Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MACIEJ SZPUNAR
apresentadas em 24 de fevereiro de 2022 [1]

Processo C-332/20

Roma Multiservizi SpA,
Rekeep SpA
contra
Roma Capitale,
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália)]

«Reenvio prejudicial — Contratos públicos — Contratos de concessão — Adjudicação da gestão do serviço escolar integrado a uma sociedade de capital misto — Designação do sócio privado por meio de concurso — Exigência de uma participação do sócio privado no capital da sociedade de capital misto de pelo menos 30 % — Participação indireta da autoridade adjudicante no capital do sócio privado»

I. Introdução

1. O presente reenvio prejudicial oferece ao Tribunal de Justiça a oportunidade de explicitar a sua jurisprudência relativa ao modo como o direito da União apreende as parcerias público-privadas institucionalizadas (PPPI), a que as autoridades adjudicantes por vezes recorrem em substituição da celebração de contratos públicos ou de contratos de concessão «tradicionais».

2. Embora não exista nenhuma disposição imperativa de direito da União que regule expressamente as PPPI [2], a Comissão Europeia, porém, definiu-as como uma forma de cooperação entre parceiros públicos e privados que criam uma entidade de capital misto que executa contratos públicos ou concessões [3] e é objeto da jurisprudência do Tribunal de Justiça. O Tribunal de Justiça considerou, nomeadamente, que o direito da União, em regra, não se opõe, no

[1] Língua original: francês.

[2] Sobre as diferentes formas de parcerias público-privadas, nomeadamente as PPPI, na perspetiva do direito da União, v. Bovis, Ch., «Chapter 18: Public service partnerships», *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, sob a direção de Bovis, Ch., Edward Elgar, Cheltenham — Northampton, 2016, pp. 554 e segs.

[3] V. livro verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões [COM(2004) 327 final, n.º 54].

contexto de uma PPPI, à utilização de um procedimento em que, por um lado, se seleciona um parceiro privado e, por outro, se adjudica um contrato público ou uma concessão a uma entidade público-privada a constituir [4].

3. A não existência de normas de direito da União que regulem as PPPI parece estar na origem das dificuldades reveladas no presente reenvio prejudicial, que se refletem na estrutura e conteúdo das presentes conclusões. Do ponto de vista do direito da União, o problema jurídico ora suscitado não está claramente definido nem rigorosamente contextualizado.

4. Uma análise circunstanciada do presente reenvio prejudicial levou-me a concluir que as questões colocadas pelo órgão jurisdicional de reenvio prendem-se com a questão de saber se o modo como a autoridade adjudicante procedeu ao cálculo da participação privada na entidade de capital misto a constituir, para em seguida excluir um proponente do concurso, é compatível com as Diretivas 2014/23/UE [5] e/ou 2014/24/UE [6].

II. Enquadramento jurídico

A. Direito da União

1. Diretiva 2014/23

5. O artigo 3.º da Diretiva 2014/23 estabelece:

«1. As autoridades e entidades adjudicantes tratam os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não-discriminação e atuam de maneira transparente e proporcionada.

Os procedimentos de adjudicação de concessões, incluindo a estimativa do valor, não devem ser concebidos no intuito de serem excluídos do âmbito de aplicação da presente diretiva ou de favorecerem ou desfavorecerem indevidamente determinados operadores económicos ou determinadas obras, fornecimentos ou serviços.

2. As autoridades adjudicantes e as entidades adjudicantes garantem a transparência do procedimento de adjudicação e da execução do contrato, sem prejuízo do cumprimento das disposições do artigo 28.º»

6. O artigo 30.º, n.os 1 e 2, dessa diretiva determina:

«1. As autoridades adjudicantes e as entidades adjudicantes têm a liberdade de organizar o procedimento conducente à escolha do concessionário sujeito ao cumprimento da presente diretiva.

[4] V., nomeadamente, Acórdão de 15 de outubro de 2009, Acoset (C-196/08, a seguir «Acórdão Acoset», EU:C:2009:628).

[5] Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão (JO 2014, L 94, p. 1).

[6] Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65).

2. Os procedimentos de adjudicação de concessões devem ser concebidos no respeito dos princípios estabelecidos no artigo 3.º Mais concretamente, ao longo do procedimento de adjudicação de concessões, a autoridade adjudicante ou a entidade adjudicante não faculta de forma discriminatória informações que possam conferir vantagens a um candidato ou proponente relativamente a outros.»

7. O artigo 38.º, n.º 1, da referida diretiva prevê:

«As autoridades adjudicantes e as entidades adjudicantes verificam as condições de participação relacionadas com as capacidades profissionais e técnicas dos candidatos ou proponentes e a situação económica e financeira dos candidatos ou proponentes, com base em declarações feitas pelos próprios ou em referências a apresentar como prova em de acordo com os requisitos especificados no anúncio de concessão, que devem ser não discriminatórios e proporcionados ao objeto da concessão. As condições de participação devem ser proporcionadas e estar relacionadas com a necessidade de assegurar a capacidade do concessionário para executar a concessão, tendo em conta o objeto da concessão e o objetivo de assegurar uma genuína concorrência.»

2. Diretiva 2014/24

8. O artigo 18.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24 determina:

«As autoridades adjudicantes tratam os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não-discriminação e atuam de maneira transparente e proporcionada.

Os concursos não podem ser organizados no intuito de não serem abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente diretiva ou de reduzir artificialmente a concorrência. Considera-se que a concorrência foi artificialmente reduzida caso o concurso tenha sido organizado no intuito de favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores económicos.»

