CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL VERICA TRSTENJAK apresentadas em 11 de Fevereiro de 2010[1]

Índice

I — Introdução ..... I - 3719

II — Quadro jurídico ..... I - 3719

A — Directiva 92/50 ..... I - 3719

B — Directiva 2004/18 ..... I - 3720

III — Matéria de facto ..... I - 3721

IV — Procedimento pré-contencioso ..... I - 3722

V — Tramitação processual no Tribunal de Justiça e pedidos das partes ..... I - 3722

IV — Principais argumentos das partes ..... I - 3723

VII — Apreciação jurídica ..... I - 3725

A — Admissibilidade ..... I - 3725

1. Serviços de socorro como serviços mistos no sistema das directivas em matéria de contratação pública ..... I - 3726

2. Reformulação dos pedidos na petição ..... I - 3727

3. Conclusão ..... I - 3730

B — Quanto ao mérito ..... I - 3730

1. Inaplicabilidade da excepção sectorial prevista no artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE ..... I - 3730

2. Inaplicabilidade da justificação prevista no artigo 86.º, n.º 2, CE ..... I - 3736

1 — Língua original: alemão.

3. Análise dos nove processos de adjudicação controvertidos ..... I - 3739

a) Adjudicação de contratos pela cidade de Magdeburgo (Saxónia-Anhalt) ..... I - 3739

i) Violação do artigo 16.º da Directiva 92/50 e do artigo 35.º, n.º 4, da Directiva 2004/18 ..... I - 3739

ii) Inexistência de violação dos princípios da não discriminação e da transparência, consagrados no direito primário ..... I - 3740

— Apreciação do mérito tomando por base a inadmissibilidade parcial do fundamento relativo à infracção ao direito primário ..... I - 3740

— Subsidiariamente: apreciação do mérito para o caso de o fundamento relativo à infracção ao direito primário ser declarado admissível na sua totalidade ..... I - 3741

Princípio do primado da aplicação do direito derivado .. I - 3747

Prova de um interesse transfronteiriço na adjudicação de serviços não prioritários ..... I - 3747

iii) Conclusão ..... I - 3749

b) Os casos de adjudicação de contratos pelas cidades de Bona (Renânia do Norte-Vestefália) e Witten (Renânia do Norte-Vestefália), pela Região de Hanôver (Baixa Saxónia) e pelo Landkreis de Hameln-Pyrmont (Baixa Saxónia) ..... I - 3749

c) Adjudicação de contratos pelo Landkreis de Uelzen (Baixa Saxónia) I - 3750

d) Os casos de adjudicação de contratos pelos Rettungszweckverbände de Westsachsen (Saxónia), Chemnitz/Stollberg (Saxónia) e Vogtland (Saxónia) ..... I - 3752

e) Conclusão ..... I - 3754

4. Prática ilegal de adjudicação na República Federal da Alemanha ..... I - 3754

VIII — Quanto às despesas ..... I - 3757

IX — Conclusão ..... I - 3757

I — Introdução

1. O presente processo tem origem numa acção por incumprimento intentada pela Comissão Europeia nos termos do artigo 226.º CE, em que esta pede ao Tribunal de Justiça que declare que, não tendo publicado qualquer anúncio relativo aos contratos adjudicados e ao adjudicar, sem concurso público ou de modo não transparente, contratos relativos a serviços públicos de socorro nos *Länder* da Saxónia-Anhalt, da Renânia do Norte-Vestefália, da Baixa Saxónia e da Saxónia, 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[2], e 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[3], e não respeitou os princípios da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços (artigos 43.º CE e 49.º CE).

2 — JO L 209, p. 1.
3 — JO L 134, p. 114.

II — Quadro jurídico

A — *Directiva 92/50*

2. Nos termos do artigo 3.º, n.º 2, da Directiva 92/50, as entidades adjudicantes assegurarão que não se verifique qualquer discriminação entre os vários prestadores de serviços.

3. O artigo 10.º da Directiva 92/50 estabelece:

«Os contratos que tenham simultaneamente por objecto serviços enumerados no anexo I A e serviços enumerados no anexo I B serão celebrados de acordo com o disposto nos títulos III a VI sempre que o valor dos serviços enumerados no anexo I A seja superior ao valor dos serviços enumerados no anexo I B. Caso contrário, serão celebrados de acordo com o disposto nos artigos 14.º e 16.º»

4. O artigo 16.º da Directiva 92/50 prevê:

«1. As entidades adjudicantes que tenham adjudicado um contrato público de serviços ou que tenham organizado um concurso para trabalhos de concepção enviarão um anúncio

com os resultados do processo de adjudicação ao Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias.

2. Os anúncios serão publicados:

[...]»

B — *Directiva 2004/18*

5. Nos termos do artigo 2.º da Directiva 2004/18, as entidades adjudicantes tratam os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação e agem de forma transparente.

6. O artigo 22.º da Directiva 2004/18 estabelece:

«Os contratos que tenham simultaneamente por objecto a prestação de serviços referidos no anexo II A e de serviços referidos no anexo II B são adjudicados de acordo com os artigos 23.º a 55.º quando o valor dos serviços referidos no anexo II A for superior ao valor dos serviços referidos no anexo II B. Nos restantes casos, estão sujeitos ao artigo 23.º e ao n.º 4 do artigo 35.º»

7. O artigo 35.º, n.º 4, da Directiva 2004/18 prevê:

«As entidades adjudicantes que tenham adjudicado um contrato público ou celebrado um acordo-quadro enviarão um anúncio com os resultados do procedimento de adjudicação, no prazo de 48 dias após a adjudicação do contrato público ou a celebração do acordo-quadro.

[...]

No caso dos contratos públicos de serviços relativos a serviços enumerados no anexo II B, as entidades adjudicantes devem indicar no anúncio se concordam com a sua publicação. Para estes contratos relativos a serviços, a Comissão definirá as regras para a elaboração de relatórios estatísticos com base nos anúncios e para a publicação desses relatórios, de acordo com o procedimento referido no n.º 2 do artigo 77.º

[...]»

urgência, com assistência especializada, em ambulância.

III — Matéria de facto

8. Na República Federal da Alemanha, o direito dos serviços de socorro inclui-se na competência legislativa dos *Länder*, que concretizam as suas possibilidades de configuração legislativa de forma diferente.

9. Na maioria dos *Länder* alemães, os serviços de socorro são prestados de acordo com um sistema dual, que distingue entre o serviço público de socorro e a prestação de serviços de socorro com base em autorizações concedidas nos termos das leis dos *Länder* em matéria de serviços de socorro.

10. Os serviços públicos de socorro abrangem, normalmente, quer serviços de transporte de urgência quer serviços de transporte qualificado de doentes. O transporte de urgência refere-se ao transporte, com assistência especializada, de pessoas feridas ou doentes em perigo de vida, efectuado em ambulância com ou sem médico. O transporte qualificado de doentes consiste no transporte de pessoas doentes, feridas ou que necessitam de qualquer tipo de cuidados, mas que não se encontrem em situação de

11. Vários *Länder* decidiram deixar às cidades, aos *Landkreise* (circunscrições administrativas), *Rettungszweckverbände* (agrupamentos locais de serviços de socorro), etc., a tarefa de escolher os prestadores de serviços públicos de socorro. Para este efeito, as referidas autarquias locais ou regionais celebram, em regra, contratos com diferentes prestadores de serviços com vista a assegurar a prestação destes serviços à população de todo um território. Quando os serviços são remunerados directamente pela autarquia local ou regional, o modelo contratual em causa é designado como «modelo de submissão». Quando, pelo contrário, o prestador de serviços cobra directamente aos pacientes ou às caixas de seguro de doença uma contrapartida financeira, sendo remunerado deste modo, trata-se do chamado «modelo de concessão».

12. Com a sua acção, a Comissão critica a adjudicação de contratos relativos a serviços públicos de socorro nos *Länder* da Baixa Saxónia, da Renânia do Norte-Vestefália, da Saxónia e da Saxónia-Anhalt, nos quais é sempre aplicado o modelo de submissão. A Comissão alega, em especial, que nestes *Länder* os contratos relativos a serviços públicos de socorro abrangidos pelas directivas em matéria de contratação pública não foram, em regra, objecto de concurso nem adjudicados com transparência.

IV — Procedimento pré-contencioso

13. Após ter recebido várias denúncias, a Comissão informou a República Federal da Alemanha, por carta de 10 de Abril de 2006, que esta, ao adjudicar contratos onerosos relativos a serviços de socorro nos *Länder* da Renânia do Norte-Vestefália, da Baixa Saxónia, da Saxónia e da Saxónia-Anhalt, podia ter violado as directivas em matéria de contratação pública, bem como o direito primário. Ao mesmo tempo, informou a República Federal da Alemanha de que esta, ao adjudicar concessões de serviços de socorro, podia ter violado os princípios da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços. Por conseguinte, convidou o Governo da República Federal da Alemanha, nos termos do artigo 226.º CE, a apresentar, no prazo de dois meses, as suas observações sobre a posição da Comissão.

14. Na sua comunicação de 10 de Julho de 2006, a República Federal da Alemanha contestou as alegadas infracções ao direito comunitário. Além disso, indicou ter ocorrido uma alteração legislativa na Saxónia, em 2005, pelo que também neste *Land,* o mais tardar a partir de 1 de Janeiro de 2009, os serviços de socorro são adjudicados por concurso, em conformidade com os princípios da concorrência sem discriminações.

15. Por carta de 15 de Dezembro de 2006, a Comissão enviou um parecer fundamentado à República Federal da Alemanha. Concluiu aí que a República Federal da Alemanha não cumpria ou continuava a não cumprir as obrigações que lhe incumbem por força das Directivas 92/50 e 2004/18 e dos princípios da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços. Por conseguinte, a Comissão convidou a República Federal da Alemanha a tomar as medidas necessárias para dar cumprimento ao parecer fundamentado no prazo de dois meses a contar da sua recepção.

16. Na sua comunicação de 22 de Fevereiro de 2007, a República Federal da Alemanha contestou de novo o entendimento jurídico da Comissão. Afirmou que o direito comunitário não foi violado em nenhum dos casos concretos referidos pela Comissão.

V — Tramitação processual no Tribunal de Justiça e pedidos das partes

17. A República Federal da Alemanha não seguiu o parecer fundamentado e, portanto, a Comissão intentou a presente acção em 15 de Abril de 2008, nos termos do artigo 226.º CE.

18. A Comissão pede que o Tribunal:

— declare que, não tendo publicado qualquer anúncio relativo aos contratos adjudicados e ao adjudicar, sem concurso público ou de modo não transparente, contratos relativos a serviços públicos de socorro, a República Federal da Alemanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força das Directivas 92/50/CEE e 2004/18/CE e não respeitou os princípios da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços (artigos 43.º CE e 49.º CE).

— condene a República Federal da Alemanha nas despesas.

19. A República Federal da Alemanha pede que a acção seja julgada improcedente e que a Comissão seja condenada nas despesas.

20. Por despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 16 de Dezembro de 2008, foi admitida a intervenção do Reino dos Países Baixos em apoio dos pedidos da República Federal da Alemanha. Em apoio da demandada, o Reino dos Países Baixos pede que a acção da Comissão seja julgada improcedente.

VI — Principais argumentos das partes

21. A Comissão entende que, no domínio dos contratos de prestação de serviços públicos de transporte de urgência e de transporte qualificado de doentes, se estabeleceu em vários *Länder* uma prática, contrária ao direito da contratação pública, de adjudicar contratos a prestadores locais, sem concurso a nível europeu, e sem garantir uma transparência adequada.

22. Remetendo para nove exemplos concretos de adjudicação dos *Länder* da Baixa Saxónia, da Renânia do Norte-Vestefália, da Saxónia e da Saxónia-Anhalt, a Comissão sublinha, em primeiro lugar, que as cidades, os *Landkreise* e *Rettungszweckverbände* competentes para a respectiva adjudicação devem ser entendidos como entidades adjudicantes na acepção das directivas em matéria de contratação pública. Além disso, os contratos adjudicados no domínio dos serviços públicos de socorro devem ser qualificados de contratos públicos, onerosos, cujo valor ultrapassa claramente, nos casos em questão, os limiares

financeiros pertinentes para a aplicação das Directivas 92/50 e 2004/18.

23. Sustenta que, na medida em que estes contratos públicos tenham sido celebrados antes de 31 de Janeiro de 2006, estavam abrangidos pela Directiva 92/50. Dado que esses contratos se referiam a serviços mistos, deviam ter sido adjudicados, em conformidade com o disposto nos títulos III e IV ou nos artigos 14.º e 16.º da Directiva 92/50, consoante fosse preponderante o valor dos serviços de transporte ou dos serviços médicos. Para os contratos celebrados depois de decorrido o prazo de transposição da Directiva 2004/18, esta directiva prevê um regime correspondente.

