Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção)

13 de junho de 2013 *

«Contratos públicos — Diretiva 2004/18/CE — Conceito de 'contrato público' — Artigo 1.º, n.º 2, alínea a) — Contrato celebrado entre duas coletividades territoriais — Transferência por uma entidade do encargo da limpeza de algumas das suas instalações para outra entidade através de uma compensação financeira»

No processo C-386/11,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267.º TFUE, apresentado pelo Oberlandesgericht Düsseldorf (Alemanha), por decisão de 6 de julho de 2011, entrado no Tribunal de Justiça em 20 de julho de 2011, no processo

Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG

contra

Kreis Düren,

estando presente:

Stadt Düren,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção),

composto por: T. von Danwitz, presidente de secção, A. Rosas, E. Juhász, D. Šváby (relator) e C. Vajda, juízes,

advogado-geral: V. Trstenjak,

secretário: M. Aleksejev, administrador,

vistos os autos e após a audiência de 7 de fevereiro de 2013,

vistas as observações apresentadas:

— em representação da Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG, por L. Wionzeck, Rechtsanwalt,

— em representação do Kreis Düren, por R. Gruneberg e A. Wilden, Rechtsanwälte,

— em representação do Governo italiano, por G. Palmieri, na qualidade de agente, assistida por W. Ferrante, avvocato dello Stato,

* Língua do processo: alemão.

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

— em representação da Comissão Europeia, por A. Tokár, G. Wilms e C. Zadra, na qualidade de agentes,

vista a decisão tomada, ouvida a advogada-geral, de julgar a causa sem apresentação de conclusões,

profere o presente

Acórdão

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do artigo 1.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (JO L 134, p. 114).

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG (a seguir «Piepenbrock») ao Kreis Düren (circunscrição administrativa de Düren, Alemanha) a propósito de um projeto de contrato pelo qual este transferiria para a Stadt Düren (cidade de Düren) o encargo da limpeza de edifícios situados no território desta última, mas pertencentes ao Kreis Düren e por este utilizados, mediante uma contrapartida financeira.

Quadro jurídico

Direito da União

3 Nos termos do considerando 2 da Diretiva 2004/18:

«A adjudicação de contratos celebrados nos Estados-Membros por conta do Estado ([…]) deve respeitar os princípios do Tratado [CE], nomeadamente os princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, assim como os princípios deles resultantes, tais como os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência. Todavia, no que se refere aos contratos públicos que ultrapassem um determinado valor, é aconselhável estabelecer disposições que instituam uma coordenação comunitária dos procedimentos nacionais para a adjudicação dos contratos públicos que se baseiem nesses princípios por forma a garantir os seus efeitos e a abertura à concorrência dos contratos públicos. […]»

4 O artigo 1.º desta diretiva 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 objeto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços na aceção da presente diretiva.[...]

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.

[...]

8. Os termos 'empreiteiro', 'fornecedor' e 'prestador de serviços' designam qualquer pessoa singular ou coletiva, entidade pública ou agrupamento das referidas pessoas e/ou organismos que, respetivamente, realize empreitadas e/ou obras, forneça produtos ou preste serviços no mercado.

O termo 'operador económico' abrange simultaneamente as noções de empreiteiro, fornecedor e prestador de serviços e é usado unicamente por motivos de simplificação do texto.

[...]»

5 Os serviços de limpeza de edifícios são serviços na aceção da Diretiva 2004/18, em conformidade com o seu anexo II A, categoria 14.

Direito alemão

6 O artigo 28.º, n.º 2, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) dispõe:

«Deve ser garantido aos municípios o direito de regulação dos assuntos da comunidade local, sob sua própria responsabilidade e no respeito da lei. No quadro das suas atribuições legais e nas condições definidas pela lei, as associações de municípios têm igualmente o direito de autonomia administrativa. [...]»