9. O artigo 58.º, n.º 1, dessa diretiva estipula:

«Os critérios de seleção podem estar relacionados com:

a) A habilitação para o exercício da atividade profissional;

b) A capacidade económica e financeira;

c) A capacidade técnica e profissional.

As autoridades adjudicantes só podem impor aos operadores económicos os critérios referidos nos n.os 2, 3 e 4 a título de condições de participação. As autoridades adjudicantes limitam as condições às que são adequadas para assegurar que um candidato ou proponente disponha da capacidade legal e financeira e das habilitações técnicas e profissionais necessárias para cumprir o contrato a adjudicar. Todos os requisitos devem estar ligados e ser proporcionais ao objeto do contrato.»

B. Direito italiano

10. Em direito italiano, a regulamentação em matéria de sociedades mistas encontra-se no decreto legislativo n. 175 — Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (Decreto Legislativo n.º 175 Que Estabelece o Texto Único em Matéria de Sociedades com Participação Pública), de 19 de agosto de 2016[7], na versão aplicável aos litígios no processo principal (a seguir «Decreto Legislativo n.º 175»).

11. O objetivo do Decreto Legislativo n.º 175 é, de acordo com o disposto no seu artigo 1.º, garantir uma gestão eficaz das participações públicas, proteger e promover a concorrência e o mercado, bem como racionalizar e reduzir a despesa pública. Esse decreto estabelece que a administração pública pode, para efeitos da gestão das atividades em causa, a que se refere o seu artigo 4.º, optar entre a gestão interna, por intermédio de uma sociedade de que detém todo o capital, e a constituição de uma sociedade de capital misto e regulamenta detalhadamente esta segunda alternativa para que seja compatível com o direito da União.

12. No que respeita a esta segunda alternativa, o artigo 17.º, n.º 1, do Decreto Legislativo n.º 175 especifica:

«Nas sociedades de participação mista público-privada, a participação da entidade privada não pode ser inferior a 30 % e a seleção desta, por força do disposto no artigo 5.º, n.º 9, do Decreto Legislativo n.º 50 de 2016 [8], será efetuada mediante procedimento de adjudicação de contratos públicos e terá por objeto, simultaneamente, a subscrição ou a aquisição da participação societária por parte do sócio privado e a adjudicação do contrato público ou de concessão que é o objeto exclusivo da atividade da sociedade mista.»

III. Matéria de facto do processo principal

13. A cidade de Roma lançou, em 2018, um concurso com um duplo objetivo: por um lado, selecionar um sócio privado, para com ela constituir uma sociedade de capital misto público-privado (a seguir «sociedade mista a constituir») e, por outro, adjudicar a essa sociedade o serviço escolar integrado, num montante estimado de 277 479 616,21 euros, da competência da cidade de Roma. Segundo os documentos do concurso, a cidade de Roma devia deter uma participação de 51 % na referida sociedade, devendo os 49 % restantes ser adquiridos pelo sócio privado, que também devia suportar a totalidade do risco da operação.

14. O agrupamento composto pelas sociedades Roma Multiservizi SpA e Rekeep SpA apresentou uma proposta.

15. Através da Decisão n.º 435 de 1 de março de 2019 (a seguir «decisão de exclusão»), esse agrupamento foi excluído do concurso a decorrer, pois a Roma Multiservizi era detida em 51 % pela sociedade AMA SpA, cujo capital era totalmente detido pela cidade de Roma, e a aceitação

7 GURI n.º 210, de 8 de setembro de 2016, p. 1.

8 Decreto Legislativo n.º 50, Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonche' per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (Decreto Legislativo n.º 50 relativo à transposição das Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE […]), de 18 de abril de 2016 (GURI n.º 91, de 19 de abril de 2016, suplemento ordinário n.º 10).

da proposta do referido agrupamento faria com que a cidade de Roma detivesse, de facto, uma participação efetiva de 73,5 % na sociedade mista a constituir [9], ultrapassando assim o limite de 51 % fixado nos documentos do concurso.

16. A Rekeep e a Roma Multiservizi interpuseram recursos dessa decisão no Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunal Administrativo Regional do Lácio, Itália), que lhes negou provimento por meio de dois acórdãos proferidos em 18 de junho de 2019.

17. A Rekeep e a Roma Multiservizi interpuseram recurso desses dois acórdãos no órgão jurisdicional de reenvio.

18. Resulta das observações dessas partes que, durante a apreciação dos seus recursos, a cidade de Roma, no termo de um processo negociado, adjudicou a execução do serviço em causa ao CNS.

IV. Tramitação do processo no Tribunal de Justiça e questões prejudiciais

19. Foi nestas circunstâncias que o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália), por Decisão de 13 de fevereiro de 2020, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 22 de julho de 2020, decidiu suspender a instância e submeter à apreciação do Tribunal de Justiça as seguintes questões:

«1) É conforme ao direito [da União Europeia] e à correta interpretação dos considerandos 14 e 32, bem como dos artigos 12.º e 18.º da Diretiva [2014/24] e 30.º da Diretiva [2014/23], em conjugação também com o artigo 107.º TFUE, que, para efeitos da determinação do limite mínimo de 30 % da participação do sócio privado numa futura sociedade mista público-privada, limite considerado adequado pelo legislador nacional em aplicação dos princípios [do direito da União Europeia] estabelecidos nesta matéria pela jurisprudência [da União], se deva ter exclusivamente em conta a composição formal/constante do registo do referido sócio, ou a autoridade que lança o concurso pode — ou antes, deve — ter em conta a sua participação indireta no sócio privado concorrente?

2) Em caso de resposta afirmativa à questão anterior, é coerente e conforme com os princípios [do direito da União Europeia], em especial, com os princípios da concorrência, proporcionalidade e adequação, que a autoridade que lança o concurso possa excluir do mesmo o sócio privado concorrente, cuja participação efetiva na futura sociedade mista público-privada, em resultado da participação pública direta ou indireta identificada, é de facto inferior a 30 %?»