24. Atendendo ao facto de que todos os exemplos referidos constituem contratos que apresentam interesse transfronteiriço, a República Federal da Alemanha violou igualmente os princípios da não discriminação e da transparência, inerentes à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços.

25. A Comissão afirma que as infracções alegadas não constituem casos pontuais, mas ilustram a existência de uma prática generalizada de adjudicação contrária ao direito comunitário. Esta apreciação é confirmada, segundo a Comissão, pelo número extremamente reduzido de concursos a nível europeu relativos a serviços de socorro e de anúncios respeitantes aos contratos adjudicados.

26. O Governo alemão considera inadmissível a pretensão da Comissão que, alegando factos relativos a certos processos de adjudicação em quatro de um total de dezasseis *Länder*, pretende obter uma condenação, em termos gerais, da prática de adjudicação na República Federal da Alemanha. Sustenta igualmente que são incorrectas várias afirmações da Comissão quanto à matéria de facto.

27. Além disso, o Governo alemão invoca a excepção sectorial prevista no artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE, em conjugação com o artigo 55.º CE, segundo a qual os capítulos do Tratado CE relativos à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços não se aplicam a actividades que, num Estado-Membro, estejam ligadas, mesmo ocasionalmente, ao exercício da autoridade pública, o que sucede com os serviços de socorro em causa. Dado que as directivas em matéria de contratação pública têm a sua base jurídica nestes dois capítulos do Tratado CE, também não são aplicáveis no presente processo.

28. O Governo alemão alega, a título subsidiário, que os serviços de socorro em causa preenchem os requisitos para um tratamento privilegiado, nos termos do artigo 86.º, n.º 2, CE. Como o artigo 86.º, n.º 2, CE contém uma excepção não só às regras de concorrência mas também a todas as outras disposições do Tratado CE, a acção da Comissão é, também nesta perspectiva, improcedente. Por último, o Governo alemão remete para dois despachos do Bundesgerichtshof de 1 de Dezembro de 2008, nos termos dos quais o direito da contratação pública é agora igualmente aplicável à adjudicação de contratos relativos a serviços de socorro.

29. O Governo neerlandês parte do princípio de que a República Federal da Alemanha não violou as directivas em matéria de contratação pública nem os artigos 43.º CE e 49.º CE. Entende que os serviços públicos de socorro em questão devem ser qualificados de serviços de interesse económico geral, na acepção do artigo 86.º, n.º 2, CE. Neste contexto, nota que a excepção prevista no artigo 86.º, n.º 2, CE se aplica também no domínio das liberdades fundamentais. Por último, o Governo neerlandês examina a possibilidade de aplicar a excepção sectorial prevista nos artigos 45.º CE e 55.º CE. A este respeito, o Governo neerlandês inclina-se para considerar que as condições de aplicação destas disposições derrogatórias podem estar preenchidas pelos serviços de socorro em causa.

VII — Apreciação jurídica

A — *Admissibilidade*

30. Uma característica particular do processo por incumprimento nos termos do artigo 226.º CE reside no facto de a determinação do objecto do processo no procedimento pré-contencioso limitar o objecto admissível de uma posterior acção. Segundo jurisprudência assente, o parecer fundamentado e a subsequente acção por incumprimento devem basear-se nos mesmos fundamentos e alegações, pelo que o Tribunal de Justiça não pode examinar uma acusação que não tenha sido formulada no parecer fundamentado[4].

31. Esta condição de admissibilidade, que exclui uma extensão das alegações constantes da acção relativamente às que figuram no parecer fundamentado, destina-se a proteger os direitos de defesa do Estado-Membro em causa, ao qual deve ser dada a possibilidade de cumprir as suas obrigações comunitárias e de fazer valer utilmente os seus meios de defesa contra as acusações formuladas pela Comissão. Ao mesmo tempo, esta condição reflecte a regra geral e básica de direito

4 — V., por exemplo, acórdãos de 7 de Maio de 1987, Comissão/Bélgica (186/85, Colect., p. 2029, n.º 13); de 11 de Maio de 1989, Comissão/Alemanha (76/86, Colect., p. 1021, n.º 8); de 24 de Junho de 2004, Comissão/Países Baixos (C-350/02, Colect., p. I-6213, n.º 20); e de 26 de Março de 2009, Comissão/Itália (C-326/07, Colect., p. I-2291, n.º 29).

processual, de que um eventual processo contencioso deve ter por objecto um litígio claramente definido[5].

32. Entendo que, no presente processo, a Comissão ultrapassou de maneira inadmissível, ao formular os seus pedidos, as alegações feitas no parecer fundamentado. A fim de esclarecer e delimitar esta ampliação inadmissível do objecto da acção, passo a abordar, antes de mais, a classificação dos serviços de socorro em causa no sistema das directivas em matéria de contratação pública. Em seguida, mostrarei como a Comissão reformulou, na petição, os seus pedidos constantes do parecer fundamentado e como esta reformulação alterou igualmente o objecto do processo.

33. É irrelevante, contudo, a circunstância de a República Federal da Alemanha não ter invocado expressamente a inadmissibilidade da ampliação do pedido. Dado que a proibição da ampliação do objecto do litígio constitui uma garantia fundamental pretendida pelo Tratado CE, cujo respeito é um requisito essencial de forma da regularidade do processo que verifica um incumprimento de um Estado-Membro[6], o Tribunal de Justiça pode constatar oficiosamente esta ampliação, mesmo que a República Federal da Alemanha não a tenha criticado[7].

1. Serviços de socorro como serviços mistos no sistema das directivas em matéria de contratação pública

34. Quer a Directiva 92/50 quer a Directiva 2004/18 distinguem entre os chamados serviços prioritários e não prioritários. Os primeiros são enumerados no anexo I A da Directiva 92/50 e no anexo II A da Directiva 2004/18, de conteúdo idêntico, e abrangem, designadamente, os serviços de transporte terrestre. Os últimos são enumerados no anexo I B da Directiva 92/50, bem como no anexo II B da Directiva 2004/18, de conteúdo idêntico, e abrangem, designadamente, serviços no domínio da saúde. Do ponto de vista do direito da contratação pública, a diferença mais importante entre os serviços prioritários dos anexos I A e II A e os serviços não prioritários dos anexos I B e II B é que a respectiva directiva em matéria de contratação pública só se aplica plenamente aos serviços prioritários[8]. Pelo contrário, no que toca aos

5 — V. acórdãos Comissão/Países Baixos (já referido na nota 4, n.os 18 e segs.) e de 22 de Março de 2007, Comissão/Bélgica (C-437/04, Colect., p. I-2513, n.os 39 e segs.).

6 — V., por exemplo, acórdão de 27 de Abril de 2006, Comissão/Alemanha (C-441/02, Colect., p. I-3449, n.º 59).

7 — Argumento *a fortiori,* decorrente do artigo 92.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça. Neste sentido, v., também, Karpenstein/Karpenstein, *in:* Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, artigo 226.º CE, n.º 82 (39.º suplemento, actualização de Julho de 2009).

8 — Artigo 8.º da Directiva 92/50 e artigo 20.º da Directiva 2004/18.

serviços não prioritários, prevê-se apenas a aplicação das regras relativas a especificações técnicas e que as entidades adjudicantes devem informar a Comissão da adjudicação dos contratos[9].

35. No presente processo, é pacífico que os serviços de socorro em causa devem ser qualificados de serviços mistos, que incluem componentes de serviços prioritários e não prioritários. Esta classificação decorre directamente do acórdão Tögel[10], no qual os serviços de transporte de feridos e doentes com acompanhamento de um enfermeiro foram qualificados de serviços mistos na acepção do artigo 10.º da Directiva 92/50[11]. Neste contexto, o transporte de pessoas deve ser classificado como serviço prioritário, a assistência médica durante o transporte como serviço não prioritário.

36. Nos termos do artigo 10.º da Directiva 92/50 ou do artigo 22.º da Directiva 2004/18, a correspondente directiva em matéria de contratação pública é plenamente aplicável aos contratos mistos relativos a serviços prioritários e não prioritários, quando o valor dos serviços prioritários ultrapassa o valor dos não prioritários. No caso contrário, os contratos mistos devem ser tratados como contratos relativos a serviços não prioritários.

2. Reformulação dos pedidos na petição

37. No parecer fundamentado, a Comissão tomou expressamente em conta a natureza mista dos serviços de socorro em causa quer no âmbito da sua apreciação jurídica quer ao formular as diferentes acusações.

38. No parecer fundamentado, a Comissão afirmou, em especial, que os serviços de socorro em causa são preponderantes relativamente aos serviços de transporte na acepção do anexo I A da Directiva 92/50 e do anexo II A da Directiva 2004/18, pelo que a República Federal da Alemanha, ao adjudicar esses contratos, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 10.º, em conjugação com os títulos III e IV, da Directiva 92/50 e, desde 1 de Fevereiro de 2006, do artigo 22.º, em conjugação com os artigos 23.º a 55.º, da Directiva 2004/18. Na hipótese de, em alguns dos casos referidos, os serviços médicos na acepção do anexo I B da

9 — Artigo 9.º da Directiva 92/50 e artigo 21.º da Directiva 2004/18.

10 — Acórdão de 24 de Setembro de 1998 (C-76/97, Colect., p. I-5357, n.º 40).

11 — O transporte de pessoas é abrangido pela designação «Serviços de transporte terrestre» na acepção da categoria 2 do anexo I A da Directiva 92/50, ou da categoria 2 do anexo II A da Directiva 2004/18. A assistência médica é abrangida pela designação «Serviços de saúde» na acepção da categoria 25 do anexo I B da Directiva 92/50, ou da categoria 25 do anexo II B da Directiva 2004/18.

Directiva 92/50 e do anexo II B da Directiva 2004/18 terem carácter preponderante, a Comissão invoca, a título subsidiário, a violação do artigo 10.º, em conjugação com o artigo 16.º, da Directiva 92/50 e, desde 1 de Fevereiro de 2006, do artigo 22.º, em conjugação com o artigo 35.º, n.º 4, da Directiva 2004/18, e, em qualquer caso, dos princípios da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, nos termos dos artigos 43.º CE e 49.º CE, e do princípio da não discriminação, que lhes é inerente.

39. Na sua acção, a Comissão deixou deliberadamente em aberto a questão de saber se os serviços de socorro em causa se referiam essencialmente ao transporte de pessoas ou à assistência médica. A Comissão entende que não é necessário responder a esta questão, dado que as adjudicações criticadas violaram, em qualquer caso, as regras relativas ao dever de notificação para contratos adjudicados, previstas no artigo 16.º da Directiva 92/50 e no artigo 35.º, n.º 4, da Directiva 2004/18, e o princípio da não discriminação, inerente à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços.

40. Com esta reformulação dos pedidos, a Comissão alterou o objecto do processo de maneira inadmissível.

41. Ao passo que, no seu parecer fundamentado, a Comissão partiu do princípio de que, com a adjudicação dos serviços de socorro, os princípios da não discriminação e da transparência, consagrados no direito primário, só foram violados nos casos em que o aspecto da assistência médica era preponderante, defende na sua acção um ponto de vista diferente, alegando que os princípios da não discriminação e da transparência deviam ser sempre observados ao adjudicar os serviços de socorro em causa. Contudo, isto pressupõe necessariamente que os princípios da não discriminação e da transparência possam também ser directamente violados no contexto da adjudicação de serviços de socorro nos quais é preponderante o aspecto do transporte, o que não é alegado no parecer fundamentado nem explicitamente nem implicitamente.

42. Assim, a ampliação do objecto do processo consiste em alegar agora, também relativamente à adjudicação de serviços mistos de socorro nos quais o aspecto do transporte é preponderante, uma violação dos princípios da não discriminação e da transparência, inerentes à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços. A presente acção deve ser julgada inadmissível quanto a este ponto.

43. Não se pode objectar que os deveres de realizar concurso e de publicidade, previstos

nas directivas em matéria de contratação pública, constituem, em última análise, uma expressão, a nível do direito derivado, dos princípios da não discriminação e da transparência, consagrados no direito primário, e que, por conseguinte, o pedido da Comissão, baseado agora no direito primário, não ultrapassou o conteúdo das alegações formuladas no parecer fundamentado. Com efeito, é decisivo se a Comissão alega, na sua acção, uma infracção ao direito primário no que toca a serviços mistos prioritários, embora tenha indicado, no parecer fundamentado, que esses serviços estão plenamente sujeitos à aplicação das directivas em matéria de contratação pública, invocando, por conseguinte, apenas uma violação destas directivas. Logo, no procedimento pré-contencioso, a República Federal da Alemanha não se pôde debruçar sobre a questão de saber se a adjudicação de contratos de serviços de socorro, relativos sobretudo ao transporte de pessoas e, por isso, sujeitos à aplicação plena das directivas em matéria de contratação pública, é susceptível de ser analisada directamente à luz dos princípios da não discriminação e da transparência, consagrados no direito primário[12].