7 O § 23 da Lei do *Land* da Renânia do Norte-Vestefália, relativa à cooperação intermunicipal (Gesetz über die Kommunale Gemeinschaftsarbeit des Landes Nordrhein-Westfalen, a seguir «GkG NRW»), tem a seguinte redação:

«1) Municípios e associações de municípios podem acordar que um dos participantes assuma, na sua competência, funções específicas dos outros participantes ou se obrigue a desempenhar essas funções para os outros participantes.

2) Se um dos participantes assumir, na sua competência, uma tarefa dos outros, transfere-se para ele o direito e o dever de desempenhar essa função. Se um dos participantes se obrigar a desempenhar uma função para os restantes, permanecem inalterados os direitos e deveres destes, enquanto titulares da função.

3) No acordo pode ser atribuído aos restantes intervenientes o direito de participação no desempenho ou execução das funções; isto também se aplica ao recrutamento de pessoal.

4) No acordo deve estar prevista uma compensação adequada que, em regra, deve ser calculada de modo a que sejam cobertas as despesas resultantes da assunção e execução das funções.

5) Se a duração do acordo não estiver limitada ou ultrapassar 20 anos, o acordo deve estabelecer em que condições e de que forma pode ser rescindido por qualquer um dos participantes.»

8 Na decisão de reenvio, sublinha-se que, por um lado, a GkG NRW distingue assim os contratos ditos «de mandato», pelos quais uma entidade se compromete a efetuar determinadas tarefas por conta de outra entidade, e os contratos ditos «de delegação», que operam uma transmissão de competência, pelos quais uma entidade assume uma tarefa que incumbe a outra entidade. Por outro lado, a jurisprudência nacional considera que os contratos ditos «de mandato» são do domínio do direito dos contratos públicos se tiverem caráter oneroso.

Litígio no processo principal e questão prejudicial

9 O Kreis Düren é uma associação de municípios de que a Stadt Düren faz parte. Ao abrigo de diversos contratos, a Piepenbrock assegurou a limpeza de edifícios que pertencem a esse Kreis.

10 Este elaborou com a Stadt Düren um projeto de contrato de direito público pelo qual transferiria o encargo da limpeza dos seus edifícios ocupados com escritórios, gabinetes administrativos e estabelecimentos escolares, situados no território da Stadt Düren, para esta última, desde logo durante uma fase-piloto com uma duração de dois anos.

11 O artigo 1.º do projeto de contrato tem o seguinte teor:

«1) O Kreis Düren transfere para a Stadt Düren, com efeito liberatório, as funções de limpeza a que está obrigado nos seus edifícios e nos que estão na sua posse situados na área dessa cidade.

2) As funções de limpeza abrangem a limpeza dos edifícios e dos vidros nos edifícios de escritórios, administração e escolares do Kreis Düren.

3) A Stadt Düren toma a cargo, como sua competência exclusiva, as funções descritas em 1 e 2. O direito e o dever de cumprimento desta tarefa são transferidos para a Stadt Düren (§ 23, n.º 1, primeira possibilidade, e n.º 2, primeiro período, da GkG NRW). A Stadt Düren assume as obrigações do Kreis, que são, nessa medida, da sua exclusiva responsabilidade.

4) A Stadt Düren pode, para o cumprimento das tarefas que lhe são atribuídas no n.º 1, utilizar os serviços de terceiros.»

12 Este projeto de contrato prevê uma indemnização financeira pelas despesas efetuadas pela Stadt Düren, em conformidade com o § 23, n.º 4, da GkG NRW, fixada com base numa taxa horária.

13 Por outro lado, resulta do dossiê a que o Tribunal teve acesso que o referido projeto reserva ao Kreis Düren o direito de pôr unilateralmente fim ao contrato em caso de má execução por parte da Stadt Düren.

14 Por último, resulta da decisão de reenvio que as tarefas de limpeza em causa seriam realizadas pela Dürener Reinigungsgesellschaft mbH, que é uma sociedade pertencente à Stadt Düren.

