre outros, os artigos 43.º CE e 49.º CE (v., nomeadamente, acórdão ANAV, já referido, n.º 19).

48 Além do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, o princípio da igualdade de tratamento entre proponentes também se aplica às concessões de serviços públicos, mesmo não existindo uma discriminação em razão da nacionalidade (v., nomeadamente, acórdão ANAV, já referido, n.º 20).

49 Os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação em razão da nacionalidade implicam, designadamente, uma obrigação de transparência que permite à autoridade pública concedente certificar-se de que esses princípios são respeitados. Essa obrigação de transparência que incumbe à referida autoridade consiste em assegurar, a favor de todos os potenciais proponentes, um grau de publicidade

adequado que permita a abertura da concessão dos serviços à concorrência bem como o controlo da imparcialidade dos procedimentos de adjudicação (v., nomeadamente, acórdão ANAV, já referido, n.º 21).

50 Resulta, além disso, do artigo 86.º, n.º 1, CE que os Estados-Membros não devem manter em vigor uma legislação nacional que permita a atribuição de concessões de serviços públicos sem concurso, uma vez que tal atribuição viola os artigos 43.º CE ou 49.º CE, ou ainda os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da transparência (v., nomeadamente, acórdão ANAV, já referido, n.º 23).

51 A aplicação das regras enunciadas nos artigos 12.º CE, 43.º CE e 49.º CE, bem como dos princípios gerais de que tais regras constituem a expressão concreta, fica todavia excluída se, simultaneamente, o controlo exercido sobre a entidade concessionária pela autoridade pública concedente for análogo ao controlo que esta exerce sobre os seus próprios serviços e se essa entidade realizar o essencial da sua actividade com a autoridade que a detém (v., nomeadamente, acórdão ANAV, já referido, n.º 24). Nesse caso, não é obrigatória a organização de um concurso, mesmo que o co-contratante seja uma entidade juridicamente distinta da entidade adjudicante (v., nomeadamente, acórdão de 10 de Setembro de 2009, Sea, C-573/07, Colect., p. I-8127, n.º 36).

52 Esta jurisprudência é pertinente tanto para a interpretação das Directivas 2004/18 e 2004/17 como dos artigos 43.º CE e 49.º CE e também dos princípios gerais de que constituem a expressão concreta (v., nomeadamente, acórdão Sea, já referido, n.º 37).

53 A participação, ainda que minoritária, de uma empresa privada no capital de uma sociedade na qual também participa a entidade adjudicante em causa exclui que esta entidade adjudicante possa exercer sobre essa sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços (v., nomeadamente, acórdão Sea, já referido, n.º 46).

54 É o que acontece com o contrato em causa no processo principal, no âmbito do qual o sócio privado deve subscrever 49% do capital social da sociedade de capital misto adjudicatária do contrato em questão.

55 Nestas condições, importa determinar mais precisamente se a atribuição do serviço público em questão à sociedade de economia mista, sem concurso especificamente organizado para o efeito, é compatível com o direito comunitário, desde que o concurso com vista a seleccionar o sócio privado que assumirá a gestão integral do serviço das águas se tenha processado no respeito dos artigos 43.º CE e 49.º CE, bem como dos princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação em razão da nacionalidade e da obrigação de transparência deles decorrente.

56 Resulta da jurisprudência que a atribuição de um contrato público a uma empresa de economia mista, sem concurso, seria contrária ao objectivo de concorrência livre e não falseada e ao princípio da igualdade de tratamento, na medida em que tal processo proporcionasse a uma empresa privada presente no capital dessa empresa uma vantagem sobre os seus concorrentes (acórdãos Stadt Halle e RPL Lochau, já referido, n.º 51, bem como de 10 de Novembro de 2005, Comissão/Áustria, C-29/04, Colect., p. I-9705, n.º 48).

57 Por outro lado, como é salientado no ponto 2.1 da Comunicação interpretativa da Comissão sobre a aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e de concessões às parcerias público-privadas institucionalizadas (PPPI) (JO 2008, C 91, p. 4), o facto de uma entidade privada e de uma entidade adjudicante cooperarem no âmbito de uma entidade de capital misto não pode justificar o incumprimento das disposições aplicáveis às concessões, quando da adjudicação de concessões a essa entidade privada ou à entidade de capital misto.