44. Se a modificação do objecto do processo que analisei fosse declarada admissível, isto implicaria uma violação inaceitável dos direitos de defesa da República Federal da Alemanha, que seria privada da possibilidade de examinar, logo na fase pré-contenciosa, a questão fundamental de saber se e em que medida a Comissão pode basear directamente no direito primário os seus pedidos relativos à adjudicação de serviços mistos prioritários.

45. Refira-se igualmente que a Comissão parece alegar na sua acção, por vezes, uma violação do artigo 2.º da Directiva 2004/18 e ter em vista uma condenação da República Federal da Alemanha nesse sentido[13]. Na medida em que os pedidos apontem nessa direcção, devem igualmente ser julgados inadmissíveis, porque no parecer fundamentado não foi expressamente referida a violação do artigo 2.º da Directiva 2004/18.

12 — Neste contexto, coloca-se, em especial, a questão de saber se um exame da adjudicação dos contratos em causa com base nos princípios da não discriminação e da transparência, consagrados no direito primário, é compatível com o princípio do primado da aplicação do direito derivado e com a *ratio* do processo por incumprimento nos termos do artigo 226.º CE. V., a este respeito, n.os 95 e segs. das presentes conclusões.

13 — Sob a epígrafe «Violação do artigo 16.º da Directiva 92/50/CEE e do artigo 35.º, n.º 4, da Directiva 2004/18/CE», a Comissão afirma, no n.º 39 da sua petição, de 15 de Abril de 2008, que os artigos 14.º e 16.º da Directiva 92/50, bem como os artigos 23.º e 35.º, n.º 4, da Directiva 2004/18, são, de qualquer modo, aplicáveis ao presente caso. A seguir, no n.º 40, invoca a violação do artigo 16.º da Directiva 92/50 e do artigo 35.º, n.º 4, da Directiva 2004/18. No n.º 41, a Comissão afirma que o artigo 3.º, n.º 2, da Directiva 92/50 assim como o artigo 2.º da Directiva 2004/18 são igualmente aplicáveis ao presente caso, embora sem criticar expressamente a sua violação ou tecer outras considerações relativamente a estes dois artigos. Contudo, no resumo dos seus pedidos no n.º 72, a Comissão alega a violação do artigo 10.º, em conjugação com o artigo 16.º, da Directiva 92/50, bem como dos artigos 2.º e 22.º, em conjugação com o artigo 35.º, n.º 4, da Directiva 2004/18.

3. Conclusão

46. Atendendo a estas considerações, concluo que a presente acção por incumprimento deve ser julgada inadmissível, na medida em que é alegada a violação dos princípios da não discriminação e da transparência, inerentes à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços, também a nível da adjudicação de serviços de socorro nos quais o transporte apresenta um carácter preponderante.

47. Caso o Tribunal de Justiça entenda que, com a sua acção, a Comissão solicita também que seja declarada a violação do artigo 2.º da Directiva 2004/18, este pedido deve igualmente ser julgado inadmissível.

B — *Quanto ao mérito*

48. A República Federal da Alemanha contesta a acção por incumprimento interposta pela Comissão com três linhas de argumentação. Em primeiro lugar, o Governo alemão invoca a excepção sectorial prevista no artigo 45.º CE e, a título subsidiário, a justificação prevista no artigo 86.º, n.º 2, CE. Em segundo lugar, contesta algumas das alegações de facto da Comissão. Em terceiro lugar, contesta o pedido da Comissão, de declarar a existência de uma prática contrária ao direito da contratação pública.

49. Neste contexto, passarei a examinar, antes de mais, a problemática da adjudicação de contratos relativos a serviços de socorro à luz do artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE, em conjugação com o artigo 55.º CE, e, a seguir, à luz do artigo 86.º, n.º 2, CE. Em seguida, examinarei cada um dos nove processos de adjudicação criticados pela Comissão. Por último, analisarei a questão de saber se os resultados deste exame justificam a declaração da existência de uma prática contrária ao direito da contratação pública.

1. Inaplicabilidade da excepção sectorial prevista no artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE

50. Nos termos do artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE, em conjugação com o artigo 55.º CE, as disposições de direito primário relativas à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços não são aplicáveis às actividades que, num Estado-Membro, estejam ligadas, mesmo ocasionalmente, ao

exercício da autoridade pública. Logo, se uma actividade está ligada, num Estado-Membro, ao exercício da autoridade pública, ela está excluída da aplicação da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços.

51. O mesmo é válido para as disposições de direito derivado adoptadas para atingir os objectivos dos capítulos relativos à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços. Na medida em que esses actos de direito derivado regularem igualmente actividades que estejam ligadas ao exercício da autoridade pública, há que interpretar o regime de direito derivado em conformidade com o Tratado e declarar que as referidas actividades estão, nos Estados-Membros em causa, excluídas do âmbito de aplicação desse regime[14].

52. Se os serviços de transporte de urgência e de transporte de doentes, que constituem o objecto das adjudicações controvertidas, estiverem ligados ao exercício da autoridade pública na acepção do artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE, deve ser julgado improcedente o argumento, aduzido pela Comissão, relativo à violação dos princípios da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços. Além disso, na medida em que quer a Directiva 92/50 quer a Directiva 2004/18 foram adoptadas com base no artigo 47.º, n.º 2, CE e no artigo 55.º CE e, logo, nas regras de competência de direito primário dos capítulos sobre a liberdade de estabelecimento e a livre prestação de serviços, o fundamento relativo à violação destas directivas em matéria de contratação pública deveria, neste caso, ser também julgado improcedente.

53. Contudo, afigura-se-me duvidoso que a prestação de serviços de transporte de urgência e de transporte de doentes possa ser qualificada de actividade que, na acepção do artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE, esteja ligada, mesmo ocasionalmente, ao exercício da autoridade pública.

54. Antes de mais, importa lembrar que a interpretação do conceito de «exercício da autoridade pública» na acepção do artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE deve ser efectuada à luz do direito comunitário. Com efeito, a ordem jurídica comunitária não pretende, em princípio, salvo referência expressa, definir os seus conceitos inspirando-se numa ordem jurídica nacional ou em várias delas[15].

14 — V. n.º 28 das conclusões do advogado-geral C. O. Lenz de 19 de Setembro de 1991 no processo Comissão/Grécia (acórdão de 10 de Dezembro de 1991, C-306/89, Colect., p. I-5863). V., também, Randelzhofer/Forsthoff, *in:* Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, artigo 45.º CE, n.º 14 (39.º suplemento, actualização de Julho de 2009).

15 — V. acórdãos de 2 de Abril de 1998, EMU Tabac e o. (C-296/95, Colect., p. I-1605, n.º 30); de 22 de Maio de 2003, Comissão/Alemanha (C-103/01, Colect., p. I-5369, n.º 33); e de 18 de Dezembro de 2007, Société Pipeline Méditerranée et Rhône (C-314/06, Colect., p. I-12273, n.º 21).

55. Deste modo, a resposta à questão de saber se uma actividade está ligada ao exercício da autoridade pública na acepção do artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE, depende da definição comunitária de autoridade pública na acepção da referida disposição.

56. O exercício da autoridade pública (ou a participação no mesmo) na acepção do artigo 45.º CE pressupõe a faculdade de utilizar prerrogativas que exorbitam do direito comum, privilégios de autoridade ou poderes de coerção, que se impõem aos cidadãos[16].

57. Atendendo à importância decisiva das liberdades fundamentais para o mercado interno, o artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE — eventualmente em conjugação com o artigo 55.º CE — deve, como excepção aos princípios da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, ser objecto de interpretação restritiva[17]. Por conseguinte, nem toda a actividade, no âmbito da qual é possível utilizar prerrogativas que exorbitam do direito comum, privilégios de autoridade ou poderes de coerção, que se impõem aos cidadãos, é abrangida pelo âmbito de aplicação da excepção prevista no artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE. Pelo contrário, é preciso que essa participação no exercício da autoridade pública seja suficientemente directa e intensa.

58. Por outras palavras, a condição relativa ao «exercício da autoridade pública» na acepção do artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE pressupõe um exercício suficientemente qualificado de prerrogativas que exorbitam do direito comum, de privilégios de autoridade ou de poderes de coerção. O Tribunal de Justiça resumiu esta apreciação qualitativa da participação em missões de autoridade pública indicando como pressuposto da aplicação do artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE — eventualmente em conjugação com o artigo 55.º CE — uma participação «directa» e «específica» no exercício da autoridade pública[18].

59. Assim, no seu acórdão de 29 de Outubro de 1998, Comissão/Espanha[19], o Tribunal de Justiça, ao examinar a questão de saber se as actividades de empresas de segurança privada em Espanha estavam ligadas ao exercício da autoridade pública, salientou que, mesmo quando tais empresas são, em determinadas situações, chamadas a assistir as forças e os corpos de segurança, se trata aí apenas de funções auxiliares. Por conseguinte, as empresas de segurança privada não

16 — Conclusões do advogado-geral H. Mayras de 28 de Maio de 1974 no processo Reyners (acórdão de 21 de Junho de 1974, 2/74, Colect., pp. 325, 337).

17 — Esta interpretação restritiva é confirmada por uma jurisprudência entretanto assente do Tribunal de Justiça, segundo a qual a análise das excepções à liberdade de estabelecimento, previstas no artigo 45.º CE, deve tomar em consideração o carácter comunitário dos limites impostos por este artigo às excepções à referida liberdade. V., por exemplo, acórdão de 22 de Outubro de 2009, Comissão/Portugal (C-438/08, Colect., p. I-10219, n.º 35).

18 — V., por exemplo, acórdãos de 13 de Julho de 1993, Thijssen (C-42/92, Colect., p. I-4047, n.º 22); 30 de Março de 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, Colect., p. I-2941, n.º 46); e Comissão/Portugal (já referido na nota 17, n.º 36).

19 — C-114/97, Colect., p. I-6717, n.ºs 38 e 39.

participam «de modo directo e específico» no exercício da autoridade pública. Esta solução foi sugerida pelo advogado-geral S. Alber, nas suas conclusões nesse processo, com a indicação de que não se deve ver na distinção entre funções principais e auxiliares um critério quantitativo, mas, pelo contrário, um critério qualitativo, e de que existe uma distinção gradual entre as prerrogativas das forças e corpos de segurança e dos serviços de segurança privada [20].

60. Esta linha rigorosa foi seguida pelo Tribunal de Justiça, por último, no seu acórdão de 22 de Outubro de 2009, Comissão/ /Portugal [21], no qual decidiu que as actividades dos organismos privados de controlo técnico de veículos não são abrangidas pela derrogação prevista no artigo 45.º CE, embora estes organismos emitam certificações do controlo técnico por eles efectuado e, nesta perspectiva, exerçam também prerrogativas de autoridade pública. Este exercício de prerrogativas de autoridade pública não preenche, contudo, o critério qualitativo da participação «directa e específica» no exercício da autoridade pública, na acepção do artigo 45.º CE. A este respeito, o Tribunal de Justiça indicou, por um lado, que com a certificação são apenas extraídas as consequências jurídicas da inspecção técnica em causa, sem que os organismos de inspecção disponham de uma verdadeira autonomia decisória. Além disso, a decisão de certificar ou não o controlo técnico é adoptada no âmbito de uma vigilância estatal directa [22].

61. Anteriormente, a propósito do exame da aplicabilidade da excepção sectorial prevista no artigo 45.º CE relativamente aos revisores oficiais de contas aprovados junto das empresas de seguros e das instituições privadas de previdência, o Tribunal de Justiça tinha já declarado que o exercício de funções simplesmente auxiliares e preparatórias, face a uma entidade que exerce efectivamente a autoridade pública ao tomar a decisão final, não pode ser entendido como participação no exercício da autoridade pública, na acepção da referida derrogação [23].