20. As partes no processo principal, o CNS e a Comissão apresentaram observações por escrito. Não houve lugar a audiência.

[9] Com efeito, dos documentos do concurso já resultava uma participação efetiva de 51 %. Segundo esses documentos, a cidade de Roma devia deter uma participação de 51 % na sociedade mista a constituir. Quanto ao resto (73,5 % — 51 % = 22,5 %), existia uma participação efetiva de 22,5 % nessa sociedade que resultava do facto de a participação da Roma Multiservizi no agrupamento constituído com a Rekeep ser de cerca de 90 %. Por conseguinte, a detenção de 51 % do capital da Roma Multiservizi pela AMA — cujo capital é integralmente detido pela cidade de Roma — traduzia-se numa participação efetiva de 22,5 % da cidade de Roma na sociedade mista a constituir (22,5 % = 49 % * 90 % * 51 %). Com efeito, nas observações que apresentaram por escrito, a Rekeep e o Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS) referem ter ficado previsto, por um lado, que a Rekeep, na qualidade de mandante, deteria 10 % desse agrupamento e a Roma Multiservizi, na qualidade de mandatário líder, 90 %, e, por outro, que estas sociedades subscreveriam o capital da sociedade mista a constituir com a cidade de Roma na proporção da respetiva participação nesse agrupamento.

V. Análise

A. Quanto ao objeto das questões prejudiciais

21. A leitura do pedido de decisão prejudicial revela que, atentas as circunstâncias processo principal, o órgão jurisdicional de reenvio tem em consideração duas exigências no que toca à participação pública e à participação privada na sociedade mista a constituir.

22. A primeira exigência diz respeito ao limite mínimo de participação de 30 % imposto ao sócio privado para entrar no capital de uma entidade de capital misto a constituir, em conformidade com o artigo 17.º, n.º 1, do Decreto Legislativo n.º 175. Esse limite mínimo de participação privada corresponde logicamente a um limite máximo de participação pública de 70 %.

23. A segunda exigência é, no presente caso, a fixada pela própria autoridade adjudicante no concurso, ou seja, a participação de 49 % para o sócio privado e de 51 % para a autoridade adjudicante.

24. As duas questões prejudiciais, conforme formuladas pelo órgão jurisdicional de reenvio, apenas se referem ao limite mínimo de participação de 30 % imposto ao sócio privado para poder entrar no capital de uma sociedade mista. Devo observar, neste contexto, que o órgão jurisdicional de reenvio não interroga o Tribunal de Justiça sobre a validade, na perspetiva do direito da União, desse limite. A formulação dessas questões leva a crer que, com elas, o órgão jurisdicional de reenvio procura apurar se o direito da União se opõe a que, para efeitos da determinação desse limite mínimo de participação de 30 %, se tenha em conta a participação indireta da autoridade adjudicante no capital social desse sócio privado.

25. Todavia, a fundamentação do pedido de decisão prejudicial não é igualmente unívoca no que respeita ao objeto das questões prejudiciais.

26. Com efeito, por um lado, em linha com a formulação das questões prejudiciais, o órgão jurisdicional de reenvio refere que, para proferir a sua decisão no processo principal, «é necessário determinar se, para cumprir o limiar adequado de participação na futura sociedade mista [a constituir] (até 70 % para a participação pública, a partir de 30 % para a participação do sócio privado), deve tomar-se em consideração apenas a natureza jurídica do sócio privado […] ou, quando seja participado por capital público, deve também ser tido em conta o aspeto "material" dessa participação».

27. Por outro lado, o órgão jurisdicional de reenvio também refere que a legalidade dos limites da participação pública (51 %) e da participação privada (49 %) não foi posta em causa no processo principal. Consequentemente, considera que «[esse] litígio diz respeito à legalidade da decisão da autoridade adjudicante que, para efeitos da verificação do respeito do limite de 51 % no que toca à sua participação na nova sociedade a constituir, entendeu que se devia ter igualmente em conta a sua [participação indireta nessa sociedade]».

28. Dada a ambiguidade do objeto das questões prejudiciais, devo observar, em primeiro lugar, que o órgão jurisdicional de reenvio refere que a *lex specialis* do concurso, cujas disposições são «efetivas» no processo principal, fixa com precisão a participação pública e privada em,

respetivamente, 51 % e 49 %[10]. Parece, portanto, que no contexto do litígio no processo principal, que é relativo à decisão de exclusão, o órgão jurisdicional de reenvio se interroga sobretudo sobre as exigências da participação pública e privada constantes dos documentos do concurso.

29. Em segundo lugar, interrogadas sobre a questão de saber se a explicação formal para a decisão de exclusão tinha sido a violação do artigo 17.º, n.º 1, do Decreto Legislativo n.º 175 ou a inobservância da exigência de repartição do capital constante dos documentos do concurso, as partes privilegiaram maioritariamente a segunda hipótese.

30. A Roma Multiservizi respondeu categoricamente que a decisão de exclusão refere a pretensa inobservância da repartição do capital social constante dos documentos do concurso.

31. A cidade de Roma indicou, um primeiro momento, que a proposta do agrupamento a que se refere a decisão de exclusão contém duas irregularidades relativas às duas exigências respeitantes à participação pública e privada. Porém, num segundo momento, reproduziu os fundamentos da exclusão desse agrupamento, dos quais resulta que essa exclusão decorre do facto de se entender que «como a parte de capital-risco na [sociedade mista a constituir] que podia ser atribuída a investimentos privados era inferior a 49 % não respeitava manifestamente as condições constantes dos documentos do concurso e dos atos aprovados pelo conselho municipal».