15 A Piepenbrock interpôs um recurso pedindo que se proíba o Kreis Düren de celebrar o referido contrato sem seguir os procedimentos dos contratos públicos, alegando que a realização destas tarefas contra remuneração constituiria uma prestação que responde às condições de mercado e que pode ser fornecida por prestadores de serviços privados. Além disso, neste contexto, não se trata de um tipo de adjudicação interna que escapa à aplicação do direito dos mercados públicos, em conformidade com o acórdão de 18 de novembro de 1999, Teckal (C-107/98, Colet., p. I-8121), uma vez que não estão reunidos os requisitos de aplicação desta exceção, ao passo que uma referência ao acórdão de 9 de junho de 2009, Comissão/Alemanha (C-480/06, Colet., p. I-4747), não é pertinente, na falta de «cooperação horizontal» entre as duas entidades públicas em causa.

16 A Piepenbrock foi vencida em primeira instância, com o fundamento de que o projeto de contrato em causa no processo principal tem por objeto um contrato dito «de delegação», em conformidade com o § 23 da GkG NRW, que não estaria sujeito ao direito dos contratos públicos. Esta sociedade recorreu desta decisão para o Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Regional Superior de Düsseldorf), alegando que essa qualificação de contrato de delegação é desprovida de alcance à luz das características do projeto em causa no processo principal.

17 O Kreis Düren alega, pelo contrário, que essa delegação de missão de direito público constitui uma decisão que decorre da organização nacional interna, que não está sujeita ao direito dos mercados públicos.

18 O órgão jurisdicional de reenvio sublinha essa característica do projeto de contrato em causa no processo principal, interrogando-se a respeito da incidência do caráter público desse contrato quanto à aplicação das regras em matéria de contratos públicos.

19 Conclui, em primeiro lugar, que a tarefa em causa não diz respeito ao exercício do poder público, na aceção dos artigos 51.°, primeiro parágrafo, TFUE e 62.° TFUE, e não está, por isso, subtraída às disposições do Tratado FUE relativas à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços nem aos atos de direito derivado que visam pôr essas liberdades em prática, como a Diretiva 2004/18.

20 Em segundo lugar, conclui que a exceção sublinhada pelo acórdão Teckal, já referido, não se aplica ao projeto de contrato em causa no processo principal, uma vez que o Kreis Düren não exerce sobre a Stadt Düren, nem, de resto, sobre a sociedade Dürener Reinigungsgesellschaft, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços.

21 O órgão jurisdicional de reenvio refere, em terceiro lugar, que o contexto do litígio que é chamado a dirimir difere das circunstâncias do processo que deu origem ao acórdão Comissão/Alemanha, já referido, na medida em que o projeto de contrato aqui em causa no processo principal é caracterizado por uma inexistência de cooperação entre as entidades públicas em causa, uma vez que uma delega pura e simplesmente uma das suas missões na outra, o que a GkG NRW autoriza.

22 Esse órgão jurisdicional pergunta-se, no entanto, sobre se, na sequência do referido acórdão Comissão/Alemanha, outros tipos de contratos entre coletividades territoriais, para além do visado nesse acórdão, não ficam subtraídos ao direito dos contratos públicos. Assim, interroga-se quanto à questão de saber se há que fazer uma distinção entre os contratos relativos a missões de serviço público, enquanto tais, como a eliminação de resíduos, e os contratos que só indiretamente dizem respeito à execução dessas missões, como, no caso em apreço, a limpeza de instalações utilizadas para a execução dessa missão.

23 O referido órgão jurisdicional pergunta-se igualmente sobre se os contratos de cooperação intermunicipal não se subtraem de forma geral ao direito dos contratos públicos, enquanto «atos de organização administrativa interna». Observa a este respeito que a organização administrativa dos Estados-Membros não é da competência da União Europeia e, além disso, que a autonomia administrativa dos municípios, e, por conseguinte, a possibilidade de estabelecer cooperações voluntárias entre municípios, é garantida pelo artigo 28.º, n.º 2, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha.

