ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção)

18 de Novembro de 2004 *

No processo C-126/03,

que tem por objecto uma acção por incumprimento ao abrigo do artigo 226.º CE, entrada em 20 de Março de 2003,

Comissão das Comunidades Europeias, representada por K. Wiedner, na qualidade de agente, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

demandante,

contra

República Federal da Alemanha, representada por W.-D. Plessing, na qualidade de agente, assistido por H.-J. Prieß, Rechtsanwalt,

demandada,

* Língua do processo: alemão.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção),

composto por: P. Jann (relator), presidente de secção, A. Rosas, R. Silva de Lapuerta, K. Lenaerts e K. Schiemann, juízes,

advogado-geral: L. A. Geelhoed,
secretário: H. von Holstein, secretário adjunto,

vistos os autos e após a audiência de 26 de Maio de 2004,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 24 de Junho de 2004,

profere o presente

Acórdão

1 Na sua petição, a Comissão das Comunidades Europeias solicita ao Tribunal de Justiça que declare que a República Federal da Alemanha não cumpriu as obrigações

que lhe incumbem por força da Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços (JO L 209, p. 1), na medida em que o contrato relativo ao transporte de resíduos entre os pontos de descarga na região de Donauwald (Alemanha) e a central térmica de Munique-Norte foi adjudicado pela cidade de Munique (Alemanha) em violação das regras de procedimento previstas no artigo 8.°, conjugado com o artigo 11.°, n.° 1, da mesma directiva.

Quadro jurídico

2 Nos termos do artigo 1.°, alínea a), da Directiva 92/50, «os contratos públicos de serviços» são «contratos a título oneroso celebrados por escrito entre um prestador de serviços e uma entidade adjudicante», com excepção dos contratos enumerados nas subalíneas i) a ix) da mesma disposição.

3 Nos termos do artigo 1.°, alínea b), da mesma directiva, são consideradas «entidades adjudicantes», «o Estado, as autarquias locais ou regionais, os organismos de direito público, as associações formadas por uma ou mais autarquias ou organismos de direito público».

4 Por força do artigo 8.° da Directiva 92/50, «os contratos que tenham por objecto serviços enumerados no anexo I A serão celebrados de acordo com o disposto nos títulos III a VI».

5 O artigo 11.°, n.° 1, da Directiva 92/50 dispõe que, na celebração de contratos públicos de serviços, as entidades adjudicantes aplicarão os procedimentos de concurso público, limitado ou por negociação, tal como definidos, respectivamente, nas alíneas d), e) e f) do artigo 1.° da directiva.

Matéria de facto e fase pré-contenciosa

6 Em 1997, a cidade de Munique, na qualidade de exploradora da central térmica de Munique-Norte, celebrou um contrato com uma empresa privada, a sociedade Rethmann Entsorgungswirtschaft GmbH & Co. KG (a seguir «Rethmann»), nos termos do qual se comprometeu a atribuir a esta sociedade o transporte de resíduos desde os pontos de descarga até à referida central, se lhe fosse adjudicado o contrato de eliminação de resíduos da região de Donauwald, contrato este que foi objecto de um concurso público lançado pela Abfallwirtschaftsgesellschaft Donau-Wald mbH (a seguir «AWG Donau-Wald») e ao qual a cidade de Munique havia concorrido.

7 Tendo-lhe sido adjudicado o referido contrato, a cidade de Munique, nos termos do acordo celebrado com a Rethmann, contratou com esta última o transporte de resíduos, sem que, no entanto, a atribuição desta actividade tenha sido objecto de um concurso público, tal como previsto pela Directiva 92/50.