32. Em linha com a resposta da cidade de Roma, a Rekeep indicou que a fundamentação da decisão de exclusão apenas fazia referência à inobservância das quotas-partes de capital previstas nos documentos do concurso, acrescentando que o Decreto Legislativo n.º 175 foi evocado nas considerações preliminares dessa decisão.

33. A resposta da Comissão parece ir implicitamente no mesmo sentido. Esta instituição considera que é evidente que a fixação da participação privada em 49 % — e a exclusão que daí decorre — se funda exclusivamente no limite estabelecido no artigo 17.º do Decreto Legislativo n.º 175. Daqui concluo que, para a Comissão, a exclusão *decorre* diretamente da inobservância da exigência relativa à participação privada fixada nos documentos do concurso em 49 %.

34. Só o CNS considera que a decisão de exclusão se funda tanto na violação do artigo 17.º, n.º 1, do Decreto Legislativo n.º 175, como na inobservância da exigência de repartição do capital constante dos documentos do concurso. Todavia, as passagens dessa decisão reproduzidas pelo CNS não são relativas às exigências de participação pública e privada constantes do concurso.

35. À luz destes esclarecimentos, deve entender-se que, com a sua primeira questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se o direito da União se opõe a que, para efeitos da determinação da percentagem da participação privada na sociedade mista a constituir, se atenda à participação indireta da autoridade adjudicante no capital social de um sócio privado proponente.

36. Consequentemente, a segunda questão prejudicial deve ser entendida no sentido de o órgão jurisdicional de reenvio pretender saber se o direito da União se opõe a que uma autoridade adjudicante exclua do concurso um sócio privado proponente cuja participação efetiva na entidade de capital misto a constituir não respeita a exigência relativa ao limite mínimo da participação privada constante dos documentos do concurso.

[10] De igual modo, segundo as informações que figuram no pedido de decisão prejudicial, a Roma Multiservizi e a Rekeep impugnaram a decisão de exclusão com base, designadamente, na violação, incorreta aplicação e interpretação finalista daquilo que as partes consideraram ser uma *lex specialis*.

37. Cabe-me ainda apresentar mais algumas observações sobre as questões prejudiciais assim reformuladas.

38. Antes de mais, a formulação inicial da primeira questão implica que o órgão jurisdicional de reenvio pretende determinar se o direito da União se opõe a que uma autoridade adjudicante tenha em conta, não uma qualquer participação pública no capital do sócio privado proponente, mas apenas a «sua própria participação» no referido capital («a autoridade que lança o concurso pode — ou antes, deve — ter em conta a sua participação indireta no sócio privado»). Diversas passagens do pedido de decisão prejudicial corroboram esta interpretação tanto das exigências da participação pública e privada fixadas no concurso [11] como, ainda mais importante no contexto do processo principal, da decisão de exclusão [12].

39. Em seguida, resulta da formulação da primeira questão prejudicial que o órgão jurisdicional de reenvio se refere ao «pode[r] — ou, antes deve[r]» ter em conta essa participação indireta. Ora, é certo que, no processo principal, a autoridade adjudicante teve em consideração a sua participação indireta. Para controlar a decisão de exclusão, basta determinar se o direito da União a isso se opõe.

40. Por outro lado, o órgão jurisdicional de reenvio indica que a segunda questão apenas se coloca em caso de resposta afirmativa à primeira questão. Ora, na sua formulação inicial, a primeira questão prejudicial contempla duas alternativas («[as disposições do direito da União opõem-se] a que […] se deva ter exclusivamente em conta a [participação direta], ou a autoridade [adjudicante] pode — ou antes, deve — ter em conta a sua participação indireta no [capital do] sócio privado concorrente?»). Em qualquer caso, há que considerar que a segunda questão se coloca no caso de à primeira questão se responder que o direito da União não se opõe à tomada em consideração da participação indireta da autoridade adjudicante no capital social do sócio privado concorrente.

41. Por último, para poder responder utilmente ao órgão jurisdicional de reenvio, importa identificar o regime aplicável no processo principal bem como as suas disposições cuja interpretação é necessária à resolução do litígio que lhe foi submetido. Com efeito, não me parece que todas as disposições evocadas pelo órgão jurisdicional de reenvio no seu pedido de decisão prejudicial sejam pertinentes. Por essa razão, algumas das partes põem em causa a admissibilidade das questões prejudiciais.

B. Quanto à admissibilidade das questões prejudiciais e ao regime aplicável

42. O órgão jurisdicional de reenvio evoca, na sua primeira questão, diversas disposições de direito da União, sem indicar expressamente as razões que o levaram a questionar-se sobre a sua interpretação. Quanto à segunda questão, apenas menciona os princípios do direito, designadamente os princípios da concorrência, da proporcionalidade e da adequação, sem referir nenhuma disposição desse direito.

[11] O órgão jurisdicional de reenvio indica, nomeadamente, que a autoridade adjudicante «tendo fixado em 51 % a participação da cidade de Roma e em 49 % a participação do sócio privado» e que essa autoridade adjudicante organizou esse concurso «em que fixou em 51 % a participação da cidade de Roma».

[12] O órgão jurisdicional de reenvio refere, designadamente, que «a cidade de Roma […] acabaria por deter na futura sociedade público-privada uma participação efetiva equivalente a 73,5 %, excedendo assim o limite de 51 % estabelecido para este concurso» e que «a participação da Roma Capitale na [sociedade mista a constituir] tinha excedido o limite de 51 % estabelecido».