24 Em contrapartida, o órgão jurisdicional de reenvio observa que o objeto do projeto de contrato em causa no processo principal é praticamente idêntico a qualquer contrato sujeito à Diretiva 2004/18 através do qual a Stadt Düren assuma a execução de serviços de limpeza a título oneroso. Pergunta-se, a este respeito, sobre se é determinante a distinção operada pela GkG NRW entre os contratos ditos «de mandato» e os contratos ditos «de delegação», reconduzindo-se o contrato em causa a esta segunda categoria, considerando que, quando um contrato tem por objeto tarefas acessórias que não dizem diretamente respeito à atividade dos municípios relativamente ao exterior, é puramente formal o facto de o contrato operar uma transmissão de competência, na medida em que a escolha entre um e outro tipo possível de contratos produz concretamente os mesmos efeitos do ponto de vista económico. Por essa razão, esse órgão jurisdicional considera que, no contexto do processo principal, o recurso a um contrato dito «de delegação» pode constituir um «expediente destinado a eludir as regras em matéria de contratos públicos», como mencionado no n.º 48 do acórdão Comissão/Alemanha, já referido.

25 Neste contexto, o Oberlandesgericht Düsseldorf decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Por 'contrato público', na aceção do artigo 1.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2004/18[…], deve entender-se também o contrato entre duas [coletividades territoriais] pelo qual uma destas atribui à outra uma competência estritamente delimitada, contra o reembolso das despesas, em particular se a função atribuída não diz respeito ao exercício da autoridade pública enquanto tal, mas apenas a atividades acessórias?»

Quanto à questão prejudicial

26 Com a sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se constitui um contrato público de serviços na aceção do artigo 1.º, n.º 2, alínea d), da Diretiva 2004/18, e se está sujeito a este propósito às disposições dessa diretiva, um contrato como o que está em causa no processo principal, pelo qual uma entidade pública confia a outra entidade pública a missão de limpar alguns edifícios utilizados como escritórios, gabinetes administrativos e estabelecimentos escolares, estando esta segunda entidade autorizada a recorrer a terceiros para o cumprimento dessa missão, mediante uma compensação financeira que deve corresponder aos custos incorridos para a realização da referida missão, reservando-se o poder de fiscalizar a boa execução da mesma.

27 A este respeito, importa, com efeito, considerar que, com o projeto de contrato em causa no processo principal, o Kreis Düren se reserva esse poder de fiscalização, uma vez que esse contrato prevê que o mesmo lhe poderá pôr unilateralmente fim em caso de má execução por parte da Stadt Düren.

28 Cumpre recordar que, em conformidade com o artigo 1.º, n.º 2, da Diretiva 2004/18, um contrato a título oneroso celebrado por escrito entre um operador económico e uma entidade adjudicante e que tenha por objeto a prestação de serviços visados no anexo II A desta diretiva constitui um contrato público.

29 A este respeito, em primeiro lugar, não importa, por um lado, que este operador seja ele próprio uma entidade adjudicante e, por outro, que a entidade em causa não prossiga a título principal uma finalidade lucrativa, que não tenha a estrutura de uma empresa ou ainda que não tenha uma presença contínua no mercado (acórdão de 19 de dezembro de 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e o., C-159/11, n.º 26).

30 Em segundo lugar, atividades como as que são objeto do projeto de contrato em causa no processo principal são serviços de limpeza de edifícios referidos no anexo II A, categoria 14, da Diretiva 2004/18.

31 Em terceiro lugar, um contrato deve ser considerado celebrado «a título oneroso», na aceção do artigo 1.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2004/18, ainda que a remuneração prevista esteja limitada ao reembolso dos custos suportados para fornecer o serviço acordado (v., neste sentido, acórdão Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e o., já referido, n.º 29).

32 Sem prejuízo das verificações que incumbem ao órgão jurisdicional de reenvio, afigura-se, por um lado, que um contrato como o que está em causa no processo principal apresenta o conjunto das características acima mencionadas e, como tal, constitui, em princípio, um contrato público.

33 Por outro lado, este contrato parece não pertencer aos dois tipos de contratos que, ainda que celebrados por entidades públicas, não entram, contudo, no âmbito de aplicação do direito da União em matéria de contratos públicos.