8 Após ter notificado a República Federal da Alemanha para apresentar as suas observações a este respeito, a Comissão enviou, em 25 de Julho de 2001, um parecer fundamentado a esse Estado-Membro, observando que o contrato relativo ao

transporte de resíduos desde os pontos de descarga na região de Donauwald até à central térmica de Munique-Norte (a seguir «contrato controvertido») deveria ter sido objecto de um concurso público publicado no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, nos termos da Directiva 92/50. A Comissão convidou o referido Estado-Membro a cumprir as obrigações decorrentes do direito comunitário, num prazo de dois meses a contar da data da notificação desse parecer. No seguimento da resposta das autoridades alemãs de 30 de Outubro de 2001, através da qual estas contestaram o incumprimento, a Comissão intentou a presente acção.

Quanto à acção

Quanto ao incumprimento

9 Como fundamento da sua acção, a Comissão invoca uma só acusação, baseada na violação do artigo 8.º da Directiva 92/50, conjugado com o artigo 11.º, n.º 1, da mesma directiva, argumentando que a cidade de Munique não submeteu o contrato controvertido a um concurso público.

10 Quanto a esta questão, há que lembrar que, por força do artigo 8.º da Directiva 92/50, conjugado com o seu artigo 11.º, n.º 1, os contratos públicos que tenham por objecto os serviços que constam do anexo I A devem ser celebrados nos termos do disposto nos títulos III a VI desta directiva, devendo ser efectuado um concurso público, limitado ou por negociação, nos termos da referida directiva.

11 O conceito de «contratos públicos de serviços» está definido no artigo 1.°, alínea a), da Directiva 92/50, segundo o qual esses contratos são contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um prestador de serviços e uma entidade adjudicante.

12 O conceito de «entidade adjudicante» está, por seu lado, definido no artigo 1.°, alínea b), da Directiva 92/50, como «o Estado, as autarquias locais ou regionais, os organismos de direito público, as associações formadas por uma ou mais autarquias ou organismos de direito público».

13 Consequentemente, o artigo 8.° da Directiva 92/50, conjugado com os artigos 1.°, alíneas a) e b), e 11.°, n.° 1, da mesma, prevê que os contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um prestador de serviços e uma autarquia local, devem ser objecto de concurso público, limitado ou por negociação, nos termos da referida directiva, na medida em que tenham por objecto serviços que constem do seu anexo I A.

14 No caso em apreço, há que observar que o contrato controvertido é um contrato público na acepção dos artigos 8.° e 11.° da Directiva 92/50, que deveria ter sido celebrado nos termos do previsto nos títulos III a VI da directiva.

15 Com efeito, o contrato celebrado entre a cidade de Munique e a Rethmann, ao abrigo do qual esta sociedade se comprometeu a efectuar o transporte de resíduos desde os pontos de descarga na região de Donauwald até à central térmica de Munique-Norte, tem por objecto um serviço que consta do anexo I A da referida directiva e que é prestado por uma empresa a uma autarquia local. Trata-se, portanto, de um contrato a título oneroso, celebrado por escrito entre um prestador de serviços e uma entidade adjudicante.

16 A este propósito, a argumentação apresentada pelo Governo alemão para afastar a qualificação de contrato público do contrato controvertido, na acepção dos artigos 8.º e 11.º da Directiva 92/50, não procede.

17 Desde logo, o Governo alemão invoca que, no que se refere ao contrato controvertido, a cidade de Munique não é uma «entidade adjudicante» na acepção do artigo 1.º, n.º 1, alínea b), da Directiva 92/50 e que esse contrato não é um «contrato público» na acepção do artigo 1.º, n.º 1, alínea a), da mesma directiva. Segundo este governo, o referido contrato não se insere no âmbito das actividades de interesse geral da cidade de Munique, mas no de uma actividade económica independente, claramente distinta e sujeita à concorrência, a saber, a exploração da central térmica de Munique-Norte.