43. A este propósito, a Comissão considera que a primeira questão prejudicial é inadmissível na parte em que diz respeito ao artigo 107.º TFUE, enquanto o CNS põe em causa a admissibilidade de todo o pedido de decisão prejudicial [13]. Examinarei estas questões de inadmissibilidade no contexto da minha análise do pedido de decisão prejudicial, efetuada com vista à identificação das disposições de direito da União pertinentes para efeitos do presente processo.

1. As diretivas 2014/23 e 2014/24

44. A primeira questão prejudicial, conforme formulada pelo órgão jurisdicional de reenvio, faz referência tanto à Diretiva 2014/23 como à Diretiva 2014/24. Essas diretivas estabelecem, respetivamente, as regras aplicáveis à adjudicação de contratos de concessão e as aplicáveis à adjudicação de contratos públicos.

45. Para identificar a diretiva ora aplicável, importa examinar o objeto do concurso bem como o contrato que a entidade adjudicante pretendia celebrar com o lançamento desse concurso.

46. O concurso em causa no processo principal tem dois objetos, pelo que se pode considerar que o contrato a celebrar tem dois elementos, o primeiro relativo à seleção de um sócio privado para a sociedade mista a constituir e o segundo relativo à adjudicação a essa sociedade do serviço escolar integrado.

47. Será que o primeiro elemento pode afetar a aplicabilidade da Diretiva 2014/23 ou da Diretiva 2014/24 no que respeita aos dois elementos do contrato em causa no processo principal? A jurisprudência contém referências que podem ser úteis para efeitos da resposta a dar a essa questão.

a) Quanto à jurisprudência pertinente

48. No processo que esteve na origem do Acórdão Club Hotel Loutraki e o. [14], o Tribunal de Justiça viu-se confrontado com uma questão análoga. O reenvio prejudicial era relativo a um contrato composto por três acordos: um relativo à cessão de 49 % das ações de uma empresa pública com vista à sua privatização, outro por força do qual o cessionário assumia a gestão do casino em contrapartida de uma remuneração e ainda outro por força do qual o cessionário se comprometia a executar um plano de melhoramento das instalações do casino.

49. Para se pronunciar sobre essa questão, o Tribunal de Justiça, após ter confirmado que foi corretamente que o órgão jurisdicional de reenvio qualificou o contrato de «contrato misto» [15], examinou se o contrato em causa constituía um todo indivisível e se se enquadrava no seu todo, em razão do seu objeto principal, numa das diretivas em causa [16]. Ao fazê-lo, o Tribunal de Justiça evocou a jurisprudência segundo a qual, «no caso de um contrato misto cujas diferentes partes […] estão inseparavelmente ligadas, formando, assim, um todo indivisível, a operação em causa deve

[13] Segundo o CNS, o órgão jurisdicional de reenvio limita-se a pedir um controlo da compatibilidade do direito nacional com os princípios gerais do direito da União, sem identificar em concreto as disposições específicas à luz das quais há que examinar essa compatibilidade. Segundo este, a falta de pertinência da questão prejudicial é, por outro lado, demonstrada pelo facto de, em direito da, União não haver disposições específicas relativas às formas das parcerias público-privadas.

[14] Acórdão de 6 de maio de 2010 (C-145/08 e C-149/08, a seguir «Acórdão Club Hotel Loutraki e o.», EU:C:2010:247).

[15] Acórdão Club Hotel Loutraki e o. (n.º 46).

[16] Acórdão Club Hotel Loutraki e o. (n.º 50).

ser examinada no seu todo de modo unitário para efeitos da sua qualificação jurídica e deve ser apreciada com base nas normas que regulam a parte que constitui o objeto principal ou o elemento preponderante do contrato» [17].

50. Relativamente a essa jurisprudência, o Tribunal de Justiça sublinhou, num primeiro momento, que se tratava de um contrato misto que constituía um todo indivisível, na medida em que era necessário celebrar esse contrato com um único parceiro que disponha simultaneamente da capacidade financeira necessária para a aquisição das ações em causa e de experiência profissional na exploração de um casino. Num segundo momento, o Tribunal de Justiça considerou que a cessão de 49 % das ações de uma empresa pública constituía o objeto principal do contrato em causa [18]. Este entendimento resultava do facto de a cessão das ações constituir, de facto, uma operação de privatização e produzir efeitos sem limite no tempo, permitindo ao cessionário, como acionista, obter um rendimento claramente superior à remuneração que obteria como prestador de serviços [19].

51. No Acórdão Mehiläinen e Terveystalo Healthcare [20], o Tribunal de Justiça examinou, com base na mesma jurisprudência [21], um acordo no contexto do qual uma autoridade adjudicante celebrava, com uma entidade privada que lhe era estranha, um contrato que previa a criação de uma empresa comum, sob a forma de sociedade anónima, a quem essa autoridade adjudicante se comprometia, quando estivesse criada, a adquirir, durante um período transitório de quatro anos, os serviços de saúde e de bem-estar no trabalho que devia proporcionar aos seus trabalhadores.

52. No Acórdão Healthcare, como no Acórdão Club Hotel Loutraki e o., o Tribunal de Justiça afirmou que o acordo em questão correspondia a um contrato misto. Todavia, o Tribunal de Justiça considerou que os elementos desse acordo não eram inseparáveis, na medida em que não havia uma necessidade objetiva de celebrar o contrato misto com um único parceiro. Em especial, para o Tribunal de Justiça, a separabilidade do elemento relativo aos serviços do resto do contrato misto era corroborada pelo facto de, por um lado, a autoridade adjudicante ter manifestado a sua intenção de, no termo do período transitório, lançar um concurso para a aquisição desses serviços e, por outro, uma empresa comum ter sido efetivamente criada e funcionado sem o elemento do contrato relativo aos serviços [22].