34 Trata-se, em primeiro lugar, dos contratos celebrados por uma entidade pública com uma pessoa juridicamente distinta desta quando, simultaneamente, esta entidade exerça sobre esta pessoa um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e a referida pessoa realize o essencial das suas atividades com a ou as entidades que a detêm (v., neste sentido, acórdãos, já referidos, Teckal, n.º 50, e Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e o., n.º 32).

35 A este respeito, é pacífico que nenhum destes requisitos está preenchido no quadro de um contrato como o projetado no processo principal. Com efeito, resulta da decisão de reenvio que, no contexto do processo principal, desde logo, nenhuma entidade detém outra. Em seguida, a entidade que confia a execução de uma tarefa à outra, ainda que se reserve o direito de fiscalizar a boa execução dessa tarefa, não exerce sobre a segunda entidade uma fiscalização que possa ser qualificada de análoga à que exerce nos seus próprios serviços. Por último, essa segunda entidade não realiza o essencial das suas atividades para a primeira entidade.

36 Trata-se, em segundo lugar, dos contratos que instituem uma cooperação entre entidades públicas com o objetivo de assegurar a realização de uma missão de serviço público que é comum a ambas (v. acórdão Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e o., já referido, n.º 34).

37 Nesta hipótese, as regras do direito da União em matéria de contratos públicos não são aplicáveis sempre que tais contratos sejam celebrados exclusivamente por entidades públicas, sem a participação de privados, nenhum prestador privado seja colocado numa situação privilegiada relativamente aos seus concorrentes e a cooperação que instituem seja regida unicamente por considerações e exigências próprias à prossecução de objetivos de interesse público (acórdão Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e o., já referido, n.º 35).

38 Todos os critérios acima mencionados são cumulativos, de modo que um contrato entre entidades públicas só pode sair do âmbito de aplicação do direito da União em matéria de contratos públicos, nos termos dessa exceção, se o contrato preencher todos esses critérios (v., neste sentido, acórdão Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e o., já referido, n.º 36).

39 Ora, resulta das conclusões do órgão jurisdicional de reenvio que o projeto de contrato em causa no processo principal não parece ter por objeto instaurar uma cooperação entre as duas entidades públicas contratantes tendo em vista a execução de uma missão de serviço público comum.

40 Além disso, resulta igualmente dessas conclusões que esse contrato autoriza a recorrer a um terceiro para o cumprimento da missão por ele prevista de modo que esse terceiro pode ser beneficiado relativamente a outras empresas ativas no mesmo mercado.

41 Em face das considerações precedentes, há que responder à questão submetida que constitui um contrato público de prestação de serviços na aceção do artigo 1.º, n.º 2, alínea d), da Diretiva 2004/18 um contrato, como o que está em causa no processo principal, através do qual, sem instaurar uma cooperação entre as entidades públicas contratantes tendo em vista a execução de uma missão de serviço público comum, uma entidade pública confia a outra entidade pública a missão de limpar alguns edifícios utilizados como escritórios, gabinetes administrativos e estabelecimentos escolares, reservando-se o poder de fiscalizar a boa execução dessa missão, através de uma compensação financeira que deve corresponder aos custos incorridos pela realização da referida missão, estando, além disso, a segunda entidade autorizada a recorrer a terceiros que tenham eventualmente a capacidade de agir no mercado para o cumprimento dessa missão.

Quanto às despesas

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

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

Constitui um contrato público de prestação de serviços na aceção do artigo 1.º, n.º 2, alínea d), da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, um contrato, como o que está em causa no processo principal, através do qual, sem instaurar uma cooperação entre as entidades públicas contratantes tendo em vista a execução de uma missão de serviço público comum, uma entidade pública confia a outra entidade pública a missão de limpar alguns edifícios utilizados como escritórios, gabinetes administrativos e estabelecimentos escolares, reservando-se o poder de fiscalizar a boa execução dessa missão, através de uma compensação financeira que deve corresponder aos custos incorridos pela realização da referida missão, estando, além disso, a segunda entidade autorizada a recorrer a terceiros que tenham eventualmente a capacidade de agir no mercado para o cumprimento dessa missão.

Assinaturas