58 Todavia, como o advogado-geral salientou no n.º 85 das suas conclusões, o recurso a um duplo procedimento de concurso seria dificilmente compatível com a economia processual que inspira as parcerias público-privadas institucionalizadas, como a que está em causa no processo principal, cuja criação reúne numa só diligência a escolha de

um parceiro económico privado e a atribuição da concessão à entidade de capital misto a criar exclusivamente para esse fim.

59 Embora a inexistência de concurso no quadro da atribuição de serviços se afigure inconciliável com os artigos 43.º CE e 49.º CE e com os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação, a selecção do sócio privado no respeito das exigências recordadas nos n.os 46 a 49 do presente acórdão e a escolha dos critérios de selecção do sócio privado permitem remediar essa situação, desde que aos candidatos se exija que demonstrem, além da sua capacidade para se tornarem accionistas, sobretudo, a sua capacidade técnica para fornecerem o serviço e as vantagens económicas e outras decorrentes das suas propostas.

60 Na medida em que os critérios de selecção do sócio privado não se baseiam apenas nos capitais injectados mas também na capacidade técnica desse sócio e nas características da sua proposta tendo em conta as prestações específicas a fornecer, e que a esse sócio seja confiada, como na situação em causa no processo principal, a actividade operacional do serviço em questão e, portanto, a gestão deste, podemos considerar que a selecção do concessionário resulta indirectamente da do referido sócio, a qual teve lugar no termo de um procedimento que respeita os princípios do direito comunitário, de forma que a organização de um segundo procedimento de concurso com vista à selecção do concessionário não se justificaria.

61 O recurso, em tal situação, a um duplo procedimento de selecção do parceiro privado da sociedade de capital misto, primeiro, e de atribuição da concessão à referida sociedade, seguidamente, seria de molde a dissuadir as entidades privadas e as autoridades públicas de constituírem parcerias público-privadas institucionalizadas, como a que está em causa no processo principal, devido à duração inerente à execução de tais procedimentos e à incerteza jurídica no que respeita à atribuição da concessão ao parceiro privado previamente seleccionado.

62 Deve precisar-se que uma sociedade de capital misto, público e privado, como a que está em causa no processo principal, deve manter o mesmo objecto social durante todo

o período da concessão e que qualquer modificação substancial do contrato obrigaria ao lançamento de um concurso (v., neste sentido, acórdão de 18 de Junho de 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, Colect., p. I-4401, n.º 34).

63 Face às considerações que precedem, deve responder-se à questão submetida que os artigos 43.º CE, 49.º CE e 86.º CE não se opõem à atribuição directa de um serviço público que implica a realização prévia de certas obras, como o que está em causa no processo principal, a uma sociedade de capital misto, público e privado, especialmente criada para a prestação desse serviço e que tem um objecto social único, na qual o sócio privado é seleccionado através de concurso público, após verificação das condições financeiras, técnicas, operacionais e de gestão relacionadas com o serviço a assegurar e das características da proposta tendo em conta as prestações a fornecer, desde que o procedimento de concurso em questão esteja em conformidade com os princípios da livre concorrência, da transparência e da igualdade de tratamento impostos pelo Tratado para as concessões.

Quanto às despesas

64 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 efectuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

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

Os artigos 43.º CE, 49.º CE e 86.º CE não se opõem à atribuição directa de um serviço público que implica a realização prévia de certas obras, como o que está em causa no processo principal, a uma sociedade de capital misto, público e privado, especialmente criada para a prestação desse serviço e que tem um objecto social único, na qual o sócio privado é seleccionado através de concurso público, após verificação das condições financeiras, técnicas, operacionais e de gestão

relacionadas com o serviço a assegurar e das características da proposta tendo em conta as prestações a fornecer, desde que o procedimento de concurso em questão esteja em conformidade com os princípios da livre concorrência, da transparência e da igualdade de tratamento impostos pelo Tratado CE para as concessões.

Assinaturas