62. Em resumo, cabe constatar que, segundo jurisprudência actualmente assente, o «exercício da autoridade pública» na acepção do artigo 45.º, primeiro parágrafo, CE deve preencher exigências qualitativas estritas, que,

20 — N.os 27 e segs. das conclusões do advogado-geral S. Alber de 7 de Maio de 1998 no processo Comissão/Espanha (C-114/97, Colect., p. I-6717). A constatação de que a actividade de empresas de vigilância ou de segurança privada não apresenta, normalmente, uma ligação directa e específica ao exercício da autoridade pública, foi confirmada nos acórdãos de 9 de Março de 2000, Comissão/Bélgica (C-355/98, Colect., p. I-1221, n.os 25 e segs.); de 31 de Maio de 2001, Comissão/Itália (C-283/99, Colect., p. I-4363, n.os 20 e segs.); e de 13 de Dezembro de 2007, Comissão/ /Itália (C-465/05, Colect., p. I-11091, n.os 31 e segs.).

21 — Já referido na nota 17.

22 — O Tribunal de Justiça chegou a um resultado idêntico logo nos acórdãos de 29 de Novembro de 2007, Comissão/ /Alemanha (C-404/05, Colect., p. I-10239, n.os 39 e segs.), e Comissão/Áustria (C-393/05, Colect., p. I-10195, n.os 37 e segs.), ao analisar as actividades de organismos privados de controlo dos produtos provenientes da agricultura biológica.

23 — Acórdão Thijssen (já referido na nota 18, n.os 17 e segs.). V., igualmente, acórdão Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (já referido na nota 18, n.os 44 e segs.), quanto ao exercício de determinadas actividades de consultoria e de assistência fiscal pelos Centri di Assistenza Fiscale na Itália.

até agora, têm levado a que, quase sem excepção, a invocação do artigo 45.º CE não tenha êxito[24].

63. Também no presente processo parece-me que, embora os prestadores de serviços de transporte de urgência e de transporte de doentes participem, de modo limitado, no exercício da autoridade pública, não se verificam as características qualitativas necessárias para a aplicação do artigo 45.º CE.

64. A República Federal da Alemanha entende que a participação no exercício da autoridade pública é demonstrada, em primeiro lugar, pelo facto de os contratos em causa serem qualificados, nos termos do direito alemão, de contratos de direito público. Em segundo lugar, assinala as prerrogativas dos serviços de socorro nos termos do direito rodoviário e do Código da Estrada que consistem, em especial, na possibilidade de utilizar luzes azuis e sirenes para dar ordens a outros utentes da estrada, que estes devem acatar sob pena de coima. Em terceiro lugar, a República Federal da Alemanha alega que os prestadores serviços de socorro participam frequentemente na organização dos referidos serviços, bem como no desempenho de tarefas públicas no domínio da protecção contra incêndios e da protecção civil e também apoiam medidas policiais preventivas, colocando meios de socorro à disposição de organismos de segurança. Em quarto lugar, sublinha que o direito dos *Länder* prevê, com frequência, a nomeação de membros do pessoal dos serviços de socorro como funcionários administrativos.

65. Estes argumentos não são convincentes.

66. Com o seu primeiro argumento, a República Federal da Alemanha não tem em consideração o princípio de que a ordem jurídica comunitária não pretende, em princípio, definir os seus conceitos inspirando-se numa ordem jurídica nacional ou em várias delas[25]. O facto de a organização dos serviços de socorro em causa dever ter, nos termos do direito alemão, carácter jurídico-público não é relevante para responder à questão de saber se estes serviços de socorro são abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 45.º CE.

67. Embora a República Federal da Alemanha considere a seguir, a justo título, que a utilização de luzes azuis e sirenes pelos serviços de

24 — Além dos acórdãos já referidos, v., por exemplo, acórdão de 18 de Dezembro de 2007, Jundt (C-281/06, Colect., p. I-12231, n.os 35 e segs.), relativamente ao exercício de uma actividade docente por conta de uma universidade.

25 — V. n.os 54 e 55 das presentes conclusões.

socorro deve ser entendida como o exercício de uma prerrogativa que exorbita do direito comum, a configuração concreta desta prerrogativa não me parece atingir a intensidade que, segundo jurisprudência assente, é exigida para a aplicação do artigo 45.º CE. Com efeito, as prerrogativas referidas, limitam-se, por um lado, ao equipamento especial dos veículos dos serviços de socorro, com luzes azuis intermitentes e sirenes, e, por outro, à prioridade que, com estes veículos, é possível reivindicar no tráfego rodoviário, em determinadas condições, relativamente a outros utentes da estrada, devendo a inobservância destas prerrogativas por outros utentes da estrada ser qualificada de infracção punível com coima. Penso que estas prerrogativas relativamente pouco importantes não preenchem as exigências qualitativas estritas, já expostas, relativas ao exercício da autoridade pública na acepção do artigo 45.º CE.

68. Neste contexto, também não são convincentes as alegações do Governo alemão respeitantes à participação dos prestadores dos serviços de socorro na organização dos referidos serviços, na protecção contra incêndios e na protecção civil assim como no apoio dos organismos de segurança e bombeiros colocando meios de socorro à sua disposição. A este respeito, importa referir, por um lado, que o apoio a organismos de segurança colocando meios de socorro à sua disposição deve ser considerado, em regra, uma actividade puramente auxiliar e preparatória que, segundo a jurisprudência já mencionada, não pode constituir uma participação directa no exercício da autoridade pública. Mesmo que os exemplos indicados pela República Federal da Alemanha, da participação dos prestadores de serviços de socorro na organização dos referidos serviços, bem como na protecção contra incêndios e na protecção civil[26], não se reduzam a actividades puramente auxiliares e preparatórias, estas actividades também não preenchem as exigências qualitativas estritas, já expostas, respeitantes ao exercício da autoridade pública na acepção do artigo 45.º CE.

69. O argumento relativo à possibilidade, frequentemente prevista no direito dos *Länder*, da nomeação de membros do pessoal dos serviços de socorro como funcionários administrativos é refutado pela constatação de que, segundo jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, uma extensão da excepção permitida pelos artigos 45.º CE e 55.º CE a uma profissão inteira não poderá admitir-se quando as actividades que estão eventualmente ligadas ao exercício da autoridade pública constituam um elemento destacável do conjunto da actividade profissional em causa[27].

70. Em face do exposto, concluo que a actividade controvertida da prestação de serviços de socorro não apresenta, enquanto tal, uma

26 — Como exemplos de missões de serviço público desempenhadas pelos prestadores de serviços de socorro, a República Federal da Alemanha remete para medidas de evacuação, de segurança e de limitação de acesso em caso de emergência e, em geral, para a participação dos prestadores de serviços de socorro no planeamento, na organização e gestão destes serviços, em cujo âmbito têm, por exemplo, o direito de impor a terceiros deveres de informação e de notificação ou podem decidir sobre a intervenção de outros serviços especializados.

27 — Acórdãos Comissão/Alemanha (já referido na nota 22, n.º 47) e Comissão/Áustria (já referido na nota 22, n.º 45).

ligação directa e específica com o exercício da autoridade pública. Logo, no presente processo, a excepção sectorial prevista no artigo 45.º CE não é aplicável.

2. Inaplicabilidade da justificação prevista no artigo 86.º, n.º 2, CE

71. Remetendo para o acórdão Ambulanz Glöckner[28], a República Federal da Alemanha alega, a título subsidiário, que os serviços de socorro devem ser classificados como serviços de interesse económico geral na acepção do artigo 86.º, n.º 2, CE, afirmando que a justificação prevista nesta norma é aplicável, sem restrições, no domínio da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços.

72. Este argumento não me convence.

73. Há que concordar com a República Federal da Alemanha em que, nos acórdãos de 23 de Outubro de 1997, Comissão/Países Baixos[29], e de 18 de Junho de 1998, Corsica Ferries France[30], o Tribunal de Justiça declarou que a justificação prevista no artigo 86.º, n.º 2, CE é aplicável também a medidas estatais incompatíveis com as disposições do Tratado CE relativas à livre circulação de mercadorias e à livre prestação de serviços e, deste modo, confirmou que o artigo 86.º, n.º 2, CE pode ser invocado para justificar violações do artigo 86.º, n.º 1, CE em relação com as liberdades fundamentais[31].

74. No entanto, atendendo aos recentes desenvolvimentos da jurisprudência do Tribunal de Justiça, coloca-se, em primeiro lugar, a questão de saber se os acórdãos Comissão/Países Baixos e Corsica Ferries France ainda são plenamente válidos nesse ponto. Segundo a jurisprudência mais recente, o facto de uma actividade, atendendo às suas modalidades concretas, ser subtraída ao âmbito de aplicação das regras de concorrência não significa necessariamente que seja também excluída do âmbito das normas relativas à livre circulação[32].

75. Neste contexto, coloca-se a questão de saber se não deverá ser reapreciada a linha jurisprudencial, baseada nos acórdãos Comissão/Países Baixos e Corsica Ferries France, relativa à aplicabilidade do artigo 86.º, n.º 2, CE no domínio das liberdades

28 — Acórdão de 25 de Outubro de 2001 (C-475/99, Colect., p. I-8089).

29 — C-157/94, Colect., p. I-5699, n.os 27 e segs.

30 — C-266/96, Colect., p. I-3949, n.º 59.

31 — No mesmo sentido, também, Mestmäcker/Schweitzer, *in:* Immenga/Mestmäcker — *Wettbewerbsrecht. Kommentar zum Europäischen Kartellrecht*, 4.ª ed., Munique, 2007, artigo 86.º, n.º 2, CE, n.º 42; Pernice/Wernicke, *in:* Grabitz/Hilf, *op. cit.* (nota 14), artigo 86.º CE, n.º 53.

32 — Acórdão de 11 de Dezembro de 2007, International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union (C-438/05, Colect., p. I-10779, n.º 53). V., também, acórdão de 18 de Julho de 2006, Meca-Medina (C-519/04 P, Colect., p. I-6991, n.os 31 a 34).

fundamentais, tanto mais que o Tribunal de Justiça parecia excluir ainda essa aplicabilidade na sua jurisprudência mais antiga[33].

76. Contudo, não é preciso examinar mais detalhadamente essa questão no presente processo. Com efeito, a República Federal da Alemanha nem conseguiu provar o preenchimento das próprias condições de aplicação do artigo 86.º, n.º 2, CE.

77. Cabe ao Estado-Membro que invoca o artigo 86.º, n.º 2, CE demonstrar que estão reunidas as condições nele enunciadas[34].

78. A nível dos factos, o artigo 86.º, n.º 2, CE exige, no caso vertente, a prova de que os serviços de socorro em causa devam ser qualificados de serviços de interesse económico geral, de que uma alteração da prática de adjudicação censurada conforme ao direito comunitário poderia constituir um obstáculo ou risco, de direito ou de facto, à prestação destes serviços e de que o desenvolvimento das trocas comerciais não tenha sido afectado pela prática censurada de maneira que contrarie os interesses da Comunidade.

79. Ao passo que parece ser pacífica a classificação dos serviços de transporte de urgência como serviços de interesse económico geral na acepção do artigo 86.º, n.º 2, CE[35], no presente processo, a República Federal da Alemanha não demonstrou que a prática de adjudicação criticada seja absolutamente necessária e que o cumprimento da missão de prestar os serviços de socorro em causa não possa, assim, ser garantido por outros meios, mais conformes ao direito comunitário.

80. A este respeito, a República Federal da Alemanha indica apenas que a integração de prestadores sempre novos no sistema dos serviços de socorro de uma região pode tornar mais difíceis ou mesmo impossíveis as subvenções cruzadas entre zonas densamente urbanizadas, nas quais a prestação de serviços de socorro é rentável, e zonas de baixa densidade populacional, muito menos rentáveis. Acresce que a protecção das organizações de assistência constituídas sob a forma

33 — Acórdão de 10 de Julho de 1984, Campus Oil e o. (72/83, Recueil, p. 2727, n.º 19).

34 — V., por exemplo, acórdão de 23 de Outubro de 1997, Comissão/França (C-159/94, Colect., p. I-5815, n.º 101).

35 — V., por exemplo, acórdão Ambulanz Glöckner (já referido na nota 28, n.º 55).

de associação que operam na Alemanha, inerente à actual prática de adjudicação, é indispensável porque estas organizações estão adstritas a um dever de protecção civil. Se ocorrer uma catástrofe, só estas organizações podem garantir a mobilização de um grande número de voluntários que residam perto do local de intervenção, sendo necessário dar a estes voluntários a possibilidade de adquirirem, regularmente, experiência prática nos serviços de socorro.

81. Na réplica, a Comissão refutou o argumento das subvenções cruzadas, sustentando que a adjudicação por propostas de serviços de socorro, em conformidade com o direito comunitário, não pode ser excluída pela afirmação de que as organizações que prestam tais serviços necessitam de subvenções cruzadas para assegurar a cobertura de zonas menos rentáveis. As diferenças de rentabilidade entre determinadas zonas poderiam ser tomadas em conta através de uma remuneração mais elevada para os serviços em zonas menos rentáveis. Outra possibilidade seria a adjudicação combinada de serviços de socorro e de transporte de doentes para zonas geograficamente delimitadas, abrangendo regiões mais e menos rentáveis.