18 A este propósito, deve responder-se que, nos termos do artigo 1.º, alínea b), da Directiva 92/50, as autarquias locais são, por definição, entidades adjudicantes. Ora, resulta da jurisprudência que o artigo 1.º, alínea a), da referida directiva não distingue os contratos celebrados por uma entidade adjudicante no cumprimento da sua missão de satisfazer necessidades de interesse geral dos que não estão relacionados com esta missão [v., por analogia, a propósito da Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 199, p. 54), o acórdão de 15 de Janeiro de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e o., C-44/96, Colect., p. I-73, n.º 32]. Assim, é irrelevante que a entidade adjudicante pretenda operar ela própria na qualidade de prestadora de serviços e que o contrato em causa vise, nesse âmbito, a subcontratação de uma parte das actividades a um terceiro. Com efeito, não se exclui que a decisão da entidade adjudicante relativa à escolha desse terceiro se baseie noutras considerações diferentes das económicas. Resulta que, independentemente da natureza e do contexto do contrato controvertido, este constitui um «contrato público» na acepção do artigo 1.º, alínea a), da Directiva 92/50.

19 No que se refere ao argumento segundo o qual a actividade de transporte de resíduos assegurada pela Rethmann é, decididamente, objecto de um duplo concurso público, basta referir que esta actividade resulta, efectivamente, de dois contratos públicos distintos, a saber, o atribuído pela cidade de Munique e o relativo mais propriamente à eliminação dos resíduos da região de Donauwald, atribuído pela AWG Donau-Wald, que deviam ter sido, cada um deles, objecto de um concurso público, e que a aplicação da Directiva 92/50 submete, portanto, o serviço prestado pela Rethmann a dois concursos públicos sucessivos.

20 No que se refere ao argumento segundo o qual, no caso em apreço, não houve utilização dos recursos públicos da cidade de Munique, há que referir que tal utilização não é um elemento constitutivo da existência ou não de um contrato público na acepção dos artigos 8.º e 11.º da Directiva 92/50.

21 O Governo alemão sustenta, por outro lado, que, enquanto contrato celebrado com a finalidade de revenda a terceiros, o contrato controvertido está excluído do campo de aplicação da Directiva 92/50 por força do artigo 1.º, alínea a), ii), da mesma directiva, conjugado com o artigo 7.º da Directiva sectorial 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 (JO L 199, p. 84). Quanto a este ponto, tal como foi sublinhado pelo advogado-geral no n.º 34 das suas conclusões, há que referir que o artigo1.º, alínea a), ii), da Directiva 92/50 exclui do seu campo de aplicação os contratos celebrados nos domínios abrangidos pela Directiva 93/38, porque o legislador comunitário quis que os referidos contratos fossem exclusivamente abrangidos por esta última directiva. A excepção prevista no artigo 7.º da Directiva sectorial 93/38 só é, portanto, aplicável no caso de o contrato controvertido ser abrangido pelo campo de aplicação desta directiva. Ora, na medida em que este contrato não se integra nas actividades referidas no artigo 2.º, n.º 2, da Directiva sectorial 93/38, a excepção prevista no artigo 7.º desta mesma directiva não pode ser aplicada ao caso em apreço.

22 Além disso, o Governo alemão alega que teria sido impossível, na prática, celebrar o contrato controvertido em conformidade com os títulos III a VI da Directiva 92/50, na medida em que, para poder justificar a sua capacidade técnica na acepção do artigo 32.°, n.° 2, alíneas c) e h), desta directiva, por ocasião do concurso público lançado pela AWG Donau-Wald, a cidade de Munique deveria ter comunicado, no momento da apresentação da sua proposta, o nome do subcontratante. A este respeito, é verdade que é ao prestador, que pretenda invocar as capacidades de organismos ou de empresas a que está directa ou indirectamente ligado, que compete provar, tendo em vista ser admitido a participar num concurso público, que pode efectivamente dispor dos meios desses organismos ou empresas que são necessários para a execução do contrato, mas que propriamente não lhe pertencem (v., neste sentido, acórdãos de 2 de Dezembro de 1999, Holst Itália, C-176/98, Colect., p. I-8607, n.° 29; de 12 de Julho de 2001, Ordine degli Architetti e o., C-399/98, Colect., p. I-5409, n.° 92; e de 18 de Março de 2004, Siemens e ARGE Telekom, C-314/01, Colect., p. I-2549, n.° 44). Ora, no caso em apreço, seja como for, teria sido possível à cidade de Munique organizar um concurso limitado acelerado, na acepção do artigo 20.° da Directiva 92/50, entre a data do lançamento do concurso e a entrega da sua proposta.