53. No Acórdão Acoset, o Tribunal de Justiça, interrogado sobre a adjudicação direta de um serviço público local de gestão integrada da água a uma sociedade de capital misto, nem sequer suscitou a questão de saber se o contrato em causa era um contrato misto cujos diferentes elementos estavam indissociavelmente ligados e formavam assim um todo indivisível. Para determinar se essa adjudicação se enquadrava numa das diretivas em causa, o Tribunal de Justiça focalizou-se no serviço público local de gestão integrada da água, bem como nos trabalhos relacionados com a gestão desse serviço.

17 Acórdão Club Hotel Loutraki e o. (n.º 48 e jurisprudência referida).

18 Acórdão Club Hotel Loutraki e o. (n.º 57).

19 Acórdão Club Hotel Loutraki e o. (n.ºs 55 e 57).

20 Acórdão de 22 de dezembro de 2010 (C-215/09, a seguir «Acórdão Healthcare», EU:C:2010:807).

21 Acórdão Healthcare (n.º 36).

22 Acórdão Healthcare (n.ºs 43 e 44).

54. Todavia, não é possível interpretar o Acórdão Acoset no sentido de que, no caso de um contrato com diversos elementos, um dos quais diz respeito à constituição de uma sociedade de capital misto, há que ignorar esse elemento e examinar apenas os outros elementos. Essa interpretação seria contrária à jurisprudência posterior a esse acórdão, referida nos anteriores parágrafos das presentes conclusões.

55. Importa, portanto, entender o Acórdão Acoset no sentido de que o Tribunal de Justiça considerou implicitamente, em primeiro lugar, que se tratava de um contrato misto cujos elementos formavam um todo indivisível e, em segundo lugar, que o elemento relativo ao serviço público local constituía o seu objeto principal.

56. Daqui decorre que o contrato celebrado no contexto de um concurso lançado por uma autoridade adjudicante para a seleção de um sócio privado para uma sociedade de capital misto e a adjudicação de um contrato público ou de uma concessão a essa sociedade é um contrato misto composto por dois elementos [23]. Além disso, no que respeita a esse contrato misto, importa, num primeiro momento, determinar se os diferentes elementos do contrato estão indissociavelmente (inseparavelmente) ligados e formam um todo indivisível; num segundo momento, há que identificar o objeto principal ou o elemento preponderante desse contrato e, num terceiro momento, determinar o regime aplicável ao referido contrato na perspetiva desse objeto principal ou desse elemento preponderante [24].

b) Aplicação

1) Contrato misto: elementos indissociáveis?

57. Em meu entender, os dois elementos do contrato em causa no processo principal são, como de resto acontecia nos processos que estiveram na origem dos Acórdãos Club Hotel Loutraki e o. e Acoset, indissociáveis.

[23] Algumas partes parecem pôr em causa a qualificação de «contrato misto» de um contrato de que um dos elementos é relativo à seleção de um sócio privado de uma entidade de capital misto a constituir. Ora, embora o Tribunal de Justiça não tenha utilizado o conceito de «contrato misto» no Acórdão Acoset, fê-lo nos seus Acórdãos Club Hotel Loutraki e o. e Healthcare. Além disso, mesmo admitindo que a Diretiva 2014/24 se aplica no presente caso e que o contrato em causa no processo principal não integra o conceito de «contrato misto», na aceção do artigo 3.º dessa diretiva, porquanto a seleção de um sócio privado para a constituição de uma sociedade mista não diz respeito a um contrato (v. nota 24), esse contrato pode todavia fazer parte da categoria mais ampla dos contratos mistos que o Tribunal de Justiça parece ter tido em vista nos Acórdãos Club Hotel Loutraki e o. e Healthcare.

[24] Independentemente da solução encontrada pelo Tribunal de Justiça na sua jurisprudência, admitindo que a Diretiva 2014/24 se aplica no processo principal, poderia *a priori* chegar-se ao mesmo resultado com fundamento no artigo 3.º, n.º 6, dessa diretiva, segundo o qual «[q]uando não for possível identificar separadamente as diferentes partes de um dado contrato de forma objetiva, o regime jurídico aplicável é determinado com base no objeto principal do contrato em causa». Em conformidade com a referida diretiva, os contratos têm por objeto a execução de trabalhos, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços. Coloca-se portanto a questão de saber se a seleção de um sócio privado e a constituição de uma sociedade mista se enquadram no conceito de «contrato» na aceção da mesma diretiva. A doutrina parece considerar ser esse o caso (v., neste sentido, na medida em que o autor se refere ao artigo 3.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24, Andrecka, M., «Institutionalised Public-Private Partnership as a Mixed Contract under the Regime of the New Diretiva 2014/24/UE», *European Procurement & Public, Private Partnership Law Review*, vol. 9, n.º 3, 2014, p. 176). Por outro lado, dadas as dúvidas existentes quanto ao regime aplicável no presente caso, cabe sublinhar a diferença entre a formulação utilizada na Diretiva 2014/24, cujo artigo 3.º, n.º 6, prevê que «[q]uando não for possível identificar separadamente as diferentes partes de um dado contrato de forma objetiva, o regime jurídico aplicável é determinado com base no objeto principal do contrato [misto] em causa», e a utilizada na Diretiva 2014/23, cujo artigo 20.º, n.º 5, prevê que «[c]aso não seja possível separar objetivamente as diferentes *partes de um dado contrato*, o regime jurídico aplicável é determinado com base no objeto principal do contrato em causa» (sublinhado meu), parecendo-me esta última mais flexível, pelo menos no que respeita a certas versões linguísticas destas diretivas, designadamente a versão em língua francesa.