82. Na tréplica, a República Federal da Alemanha não afirmou que estas alternativas de adjudicação, sugeridas pela Comissão, tornariam mais difícil ou mesmo impossível, atendendo aos elementos de facto e de direito pertinentes, a missão de prestar serviços de transporte de urgência. Neste contexto, o argumento relativo à necessidade da prática de adjudicação censurada, assente nas subvenções cruzadas que dela resultam, deve ser rejeitado por não estar suficientemente fundamentado.

83. O mesmo se pode dizer quanto ao argumento relativo ao grande número de voluntários que residem perto dos locais de intervenção. A este respeito, a Comissão indicou como alternativa conforme ao direito da contratação pública a possibilidade de um concurso, no qual a disponibilidade *in situ* fosse fixada como critério de selecção. Esta possibilidade também não foi contestada de modo fundamentado na tréplica da República Federal da Alemanha.

84. Em face do exposto, concluo que a República Federal da Alemanha não fez a prova, que lhe cabia, de que a prática de adjudicação de serviços de socorro, censurada no caso vertente, preenche as condições de aplicação do artigo 86.º, n.º 2, CE. Logo por este

motivo, deve ser julgada improcedente a sua invocação do artigo 86.º, n.º 2, CE.

autorização» ao adjudicar contratos onerosos relativos a serviços de socorro. O objecto da prestação era colocar à disposição veículos e pessoal para os serviços de urgência e para o transporte qualificado de doentes no período compreendido entre 2007 e 2011, com um valor de contrato superior a 7 milhões de euros por ano. Parece não ter sido realizado um concurso a nível europeu.

3. Análise dos nove processos de adjudicação controvertidos

87. A República Federal da Alemanha não contestou esta apresentação dos factos.

85. A Comissão critica nove processos de adjudicação relativos à prestação de serviços de socorro em quatro *Länder*. Com este fundamento, pede a constatação de uma prática de adjudicação ilegal na República Federal da Alemanha. Dado que uma prática ilegal só pode existir se no âmbito de cada procedimento de adjudicação criticado foi efectivamente violado o direito comunitário, examinarei, em primeiro lugar, se e em que medida é possível constatar que a adjudicação dos vários contratos tenha violado as disposições e os princípios que a Comissão invoca.

88. Segundo a Comissão, ao efectuar esta adjudicação de contratos, a República Federal da Alemanha violou o artigo 16.º da Directiva 92/50 ou o artigo 35.º, n.º 4, da Directiva 2004/18. Além disso, a referida adjudicação violou também os princípios da não discriminação e da transparência, inerentes à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços.

a) Adjudicação de contratos pela cidade de Magdeburgo (Saxónia-Anhalt)

i) Violação do artigo 16.º da Directiva 92/50 e do artigo 35.º, n.º 4, da Directiva 2004/18

86. Segundo as indicações da Comissão, a partir de Outubro de 2005, a cidade de Magdeburgo aplicou, como entidade adjudicante, o chamado «procedimento de

89. Concordo com a Comissão em que a adjudicação controvertida de contratos pela cidade de Magdeburgo violou, em qualquer

caso, o artigo 16.º da Directiva 92/50 e o artigo 35.º, n.º 4, da Directiva 2004/18.

ou, pelo contrário, da componente da assistência médica.

ii) Inexistência de violação dos princípios da não discriminação e da transparência, consagrados no direito primário

90. A Comissão afirmou, sem ter sido contestada, que a cidade de Magdeburgo, como entidade adjudicante na acepção das directivas em matéria de contratação pública, celebrou com um prestador de serviços um contrato escrito, oneroso, relativo à prestação de serviços de socorro, cujo valor estimado ultrapassa os limiares da Directiva 92/50 e da Directiva 2004/18. Embora não tenha sido determinado precisamente em que data tiveram lugar as diferentes operações relevantes a nível do direito da contratação pública — a Comissão indica que o procedimento decorreu a partir de Outubro de 2005 — e, por conseguinte, não seja claro se a adjudicação controvertida deve ser apreciada total ou parcialmente à luz da Directiva 92/50 ou, pelo contrário, total ou parcialmente à luz da Directiva 2004/18[36], a falta de informações mais precisas sobre a cronologia da adjudicação no caso em apreço não pode conduzir a negar uma violação do direito da contratação pública. Com efeito, quer durante a vigência da Directiva 92/50 quer durante a vigência da Directiva 2004/18, a cidade de Magdeburgo devia cumprir o dever de notificação para contratos adjudicados (artigo 16.º da Directiva 92/50 e artigo 35.º, n.º 4, da Directiva 2004/18), e isto independentemente da questão de saber se, a nível dos serviços de socorro, era preponderante o valor da componente do transporte

— Apreciação do mérito tomando por base a inadmissibilidade parcial do fundamento relativo à infracção ao direito primário

91. Como já indiquei ao examinar a admissibilidade, a presente acção deve ser julgada inadmissível, na medida em que visa a constatação de que, ao serem adjudicados os contratos relativos à prestação de serviços de socorro, respeitantes sobretudo ao transporte de pessoas, foram violados os princípios da não discriminação e da transparência, inerentes à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços[37].

92. Logo, o fundamento relativo à violação destes princípios de direito primário só é admissível na medida em que com ele

36 — É decisiva a situação jurídica no momento em que o acto deve ser praticado ou omitido. V., a este respeito, Egger, A. — *Europäisches Vergaberecht*, Baden-Baden, 2008, n.º 416. V., igualmente, acórdão de 5 de Outubro de 2000, Comissão/França (C-337/98, Colect., p. I-8377, n.os 38 e segs.).

37 — V. n.os 30 e segs. das presentes conclusões.

é contestada a adjudicação de serviços de socorro respeitantes sobretudo à assistência médica.

93. Para que esse fundamento — limitado no sentido exposto — pudesse ser declarado procedente, a Comissão tinha de provar, antes de mais, que os procedimentos de adjudicação por si criticados tinham por objecto serviços de socorro relativos sobretudo à assistência médica. Contudo, no presente processo, isto não foi indicado e muito menos demonstrado pela Comissão. Pelo contrário, a Comissão sustenta que não é necessário determinar se os serviços em causa se referem essencialmente ao transporte de pessoas ou, ao invés, à assistência médica.

94. Atendendo a que, no âmbito de um processo por incumprimento nos termos do artigo 226.º CE, incumbe à Comissão demonstrar a existência do incumprimento alegado e fornecer ao Tribunal de Justiça todos os elementos necessários para apreciar o caso[38], e a que a Comissão, conforme foi acima indicado, não satisfez o seu ónus de alegação e de prova, deve ser julgado improcedente, na medida em que for admissível, o fundamento relativo à violação dos princípios da não discriminação e da transparência, inerentes à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços.

— Subsidiariamente: apreciação do mérito para o caso de o fundamento relativo à infracção ao direito primário ser declarado admissível na sua totalidade

95. Se, ao contrário do que defendo, o Tribunal de Justiça declarar admissível, na sua totalidade, o fundamento relativo à violação dos princípios da não discriminação e da transparência, inerentes à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços, este fundamento deve também ser examinado na sua totalidade quanto ao mérito.

96. O ponto de partida da apreciação do mérito é, nesta hipótese, a constatação de que a Comissão deixou deliberadamente em aberto a questão de saber se os serviços de socorro controvertidos se referem sobretudo ao transporte de pessoas ou, ao invés, à assistência médica. Por isso, não é possível determinar se estes serviços de socorro — como serviços mistos na acepção da Directiva 92/50 e da Directiva 2004/18 — estão plenamente sujeitos à aplicação das directivas em matéria

38 — V. acórdãos de 13 de Novembro de 2007, Comissão/Irlanda (C-507/03, Colect., p. I-9777, n.º 33); de 6 de Outubro de 2009, Comissão/Suécia (C-438/07, Colect., p. I-9517, n.º 49); e de 29 de Outubro de 2009, Comissão/Finlândia (C-246/08, Colect., p. I-10605, n.º 52).

de contratação pública[39] e, por conseguinte, deveriam ter sido objecto de concurso, nos termos dos procedimentos de adjudicação previstos nessas directivas. A Comissão tentou contornar este problema alegando na sua acção, de modo geral, uma violação dos princípios da não discriminação e da transparência, inerentes à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços.

97. No entanto, devido a esta decisão de táctica processual da Comissão, coloca-se, no presente processo, a questão fundamental de saber se a Comissão, ao constatar que o comportamento de um Estado-Membro é susceptível de violar quer o direito primário quer também quaisquer disposições da Directiva 92/50 ou da Directiva 2004/18, pode decidir livremente, no âmbito de um processo nos termos do artigo 226.º CE, se formula os seus pedidos com base no direito primário ou nas directivas em matéria de contratação pública. Examinarei esta questão atendendo ao princípio do primado da aplicação do direito derivado e à finalidade do processo nos termos do artigo 226.º CE.

98. Em seguida, passarei a abordar as exigências estritas do direito primário a que, segundo a jurisprudência mais recente, está sujeita a prova de um interesse transfronteiriço na adjudicação de serviços não prioritários, e indicarei quais as conclusões que podem ser retiradas desta jurisprudência para a apreciação do caso em apreço.

Princípio do primado da aplicação do direito derivado

99. Segundo jurisprudência assente, o princípio do primado da aplicação do direito derivado estabelece que a harmonização exaustiva de direito derivado de um determinado domínio a nível comunitário implica que qualquer medida nacional neste domínio deve ser apreciada à luz das disposições do acto de direito derivado e não das disposições do Tratado CE[40].

100. No presente processo, a Comissão alega, a nível do direito primário, essencialmente uma violação dos princípios da não discriminação e da transparência, inerentes à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços.

39 — V., a este respeito, n.os 34 e segs. das presentes conclusões.

40 — V., por exemplo, acórdão de 11 de Dezembro de 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, Colect., p. I-14887, n.º 64).

101. Segundo jurisprudência assente, o princípio de direito primário da igualdade de tratamento no domínio da adjudicação de contratos públicos implica que todos os concorrentes disponham das mesmas possibilidades na formulação dos termos das suas propostas, e isto independentemente da sua nacionalidade[41]. Dos princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação em razão da nacionalidade decorre um dever de transparência que consiste em assegurar, a favor de 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[42].

102. Esta exigência de igualdade de tratamento e da garantia de suficiente transparência, imposta pelo direito primário, foi, em larga medida, harmonizada na Directiva 92/50 e na Directiva 2004/18, que prevêem um regime extremamente detalhado dos vários deveres de informação, comunicação e de publicidade. Estes deveres de transparência impostos pelo direito derivado caracterizam-se pela sua harmonização detalhada que, em certos pontos, deve ser considerada uma harmonização completa[43].

103. Atendendo ao primado da aplicação do direito derivado, coloca-se no presente processo a questão de saber se a Comissão pode invocar uma violação do princípio da não discriminação, consagrado no direito primário, e do princípio da transparência que daí resulta, embora a adjudicação dos contratos em causa esteja plenamente sujeita à aplicação das directivas em matéria de contratação pública, caso seja preponderante o valor do elemento de transporte[44], e embora nestas directivas em matéria de contratação pública os princípios da não discriminação e da transparência,

41 — Acórdão de 13 de Outubro de 2005, Parking Brixen (C-458/03, Colect., p. I-8585, n.º 48).

42 — Acórdãos de 6 de Abril de 2006, ANAV (C-410/04, Colect., p. I-3303, n.º 21), e de 15 de Outubro de 2009, Acoset (C-196/08, Colect., p. I-9913, n.º 49). A propósito desta relação entre os princípios da não discriminação e da transparência, v. acórdãos 7 de Dezembro de 2000, Telaustria e Telefonadress (C-324/98, Colect., p. I-10745, n.ºs 60 e segs.); de 21 de Julho de 2005, Coname (C-231/03, Colect., p. I-7287, n.ºs 17 e 18); de 21 de Fevereiro de 2008, Comissão/Itália (C-412/04, Colect., p. I-619, n.º 66); e Comissão/Irlanda (já referido na nota 38, n.ºs 30 e 31).