23 O Governo alemão refere que o contrato controvertido poderia, ao abrigo do artigo 11.°, n.° 3, alínea d), da Directiva 92/50, ter sido celebrado mediante o recurso a negociações, sem publicação prévia de anúncio de concurso. A este respeito, há que recordar que, enquanto derrogação às regras que visam garantir a efectividade dos direitos reconhecidos pelo Tratado CE no sector dos contratos públicos de serviços, o artigo 11.°, n.° 3, da Directiva 92/50 deve ser objecto de interpretação estrita, cabendo o ónus da prova de que se encontram efectivamente reunidas as circunstâncias excepcionais que justificam a derrogação a quem dele se pretenda prevalecer (v. acórdão de 10 de Abril de 2003, Comissão/Alemanha, C-20/01 e C-28/01, Colect., p. I-3609, n.° 58). Assim, a aplicação do referido artigo 11.°, n.° 3, alínea d), está subordinada à verificação de três condições cumulativas. Pressupõe a existência de um acontecimento imprevisível, de uma urgência imperiosa incompatível com os prazos exigidos por outros procedimentos e de um nexo de causalidade entre o acontecimento imprevisível e a urgência imperiosa decorrente do mesmo [v., no que se refere à Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 185, p. 5; EE 17 F3 p. 9), acórdãos de 2 de Agosto de 1993, Comissão/Itália, C-107/92, Colect., p. I-4655, n.° 12, e de 28 de Março de 1996,

Comissão/Alemanha, C-318/94, Colect., p. I-1949, n.º 14]. No caso em apreço, tal como foi referido no n.º 22 do presente acórdão, teria sido possível à cidade de Munique organizar um concurso limitado acelerado (v., no que se refere à Directiva 71/305, acórdãos de 18 de Março de 1992, Comissão/Espanha, C-24/91, Colect., p. I-1989, n.º 14, e Comissão/Itália, já referido, n.º 13). Conclui-se que a República Federal da Alemanha não demonstrou que existia uma situação de urgência imperiosa.

24 Face ao exposto, há que decidir que a República Federal da Alemanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força da Directiva 92/50, na medida em que o contrato relativo ao transporte de resíduos desde os pontos de descarga na região de Donauwald até à central térmica de Munique-Norte foi adjudicado pela cidade de Munique em violação das regras de procedimento previstas no artigo 8.º da directiva, conjugado com o seu artigo 11.º, n.º 1.

Quanto às consequências de um acórdão que declara um incumprimento

25 O Governo alemão sustenta que, na eventualidade de ser declarado o incumprimento, a República Federal da Alemanha não é obrigada a resolver o contrato já celebrado.

26 Quanto a esta questão, basta responder que, embora no âmbito do processo por incumprimento, nos termos do artigo 226.º CE, o Tribunal de Justiça seja unicamente obrigado a declarar que foi violada uma disposição do direito comunitário, resulta do artigo 228.º, n.º 1, CE que o Estado-Membro em causa deve tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal de Justiça.

Quanto às despesas

27 Por força do n.º 2 do artigo 69.º do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas, se tal tiver sido requerido. Tendo a Comissão requerido a condenação da República Federal da Alemanha e tendo esta sido vencida, há que condená-la nas despesas.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Primeira Secção) decide:

1) **A República Federal da Alemanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força da Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, na medida em que o contrato relativo ao transporte de resíduos desde os pontos de descarga na região de Donauwald até à central térmica de Munique-Norte foi adjudicado pela cidade de Munique em violação das regras de procedimento previstas no artigo 8.º da directiva, conjugado com o seu artigo 11.º, n.º 1.**

2) **A República Federal da Alemanha é condenada nas despesas.**

Assinaturas.