58. Com efeito, para assegurar a prestação do serviço escolar integrado por uma sociedade de capital misto composta pela autoridade adjudicante e por um parceiro privado, é objetivamente necessário selecionar um parceiro que disponha da capacidade financeira necessária à aquisição de 49 % do capital da sociedade mista a constituir e que cumpra outros requisitos que lhe permitam assumir, sob a forma de sociedade de capital misto, o serviço escolar integrado assumindo a integralidade do risco operacional. Os dois elementos do contrato devem, por conseguinte, dizer respeito ao mesmo parceiro, embora, tecnicamente, o primeiro elemento seja relativo à seleção de um sócio privado e o segundo à adjudicação do serviço escolar integrado a uma sociedade de capital misto em que esse sócio detém 49 % das ações [25].

59. Além disso, contrariamente ao que acontecia no processo que esteve na origem do Acórdão Healthcare [26], em que as circunstâncias no que respeita ao elemento relativo aos serviços eram muito especiais, nada permite considerar que, no presente processo, o elemento relativo à constituição de uma sociedade de capital misto é dissociável do elemento relativo ao serviço escolar integrado. Se este último elemento não existisse, a sociedade mista a constituir ficaria objetivamente privada da sua razão de ser económica. No ordenamento jurídico italiano, por força do disposto no artigo 17.º, n.º 1, do Decreto Legislativo n.º 175, o contrato público ou de concessão constitui o objeto exclusivo das atividades da sociedade de capital misto.

60. Importa agora determinar se o elemento que constitui o objeto principal do contrato em causa no processo principal é o relativo à constituição de uma sociedade de capital misto ou o relativo ao serviço escolar integrado.

2) Objeto principal do contrato

61. Sou de opinião que o elemento relativo ao serviço escolar integrado é o objeto principal do contrato misto em causa no processo principal.

62. A sociedade mista a constituir mais não era do que um meio para assegurar que o serviço escolar integrado seria prestado por uma PPPI e de modo algum constituía a finalidade do concurso. Contrariamente ao processo que esteve na origem do Acórdão Club Hotel Loutraki e o., no presente caso trata-se não da aquisição de ações de uma empresa pública já existente com vista à sua privatização, mas da constituição de uma sociedade mista para efeitos da prestação de um serviço escolar integrado.

63. Além disso, nesse processo, a detenção de ações da empresa pública já existente constituía uma fonte de rendimentos considerável. Nada permite considerar ser isso o que se verifica no presente processo. Por conseguinte, não é possível ir buscar inspiração ao Acórdão Club Hotel Loutraki e o. para concluir que, no presente caso, a constituição da sociedade mista é o objeto principal do contrato em causa no processo principal.

64. Assim, a questão de saber que diretiva se aplica no contexto do processo principal deve ser apreciada na perspetiva do elemento relativo ao serviço escolar integrado.

[25] V., por analogia, n.º 53 do Acórdão Club Hotel Loutraki e o., considerado na perspetiva do seu n.º 28, segundo o qual o contrato misto em causa continha «uma parte relativa à venda de ações pela [sociedade Ellinika Touristika Akinita AE] ao proponente com a proposta economicamente mais vantajosa [e uma] parte relativa a um contrato de serviços a celebrar com o proponente com a proposta economicamente mais vantajosa, que assume as obrigações de gestão do casino»), enquanto, conforme resulta do n.º 25 desse acórdão, a sociedade a constituir pelo proponente (e não por esse mesmo proponente) assumia a gestão e firmava pelo menos um acordo. V. igualmente, a este propósito, Acórdão Acoset (n.ºs 54 e 61).

[26] V. n.º 52 das presentes conclusões.

3) Contratos públicos de serviços ou concessões de serviços?

65. O pedido de decisão prejudicial é incompleto no que respeita ao elemento relativo ao serviço escolar integrado.

66. É efetivamente verdade que as respostas das partes às questões que o Tribunal de Justiça lhes colocou por escrito fornecem alguns esclarecimentos sobre o leque de prestações correspondente ao elemento relativo ao serviço escolar integrado [27]. Contudo, esses esclarecimentos, no contexto das presentes conclusões, não permitem considerar de maneira irrefutável que esse elemento se integra nos «contratos públicos de serviços» ou nas «concessões de serviços».

67. De todo o modo, essa qualificação concreta é da competência exclusiva do órgão jurisdicional nacional [28]. O Tribunal de Justiça pode, eventualmente, fornecer elementos para orientar esse órgão jurisdicional nacional nesse exercício de qualificação.

68. A este propósito, sublinho, em primeiro lugar, que os contratos públicos de serviços, na aceção da Diretiva 2014/24, comportam uma contrapartida diretamente paga pela autoridade adjudicante ao prestador de serviços [29]. Em contrapartida, a concessão de serviços, na aceção da Diretiva 2014/23, consiste no ato de confiar a prestação e a gestão de serviços, consistindo a contrapartida ou unicamente no direito de explorar os serviços em causa, ou nesse direito acompanhado de um pagamento [30]. Dentro dessa ordem de ideias, o Tribunal de Justiça reconheceu que existia uma concessão de serviços, designadamente, quando a remuneração do prestador provem dos pagamentos efetuados pelos utilizadores do serviço [31]. Consequentemente, a circunstância de, conforme referido pelo órgão jurisdicional de reenvio, uma sociedade de capital misto de direito italiano exercer na realidade uma atividade contra pagamento e que é geradora de lucros (ainda que modestos, segundo esse órgão jurisdicional) pode ser um indício de que se deve aplicar a Diretiva 2014/23.