43 — Em geral, deve partir-se do princípio de que a Directiva 92/50 e a Directiva 2004/18 não se destinam a harmonizar completamente os contratos públicos abrangidos pelo respectivo âmbito de aplicação. Isto resulta, desde logo, das epígrafes destas directivas, que referem a «coordenação» dos processos de adjudicação dos contratos. A circunstância de que se visava uma harmonização mínima através destas directivas não exclui, contudo, que determinados domínios tenham sido harmonizados de forma exaustiva. Atendendo às disposições extremamente detalhadas previstas nestas directivas em matéria de deveres de informação, comunicação e de publicidade nos vários procedimentos de adjudicação, é extremamente difícil distinguir, sobretudo neste domínio, entre uma harmonização mínima — muito detalhada — e uma harmonização exaustiva completa. Como afirmou o advogado-geral J. Mazák, a justo título, nas suas conclusões de 22 de Setembro de 2009 no processo Comissão/França (C-299/08, n.ºs 12 e segs.), e o Tribunal de Justiça confirmou no seu acórdão de 10 de Dezembro de 2009 (Comissão/França, C-299/08, Colect., p. I-11587, n.ºs 28 e segs.), deve entender-se, em qualquer caso, que os vários procedimentos de adjudicação estão enumerados de forma taxativa nos artigos 28.º e segs. da Directiva 2004/18. Daqui decorre directamente que pelo menos também certas disposições relativas a estes procedimentos visam uma harmonização completa.

44 — Se, pelo contrário, a Comissão tivesse feito a prova de que os serviços de socorro devem ser tratados como relativos a serviços não prioritários que, deste modo, estão apenas parcialmente abrangidos pelas directivas em matéria de contratação pública, uma aplicação dos princípios que resultam dos artigos 43.º CE e 49.º CE — existindo um claro interesse transfronteiriço — seria possível segundo jurisprudência assente. V., por exemplo, acórdão Comissão/Irlanda (já referido na nota 38, n.ºs 29 e 30).

inerentes à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços, estejam harmonizados em detalhe e, em certos domínios, mesmo de forma exaustiva.

104. Até agora, a jurisprudência do Tribunal de Justiça ainda não deu uma resposta definitiva a esta questão.

105. É ponto assente que o primado da aplicação do direito derivado exclui a alegação de justificações previstas no direito primário para os entraves às liberdades fundamentais, quando esses entraves se referem a um domínio no qual as justificações são objecto de uma harmonização completa[45]. Inversamente, uma disposição nacional, com a qual um Estado-Membro dá cumprimento às obrigações que lhe incumbem por força de um acto de direito derivado, não pode ser qualificada como violação de uma liberdade fundamental[46]. Com efeito, o primado da aplicação do direito derivado seria posto em causa se fosse possível contrapor uma autorização de direito primário a uma proibição de direito derivado ou uma proibição de direito primário a uma obrigação de direito derivado[47].

106. Embora várias decisões a título prejudicial tenham igualmente confirmado que as medidas nacionais já não podem ser apreciadas à luz das liberdades fundamentais quando e na medida em que exista um regime exaustivo de direito derivado[48], tem ficado em larga medida por esclarecer, até agora, se o desrespeito das liberdades fundamentais também já não pode ser directamente alegado no âmbito de um processo por incumprimento, quando e na medida em que o comportamento criticado constitua ou possa constituir, ao mesmo tempo, uma violação de um regime de direito derivado, que harmonizou plenamente um domínio abrangido por estas liberdades fundamentais[49].

107. Entendo que a violação dos princípios da não discriminação e da transparência,

45 — Acórdãos de 5 de Outubro de 1977, Tedeschi (5/77, Recueil, p. 1555, n.os 33 e segs., Colect., p. 555); de 30 de Novembro de 1983, van Bennekom (227/82, Recueil, p. 3883, n.º 35); 11 de Julho de 1996, Bristol-Myers Squibb e o. (C-427/93, C-429/93 e C-436/93, Colect., p. I-3457, n.º 25); e de 24 de Março de 2009, Danske Slagterier (C-445/06, Colect., p. I-2119, n.º 25).

46 — V., por exemplo, acórdão Deutscher Apothekerverband (já referido na nota 40, n.os 52 e segs.).

47 — V., neste sentido, Randelzhofer/Forsthoff, *in:* Grabitz/Hilf, *op. cit.* (nota 14), antes dos artigos 39.º CE a 55.º CE, n.º 149.

48 — Refira-se, como ponto de partida, o acórdão de 12 de Outubro de 1993, Vanacker e Lesage (C-37/92, Colect., p. I-4947). V., igualmente, acórdãos de 13 de Dezembro de 2001, DaimlerChrysler (C-324/99, Colect., p. I-9897, n.os 32 e segs.); de 14 de Dezembro de 2004, Radlberger Getränkegesellschaft (C-309/02, Colect., p. I-11763, n.os 52 e segs.); de 13 de Janeiro de 2005, Denkavit (C-145/02, Colect., p. I-51, n.os 22 e segs.); e de 17 de Abril de 2007, AGM-COS.MET (C-470/03, Colect., p. I-2749, n.os 50 e segs.).

49 — No sentido da limitação do âmbito de aplicação das liberdades fundamentais através de actos de direito derivado que procedem a uma harmonização completa, v. Kingreen, T. — *Kommentar zu EUV/EGV* (Calliess, C./Ruffert, M., editores), 3.ª ed., 2007, artigos 28.º CE a 30.º CE, n.º 18.

inerentes à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços, já não pode ser directamente alegada no âmbito de um processo por incumprimento quando o comportamento criticado constitui, ao mesmo tempo, uma violação de um regime de direito derivado, assente nessas liberdades fundamentais, que realiza uma harmonização completa. Se, pelo contrário, fosse dada à Comissão num caso deste tipo a possibilidade de escolher entre a alegação da violação da liberdade fundamental e a de uma violação do regime de direito derivado completamente harmonizado, isto comprometeria gravemente o primado da aplicação do direito derivado.

108. A particularidade dos actos de direito derivado que realizam uma harmonização completa consiste em que os Estados-Membros não se podem situar nem aquém nem além das regras comunitárias pertinentes. Neste contexto, os regimes que procedem a uma harmonização completa são, em princípio, definidos em termos muito concretos. Por conseguinte, quando um domínio abrangido por uma liberdade fundamental é objecto de harmonização completa pelo direito derivado, é quase impossível que o direito primário e o direito derivado imponham exactamente os mesmos deveres aos Estados-Membros. Com o regime de direito derivado, as disposições relativas às liberdades fundamentais são, na verdade, delimitadas e precisadas em direitos e deveres concretos. Pelo contrário, as normas de direito primário são muito mais gerais e podem pois, em princípio, ser observadas de várias maneiras. Esta diferença de profundidade normativa implica necessariamente uma tensão, a nível do conteúdo, entre o direito primário e o direito derivado que procede a uma harmonização completa, em especial entre uma «autorização de direito primário» e uma «proibição de direito derivado» ou vice-versa.

109. Na jurisprudência já referida, respeitante à inaplicabilidade de justificações previstas no direito primário, quando e na medida em que sejam objecto de uma harmonização completa, esta tensão entre a «autorização de direito primário» e a «proibição de direito derivado» é resolvida a favor desta última, à qual se reconhece, deste modo, um primado da aplicação. Com base na mesma ponderação de interesses, a tensão que existe, em termos gerais, entre a liberdade fundamental consagrada no direito primário, de conteúdo mais abstracto e indefinido, e o regime de direito derivado assente nessa liberdade, que procede a uma harmonização completa, com um conteúdo bastante concreto e preciso, deve ser ultrapassada a favor deste último[50], como o Tribunal de Justiça confirmou através de jurisprudência assente em sede de reenvio prejudicial[51].

50 — Embora o acórdão Danske Slagterier (já referido na nota 45, n.os 18 e segs.) tenha confirmado a possibilidade de os cidadãos invocarem o seu direito à livre circulação de mercadorias apesar da existência de duas directivas de harmonização, o Tribunal de Justiça não se pronunciou, neste acórdão, contra o primado da aplicação do direito derivado no sentido aqui referido. Como sublinhei nas minhas conclusões de 4 de Setembro de 2008 nesse processo (n.º 82), nada indica, com efeito, que o legislador comunitário pretendia também, com estas directivas, configurar os direitos dos cidadãos da União e, deste modo, privá-los da possibilidade de invocarem o seu direito à livre circulação de mercadorias, consagrado no artigo 28.º CE.

51 — V., a este respeito, acórdãos já referidos na nota 48.

110. À luz das considerações anteriores, se a Comissão concluir que o comportamento de um Estado-Membro pode violar disposições de direito primário e também de direito derivado, baseadas nas primeiras, que procedem a uma harmonização completa, não se pode limitar, no âmbito de um processo por incumprimento, a alegar, de maneira geral, uma infracção ao direito primário.

111. O mesmo deve ser válido num caso como o em apreço, no qual é alegada uma violação dos princípios da não discriminação e da transparência, inerentes à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços, embora as directivas em matéria de contratação pública possam ser plenamente aplicáveis e regulem de forma detalhada — e, em determinados pontos, exaustiva — precisamente o princípio da transparência. Com efeito, devido à concretização extremamente detalhada dos deveres de transparência, a nível do direito derivado, nas directivas em matéria de contratação pública, coloca-se também aqui o problema da tensão entre uma «autorização de direito primário» e uma «proibição de direito derivado» e vice-versa que, à luz da apreciação já efectuada, deve ser resolvido a favor do regime de direito derivado[52].

112. Atendendo às considerações que teci, num caso como o que está em apreço, a Comissão não se pode limitar a alegar, de maneira geral, uma violação dos princípios da não discriminação e da transparência, inerentes à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços.

113. Esta constatação é confirmada por uma análise mais detalhada da *ratio* do processo por incumprimento nos termos do artigo 226.º CE. Este processo tem, no essencial, uma função jurídica objectiva, que consiste em aplicar e garantir de modo uniforme o direito comunitário[53]. O objectivo do processo por incumprimento nos termos do artigo 226.º CE não é, por conseguinte, sancionar um Estado-Membro. A constatação de que um determinado acto ou situação contraria o direito comunitário não é um fim

52 — Neste contexto, importa lembrar que uma harmonização mínima fixa os padrões mínimos que os Estados-Membros devem atingir. Se estes padrões mínimos preverem regras estritas relativamente a procedimentos e prazos a observar de modo a garantir o respeito dos princípios da igualdade de tratamento e da transparência, pode surgir uma tensão com as regras de direito primário, com a mesma intensidade que no caso de uma harmonização completa.

53 — Gaitanides, C., *in:* von der Groeben, H., Schwarze, J. (editores) — *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 6.ª ed., Baden-Baden, 2003, artigo 226.º CE, n.º 2. V., também, Rengeling, H. W./Middeke, A./Gellermann, M. — *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, 2.ª ed., Munique, 2003, § 6 n.º 2.

em si mesmo, mas visa, em primeira linha, apurar se e em que medida existe uma situação contrária ao direito comunitário. A declaração judicial de um incumprimento por um Estado-Membro deve permitir, ao mesmo tempo, determinar quais as medidas que se impõem, por força do direito comunitário, para (r)estabelecer uma situação conforme a este último[54].

114. Se, num processo como o que está em causa, devesse ser constatado de maneira geral que, com a adjudicação de contratos controvertida, a República Federal da Alemanha violou os princípios da não discriminação e da transparência, consagrados no direito primário, sem esclarecer se os serviços mistos em causa apresentam essencialmente elementos de serviços prioritários e se, por conseguinte, as directivas em matéria de contratação pública são plenamente aplicáveis, seria impossível determinar com segurança, mais tarde, quais as medidas necessárias, por força do direito comunitário, para (r)estabelecer uma situação conforme a este último. Com efeito, se os serviços de socorro estiverem plenamente sujeitos às directivas em matéria de contratação pública, para cumprir os requisitos detalhados dessas directivas não seria suficiente respeitar o princípio da transparência, consagrado no direito primário, de conteúdo menos definido e menos concreto[55].

115. Com base nestas considerações, concluo que, atendendo ao primado da aplicação do direito derivado, bem como à finalidade do processo por incumprimento nos termos do artigo 226.º CE, a adjudicação de contratos pela cidade de Magdeburgo, criticada pela Comissão, não pode ser apreciada à luz dos princípios da não discriminação e da transparência, inerentes à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços.

Prova de um interesse transfronteiriço na adjudicação de serviços não prioritários

116. As situações puramente nacionais não são, em princípio, abrangidas pelo âmbito de aplicação das liberdades fundamentais. Logo,

54 — V. Gaitanides, C., *op. cit.*, (nota 53, n.º 12). Em seu entender, o processo nos termos do artigo 226.º CE não se refere à responsabilidade do Estado-Membro no sentido do direito internacional geral nem a uma condenação, mas sim à constatação objectiva de uma situação. Este processo tem uma função puramente reguladora e como única finalidade obrigar os Estados-Membros a fazer cessar os incumprimentos existentes. A crítica do Estado em situação de incumprimento pode constituir, quando muito, uma consequência marginal, mas nunca o objectivo do processo.

55 — É certo que, segundo jurisprudência assente, o dever de transparência impõe que seja garantido, a favor dos potenciais concessionários, um grau de publicidade adequado, mas não comporta necessariamente uma obrigação de proceder à abertura de um concurso público; v. acórdãos Coname (já referido na nota 42, n.º 21) e de 13 de Novembro de 2008, Coditel Brabant (C-324/07, Colect., p. I-8457, n.º 25). Neste contexto, Egger, A., *op. cit.* (nota 36), n.ºs 147 e segs., indica que as disposições do direito primário deixam aos Estados-Membros uma margem de manobra mais ampla do que as directivas em matéria de contratação pública. A este respeito, sublinha, a justo título, não só uma diferença na profundidade da apreciação mas que as disposições de direito primário são mais gerais e, deste modo, menos rigorosas e detalhadas no seu conjunto. V. Berge, I.J. van den — «De reikwijdte van het transparantiebeginsel bij de verlening van dienstenconcessies», *NTER* 2005, pp. 241, 243, onde defende que os artigos 28.º CE, 43.º CE e 49.º CE quase não permitem afirmações gerais sobre os deveres de transparência a cumprir.

quando a Comissão alega uma violação dos princípios da não discriminação e da transparência, inerentes à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços, cabe-lhe fazer a prova de um interesse transfronteiriço na adjudicação dos contratos em causa.

117. No acórdão de 13 de Novembro de 2007, Comissão/Irlanda[56], o Tribunal de Justiça salientou, a propósito da adjudicação dos serviços abrangidos pelo anexo I B da Directiva 92/50, que, embora esses serviços estejam, como regra, sujeitos aos princípios do Tratado CE em matéria de direito de estabelecimento e de livre prestação de serviços, a Comissão deve sempre demonstrar que o contrato em causa tem um interesse transfronteiriço certo. Neste contexto, a mera indicação, pela Comissão, da existência de uma queixa que lhe foi enviada a respeito do contrato controvertido não basta para demonstrar que esse contrato tinha um interesse transfronteiriço certo e, consequentemente, para verificar um incumprimento[57].

118. Este exame rigoroso da existência de um interesse transfronteiriço na adjudicação de serviços não prioritários pode ser explicada — pelo menos em parte — pelo facto de o legislador comunitário entender que os contratos relativos aos serviços do anexo I B da Directiva 92/50 ou do anexo II B da Directiva 2004/18 não apresentam, *a priori,* um interesse transfronteiriço. Por essa razão, a Directiva 92/50 e a Directiva 2004/18 limitam-se a impor uma publicidade *ex post* para essa categoria de serviços[58].

119. Dado que, no âmbito de um processo por incumprimento, cabe à Comissão fornecer ao Tribunal de Justiça todos os elementos necessários para examinar o caso, ela não pode contornar os requisitos mais rigorosos estabelecidos pelo direito primário quanto à prova de um interesse transfronteiriço na adjudicação de serviços mistos em que predominam componentes de serviços não prioritários, deixando deliberadamente em aberto a questão relativa à classificação, a nível do direito da contratação pública, dos serviços mistos em causa. Deste modo, cabe à Comissão, também num caso como o em apreço, fazer a prova de um interesse transfronteiriço na adjudicação dos serviços controvertidos, em conformidade com os requisitos rigorosos que o Tribunal de Justiça enunciou no acórdão de 13 de Novembro de 2007, Comissão/Irlanda, em matéria de serviços não prioritários.

120. Como prova da existência de um interesse transfronteiriço na adjudicação de contratos pela cidade de Magdeburgo, a Comissão limita-se a remeter para uma denúncia de teor geral relativa à adjudicação de serviços

56 — Já referido na nota 38, n.os 29 e segs.

57 — *Ibidem,* n.º 34.

58 — *Ibidem,* n.º 25. V., igualmente, Frenz, W. — *Handbuch Europarecht. Bd. III. Beihilfe- und Vergaberecht,* Berlim, 2007, n.º 2116.

de socorro na Alemanha e para a importância económica dos serviços em causa, alegando que, devido ao valor elevado do contrato, é de presumir um vivo interesse por parte dos prestadores de serviços estrangeiros. Estas considerações gerais da Comissão, que não se referem, de modo algum, à adjudicação de contratos pela cidade de Magdeburgo e que, além disso, se baseiam parcialmente em suposições, não preenchem os requisitos rigorosos necessários para demonstrar a existência de um interesse transfronteiriço na adjudicação de serviços não prioritários.

121. Não tendo sido provada a existência de um elemento transfronteiriço, deve ser julgado improcedente o argumento da Comissão de que com a adjudicação de contratos pela cidade de Magdeburgo foram igualmente violados os princípios da não discriminação e da transparência, inerentes à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços.

iii) Conclusão

122. À luz das considerações precedentes, concluo que, no caso controvertido da adjudicação de contratos pela cidade de Magdeburgo, a República Federal da Alemanha violou o artigo 16.º da Directiva 92/50 e o artigo 35.º, n.º 4, da Directiva 2004/18. De resto, o argumento da Comissão relativo à adjudicação de contratos pela cidade de Magdeburgo deve ser julgado inadmissível, ou, pelo menos, improcedente.

b) Os casos de adjudicação de contratos pelas cidades de Bona (Renânia do Norte-Vestefália) e Witten (Renânia do Norte-Vestefália), pela Região de Hanôver (Baixa Saxónia) e pelo *Landkreis* de Hameln-Pyrmont (Baixa Saxónia)

123. Quanto aos casos criticados de adjudicação de contratos pelas cidades de Bona e Witten, pela Região de Hanôver e pelo *Landkreis* de Hameln-Pyrmont, a Comissão alega o seguinte.

124. Em 2004, a cidade de Bona atribuiu, como entidade adjudicante, um contrato de serviços de socorro para o período compreendido entre 1 de Janeiro de 2005 e 31 de Dezembro de 2008, sem concurso a nível europeu. O contrato tinha por objecto, nomeadamente, a gestão de quatro postos de socorro. O valor do contrato ascendia a, pelo menos, 5,28 milhões de euros.

125. A partir, pelo menos, de 2005, a cidade de Witten atribuiu, como entidade adjudicante, contratos relativos a serviços de socorro, no valor de 945 753 euros por ano, sem concurso a nível europeu. Os contratos tinham por objecto a gestão de um posto de socorro.

126. Em 2004, a Região de Hanôver realizou, como entidade adjudicante, um concurso relativo à prestação de serviços de socorro no seu território, no qual só foram autorizados a participar os operadores que já os asseguravam — o Arbeiter-Samariter-Bund (a seguir «ASB»), a Deutsches Rotes Kreuz (a seguir «DRK»), a Johanniter-Unfallhilfe (a seguir «JUH») e a RKT GmbH. A adjudicação respeitava ao período compreendido entre 1 de Janeiro de 2005 e 31 de Dezembro de 2009, e tinha um valor total de cerca de 65 milhões de euros.

127. Em 1993, o *Landkreis* de Hameln-Pyrmont encarregou a secção da DRK da prestação de serviços de socorro no seu território. O contrato, com uma duração inicial de dez anos, não foi rescindido, mas renovado por mais dez anos, sem concurso, em 2003. Adicionalmente, em 1999, foi criado um novo posto de socorro no município de Emmerthal, cuja gestão foi confiada, também sem concurso, à DRK. O valor total destes contratos ascende a 7,2 milhões de euros por ano.

128. A República Federal da Alemanha não contestou esta apresentação dos factos.

129. A Comissão alega, em todos estes casos, uma infracção às regras relativas ao dever de notificação para contratos adjudicados (artigo 16.º da Directiva 92/50 e artigo 35.º, n.º 4, da Directiva 2004/18). É pacífico que estas violações se verificaram.

130. Pelo contrário, entendo que não foi demonstrada em todos estes casos a violação, igualmente alegada pela Comissão, dos princípios da não discriminação e da transparência, inerentes à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços. Este fundamento deve ser rejeitado, pelas razões de dogmática jurídica e de direito probatório já expostas no âmbito da análise da adjudicação de contratos pela cidade de Magdeburgo[59].

c) Adjudicação de contratos pelo Landkreis de Uelzen (Baixa Saxónia)

131. Relativamente à adjudicação de contratos pelo *Landkreis* de Uelzen, a Comissão alegou que a DRK prestava, com base num

59 — V. n.os 91 e segs. das presentes conclusões.

contrato de 10 de Julho de 1984, serviços de socorro no território do *Landkreis* de Uelzen, com excepção do sector de Bevensen-Bienenbüttel. Em 2004, foram introduzidas alterações substanciais a este contrato, que deviam ter sido consideradas uma nova adjudicação. Esta nova adjudicação não respeitou o artigo 16.º da Directiva 92/50. Acresce que, no contexto desta nova adjudicação, foram violados os princípios da não discriminação e da transparência, inerentes à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços.

132. A República Federal da Alemanha sustenta que a alteração contratual de 2004 resultou do facto de, em 1984, o *Landkreis* de Uelzen ter encarregado a associação de municípios de Bevensen dos serviços de socorro no sector de Bevensen-Bienenbüttel. Em 2002, na sequência de uma transferência da gestão, a DRK assumiu a totalidade dos serviços de socorro da associação de municípios de Bevensen. Na opinião da República Federal da Alemanha, isto explica as alterações contratuais negociadas, em 2004, entre o *Landkreis* de Uelzen e a DRK, que não eram tão substanciais que pudessem constituir um novo procedimento de adjudicação, relevante a nível do direito da contratação pública. Assim, dado que a adjudicação de contratos criticada data de 1984 e, deste modo, teve lugar antes de decorrido o prazo de transposição da Directiva 92/50, a inobservância desta directiva não podia ser alegada.

133. A questão de saber em que condições as modificações de um contrato existente devem ser consideradas uma adjudicação autónoma, na acepção das directivas em matéria de contratação pública, foi respondida pelo Tribunal de Justiça no acórdão de 19 de Junho de 2008, Pressetext Nachrichtenagentur[60]. Neste acórdão, sublinhou, em especial, que as alterações introduzidas nas disposições de um contrato público durante a sua vigência constituem uma nova adjudicação do contrato, na acepção da Directiva 92/50, quando apresentem características substancialmente diferentes das do contrato inicial e sejam, por consequência, susceptíveis de demonstrar a vontade das partes de renegociar os termos essenciais do contrato[61]. Fala-se de uma alteração substancial, designadamente, quando alarga o contrato, numa medida importante, a serviços inicialmente não previstos[62].

134. Decorre dos documentos apresentados pelo Governo alemão e das suas explicações que, em 2004, o contrato público foi alargado à prestação de serviços públicos de socorro no sector do posto de socorro de Bevensen, que representa cerca de um quarto da superfície total do *Landkreis*. A República Federal da Alemanha reconhece ainda que o valor do contrato para a totalidade do *Landkreis* de Uelzen ascende a cerca de 4 450 000 euros por ano e que o valor dos serviços de socorro a prestar no sector do

60 — C-454/06, Colect., p. I-4401, n.os 28 e segs.
61 — *Ibidem*, n.º 34.
62 — *Ibidem*, n.º 36.

posto de socorro de Bevensen ascende a, pelo menos, 670 000 euros por ano[63].

135. Por conseguinte, as alterações contratuais que foram negociadas, em 2004, entre o *Landkreis* de Uelzen e a DRK implicaram que o contrato relativo à prestação de serviços de socorro tivesse sido alargado a uma zona adicional do *Landkreis*, o que aumentou em cerca de 25% a superfície total do sector coberto e em pelo menos 15% o valor total do contrato. Deste modo, as alterações do contrato negociadas em 2004 devem ser consideradas substanciais e, assim, uma nova adjudicação dos contratos públicos relativos aos serviços de socorro na totalidade do *Landkreis*, que estava sujeita à Directiva 92/50. Esta apreciação não é posta em causa pelas indicações (não documentadas) da República Federal da Alemanha, respeitantes à assunção dos serviços de socorro de outro operador.

136. Neste contexto, é ponto assente que a nova adjudicação, efectuada em 2004, não respeitou o artigo 16.º da Directiva 92/50. Assim, está provado no caso vertente que a República Federal da Alemanha violou a referida disposição.

137. Pelo contrário, entendo que não foi demonstrada a violação, igualmente alegada pela Comissão, dos princípios da não discriminação e da transparência, inerentes à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços. Este fundamento deve ser rejeitado, pelas razões de dogmática jurídica e de direito probatório já expostas no âmbito da análise da adjudicação de contratos pela cidade de Magdeburgo[64].

d) Os casos de adjudicação de contratos pelos Rettungszweckverbände de Westsachsen (Saxónia), Chemnitz/Stollberg (Saxónia) e Vogtland (Saxónia)

138. Relativamente aos casos controvertidos de adjudicação de contratos pelos *Rettungszweckverbände* de Westsachsen, Chemnitz/Stollberg e Vogtland, a Comissão alega o seguinte.

139. O *Rettungszweckverband* de Westsachsen celebrou, como entidade adjudicante, contratos com o ASB, a DRK, a JUH e os sapadores-bombeiros de Zwickau, relativos à prestação de serviços de socorro, com uma duração de, respectivamente, quatro anos e um valor total de 7,9 milhões de euros

63 — Contestação da República Federal da Alemanha, de 4 de Setembro de 2008, n.º 22.

64 — V. n.ºs 91 e segs. das presentes conclusões.

por ano. Em 2003, estes contratos foram renovados, sem concurso, por quatro anos. Ao atingirem o seu termo, estes contratos foram renovados até 31 de Dezembro de 2008.

140. O *Rettungszweckverband* de Chemnitz/Stollberg celebrou, como entidade adjudicante, contratos com o ASB, a DRK, a JUH e os sapadores-bombeiros de Chemnitz, relativos à prestação de serviços de socorro, com uma duração de, respectivamente, quatro anos e um valor total de 3,3 milhões de euros por ano. Estes contratos foram renovados por quatro anos, em 2002, sem concurso. Ao atingirem o seu termo, estes contratos foram renovados até 31 de Dezembro de 2008.

141. Em 2002 e 2004, o *Rettungszweckverband* de Vogtland celebrou, como entidade adjudicante, contratos com o ASB, a DRK, a JUH, a sociedade de direito privado Rettungsdienstgesellschaft Plauen e os sapadores-bombeiros de Plauen, relativos à prestação de serviços de socorro, com uma duração de, respectivamente, quatro anos e um valor total de 3,9 milhões de euros por ano, sem concurso. Estes contratos tinham uma duração de quatro anos e, ao atingirem o seu termo, foram renovados, sem concurso, até 31 de Dezembro de 2008.

142. A Comissão alega, em todos estes casos, uma violação das regras relativas ao dever de notificação para contratos adjudicados (artigo 16.º da Directiva 92/50 e artigo 35.º, n.º 4, da Directiva 2004/18). A existência destas violações é ponto assente.

143. Isto não é contrariado pelas indicações da República Federal da Alemanha, de que, desde a entrada em vigor da Lei do *Land* da Saxónia em matéria de protecção contra incêndios, serviços de socorro e protecção civil (Sächsisches Gesetz über den Brandschutz, Rettungsdienst und Katastrophenschutz), de 1 de Janeiro de 2005, a adjudicação de contratos relativos a serviços de socorro deve ser precedida de concurso. Em particular, a República Federal da Alemanha não refutou o argumento da Comissão, de que, em todos os casos criticados, a adjudicação dos contratos foi renovada até 31 de Dezembro de 2008, ao abrigo do regime anterior.

144. Segundo jurisprudência assente, a existência de um incumprimento deve ser apreciada em função da situação do Estado-Membro tal como se apresentava no termo do prazo fixado no parecer fundamentado[65]. Por conseguinte, no presente processo, é decisiva a situação em 16 de Fevereiro de 2007. Nesta data, verificava-se a alegada vio-

65 — Acórdãos de 19 de Junho de 2008, Comissão/Luxemburgo (C-319/06, Colect., p. I-4323, n.º 72); de 19 de Maio de 2009, Comissão/Itália (C-531/06, Colect., p. I-4103, n.º 98); e de 6 de Outubro de 2009, Comissão/Espanha (C-562/07, Colect., p. I-9553, n.º 23).

lação das directivas em matéria de contratação pública.

145. Pelo contrário, entendo que não foi demonstrada a existência da violação dos princípios da não discriminação e da transparência, inerentes à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços, igualmente alegada pela Comissão em todos os casos referidos. Este fundamento deve ser rejeitado, pelas razões de dogmática jurídica e de direito probatório já expostas no âmbito da análise da adjudicação de contratos pela cidade de Magdeburgo[66].

e) Conclusão

146. Atendendo às considerações que acima teci, concluo que, nos casos criticados de adjudicação de contratos pelas cidades de Magdeburgo, Bona e Witten, pela Região de Hanôver, pelo *Landkreis* de Uelzen e pelo *Landkreis* de Hameln-Pyrmont, bem como pelos *Rettungszweckverbände* de Westsachsen, Chemnitz/Stollberg e Vogtland, a República Federal da Alemanha violou o artigo 16.º da Directiva 92/50 e o artigo 35.º, n.º 4, da Directiva 2004/18. Pelo contrário, a Comissão não demonstrou que tenham sido igualmente violados os princípios da não discriminação e da transparência, inerentes à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços.

4. Prática ilegal de adjudicação na República Federal da Alemanha

147. No presente processo, a Comissão alega que os procedimentos de adjudicação por si criticados sugerem a existência de uma prática de adjudicação constante e generalizada. Neste contexto, solicita a declaração de que a República Federal da Alemanha violou o direito comunitário com essa prática de adjudicação ilegal.

148. Quando é provada a existência, num Estado-Membro, de uma prática contrária ao direito da contratação pública, esta prática pode ser alegada, como tal, no âmbito de um processo nos termos do artigo 226.º CE[67]. A este respeito, a Comissão deve indicar, numa primeira fase, circunstanciadamente, violações repetidas que mostrem a existência de uma prática. A seguir, incumbe

66 — V. n.os 91 e segs. das presentes conclusões.

67 — Neste contexto, basta remeter para a jurisprudência assente, segundo a qual um incumprimento das obrigações de direito comunitário pode resultar também de uma prática administrativa, mesmo quando a legislação nacional aplicável seja compatível com o direito comunitário. V. acórdão de 10 de Setembro de 2009, Comissão/Grécia (C-416/07, Colect., p. I-7883, n.º 24 e jurisprudência aí referida).

ao Estado-Membro interessado contestar de modo concreto as violações alegadas. Posteriormente, numa segunda fase, importa determinar se as infracções demonstradas podem ser consideradas prova suficientemente documentada e detalhada da existência da prática criticada[68].

149. No caso vertente, a Comissão demonstrou que as cidades de Magdeburgo (Saxónia-Anhalt), Bona (Renânia do Norte-Vestefália) e Witten (Renânia do Norte-Vestefália), a Região de Hanôver (Baixa Saxónia), o *Landkreis* de Uelzen (Baixa Saxónia) e o *Landkreis* de Pyrmont-Hameln (Baixa Saxónia), bem como os *Rettungszweckverbände* de Westsachsen (Saxónia), Chemnitz/Stollberg (Saxónia) e Vogtland (Saxónia), não observaram, no procedimento de adjudicação de serviços de socorro, as regras relativas ao dever de notificação, previstas no artigo 16.º da Directiva 92/50 e no artigo 35.º, n.º 4, da Directiva 2004/18.

150. Além disso, a Comissão afirmou resultar das suas investigações que, no período compreendido entre 2001 e 2006, foram objecto de publicidade, em todo o território da República Federal da Alemanha, apenas dois contratos adjudicados. A República Federal da Alemanha não contestou este facto.

151. Em face do exposto, há que constatar que nos *Länder* da Saxónia-Anhalt, da Renânia do Norte-Vestefália, da Baixa Saxónia e da Saxónia existe uma prática de adjudicação de serviços de socorro, constante e generalizada, contrária às regras relativas ao dever de notificação previstas no artigo 16.º da Directiva 92/50 e no artigo 35.º, n.º 4, da Directiva 2004/18.

152. A constatação desta prática contrária ao direito da contratação pública nos *Länder* referidos também não é refutada pelo argumento da República Federal da Alemanha de que, à luz de dois despachos do Bundesgerichtshof de 1 de Dezembro de 2008[69], os *Länder* devem rever os processos adjudicação, até aqui adoptados, de contratos relativos a serviços de socorro e reorganizá-los em conformidade com o direito da contratação pública.

153. Como já foi indicado, segundo jurisprudência assente, a existência de um incumprimento deve ser apreciada em função da situação do Estado-Membro tal como se apresentava no termo do prazo fixado no parecer fundamentado[70]. Por conseguinte, no presente processo, é decisiva a situação em 16 de Fevereiro de 2007. Nessa data,

68 — V. acórdão de 19 de Março de 2009, Comissão/Grécia (C-489/06, Colect., p. I-1797, n.os 40 e segs.).

69 — Despacho do Bundesgerichtshof de 1 de Dezembro de 2008, X ZB 31/08. V., a este respeito, n.º 28 das presentes conclusões.

70 — V. n.º 144 das presentes conclusões.

verificavam-se as alegadas violações das directivas em matéria de contratação pública.

154. Pela mesma razão, não é relevante, no presente processo, a referência da República Federal da Alemanha à alteração do quadro jurídico no *Land* da Saxónia, na sequência da qual o modelo de submissão foi abandonado a partir de 1 de Janeiro de 2009.

155. É controverso, porém, se a Comissão criticou apenas a prática de adjudicação nos *Länder* da Saxónia-Anhalt, da Renânia do Norte-Vestefália, da Baixa Saxónia e da Saxónia ou se apresentou a prática de adjudicação nestes quatro *Länder* como exemplo de uma prática de adjudicação constante e generalizada em toda a República Federal da Alemanha.

156. Os argumentos da Comissão a este respeito são contraditórios, pois indicou expressamente na sua petição que a presente acção se limita à prática adjudicatória na Saxónia-Anhalt, na Renânia do Norte-Vestefália, na Baixa Saxónia e na Saxónia, embora a prática criticada seja igualmente seguida noutros *Länder* alemães[71]. Na réplica, a Comissão pede, pelo contrário, a declaração da não conformidade desta prática com o direito da contratação pública para todo o território da República Federal da Alemanha[72].

157. Importa lembrar, a este respeito, que são inadmissíveis, em princípio, novos fundamentos deduzidos no decurso da instância[73]. Neste contexto, no presente processo, há que partir do pedido constante da petição, geograficamente circunscrito, com o qual a Comissão criticou apenas a prática de adjudicação em causa nos *Länder* da Saxónia-Anhalt, da Renânia do Norte-Vestefália, da Baixa Saxónia e da Saxónia.

158. Tendo em conta as considerações precedentes, concluo que, no contexto da adjudicação de contratos onerosos, relativos à prestação de serviços de socorro nos *Länder* da Saxónia-Anhalt, da Renânia do Norte-Vestefália, da Baixa Saxónia e da Saxónia, a

71 — V. n.º 10 da petição da Comissão, de 15 de Abril de 2008. No n.º 5 desta petição, a Comissão indicou logo que a sua acção se limitava à prática de adjudicação de contratos relativos a serviços de socorro de acordo com o modelo de submissão, que é seguida na maioria dos *Länder* alemães.

72 — V. n.ºs 17 e segs. da réplica da Comissão, de 21 de Novembro de 2008.

73 — V. artigo 42.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça.

República Federal da Alemanha violou, até 31 de Janeiro de 2006, o artigo 10.º, em conjugação com o artigo 16.º, da Directiva 92/50 e, desde 1 de Fevereiro de 2006, o artigo 22.º, em conjugação com o artigo 35.º, n.º 4, da Directiva 2004/18.

VIII — Quanto às despesas

159. Nos termos do artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Contudo, por força do disposto no artigo 69.º, n.º 3, primeiro parágrafo, do mesmo regulamento, se cada parte obtiver vencimento parcial, ou em circunstâncias excepcionais, o Tribunal de Justiça pode determinar que as despesas sejam repartidas entre as partes ou que cada uma das partes suporte as suas próprias despesas.

160. No presente processo, a Comissão obteve vencimento parcial. Por conseguinte, proponho que o Tribunal de Justiça condene a Comissão e a República Federal da Alemanha nas suas próprias despesas.

IX — Conclusão

161. Tendo em conta as considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que decida da seguinte forma:

«1) A República Federal da Alemanha, ao adjudicar contratos onerosos relativos à prestação de serviços de socorro nos *Länder* da Saxónia-Anhalt, da Renânia do Norte-Vestefália, da Baixa Saxónia e da Saxónia violou, até 31 de Janeiro de 2006, o artigo 10.º, em conjugação com o artigo 16.º, 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, e, desde 1 de Fevereiro de 2006, o artigo 22.º, em conjugação com o artigo 35.º, n.º 4, 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.

2) A acção é julgada improcedente quanto ao restante.

3) A Comissão Europeia e a República Federal da Alemanha suportarão as suas próprias despesas.»