69. Em segundo lugar, embora o modo de remuneração seja um elemento determinante para a qualificação de uma concessão de serviços, a concessão de serviços implica que o concessionário assuma o risco associado à exploração dos serviços em questão [32]. O critério de distinção relativo à transferência desse risco foi codificado na Diretiva 2014/23 [33]. Para descrever esse critério, a versão em língua italiana dessa diretiva utiliza o conceito de «rischio operativo» (risco

[27] Resulta das observações das partes e das suas respostas às questões que o Tribunal de Justiça lhes colocou por escrito que o serviço escolar integrado consiste na assistência geral, manutenção, distribuição de correio interno e limpeza de creches e escolas, bem como transporte escolar. A existência de uma prestação de transporte escolar nesse conjunto não parece incitar o órgão jurisdicional de reenvio a ponderar a aplicação da Diretiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE (JO 2014, L 94, p. 243). De todo o modo, por um lado, essa diretiva prevê igualmente, nos artigos 4.º e 6.º, regras relativas aos contratos mistos e, por outro, nada permite considerar que o transporte escolar constitui o objeto principal do contrato em causa no processo principal ou do seu elemento relativo ao serviço escolar integrado.

[28] V., neste sentido, Acórdão de 10 de novembro de 2011, Norma-A e Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, n.ºs 57 e 59).

[29] V. artigo 2.º, n.º 1, ponto 5, da Diretiva 2014/24. V. igualmente, neste sentido, Acórdão Acoset (n.º 39 e jurisprudência referida).

[30] V. artigo 5.º, ponto 1, alínea b), da Diretiva 2014/23.

[31] V. Acórdão Acoset (n.º 43 e jurisprudência referida).

[32] V., neste sentido, Acórdão de 10 de novembro de 2011, Norma-A e Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, n.º 44). V. igualmente, neste sentido, as Conclusões que apresentei nos processos apensos Promoimpresa e o. (C-458/14 e C-67/15, EU:C:2016:122, n.ºs 62 e 63), nas quais considerei que uma concessão de serviços se caracteriza, nomeadamente, pelo facto de a autoridade confiar ao concessionário o exercício de uma atividade de serviços, normalmente serviços cuja prestação incumbiria a essa autoridade (com, adicionalmente, o risco que o envolve), obrigando aquele, assim, a prestar um serviço determinado.

[33] V. artigo 1.º, n.º 1, e considerando 18 da Diretiva 2014/23.

operacional). Esse mesmo conceito foi utilizado na decisão por meio da qual a cidade de Roma lançou um concurso para esclarecer que o proponente selecionado tinha de suportar a integralidade desse risco [34].

70. Em terceiro lugar, para poder responder às questões prejudiciais, o Tribunal de Justiça pode, com base nos indícios que lhe são fornecidos, partir da hipótese segundo a qual o contrato é abrangido por uma das diretivas em causa [35]. Contudo, como não existem indícios que permitam pronunciar-se sobre o regime aplicável no presente caso, tal abordagem não me parece ser possível no presente processo. Mais importante ainda, à semelhança da Comissão, considero que o facto de se aplicar o regime definido numa ou noutra dessas diretivas não deve necessariamente afetar as respostas que devem ser dadas às questões prejudiciais suscitadas no presente processo. Com efeito, o regime aplicável ao elemento relativo ao serviço escolar integrado só será aplicável ao elemento relativo à seleção de um sócio privado «por extensão». Na medida em que as questões apenas se referem a este último elemento, tratar-se-á apenas, nesse contexto, de aplicar os princípios gerais desses regimes, que são comuns a esses dois elementos. Por conseguinte, sempre respeitando a repartição de competências entre os órgãos jurisdicionais nacionais e o Tribunal de Justiça, referir-me-ei, nas presentes conclusões, tanto à Diretiva 2014/23 como à Diretiva 2014/24 [36].

2. Regime dos contratos públicos celebrados entre entidades do setor público

71. Na primeira questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio evoca o artigo 12.º e os considerandos 14 e 32 da Diretiva 2014/24 e reproduz, no pedido de decisão prejudicial, o artigo 12.º, n.º 1, primeiro parágrafo, dessa diretiva. Ora, esse órgão jurisdicional não esclarece minimamente as razões que o levaram a interrogar-se sobre a interpretação desta última disposição.

72. A este propósito, em primeiro lugar, o considerando 14 da Diretiva 2014/24 limita-se a indicar que o conceito de «operadores económicos» deverá ser interpretado em sentido lato, confirmando assim que uma sociedade de capital misto pode ser abrangida por ele. Quanto ao mais, esse considerando reproduz, no essencial, a definição desse conceito constante do artigo 2.º, n.º 1, ponto 10, dessa diretiva. O órgão jurisdicional de reenvio não invocou esta disposição na sua questão prejudicial.

73. Em segundo lugar, o artigo 12.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24 determina que os contratos públicos adjudicados a pessoas coletivas controladas pelas autoridades adjudicantes devem ficar excluídos do âmbito dos procedimentos previstos nessa diretiva. Essa disposição regula uma cooperação vertical entre as entidades em causa ou uma adjudicação interna («in house») clássica.

[34] É certo que, no processo principal, o risco deveria ter sido assumido pelo sócio privado, selecionado no âmbito do primeiro elemento do contrato misto, enquanto o serviço escolar integrado, que correspondia ao objeto principal desse contrato, devia ter sido adjudicado, no quadro do segundo elemento desse contrato, à sociedade mista a constituir. Atenta essa particularidade, poderia argumentar-se que, no contexto do segundo elemento, considerada isoladamente, não se trata de uma transferência do risco para o proponente selecionado. Porém, no presente caso, o concurso destinava-se a libertar a autoridade adjudicante do risco ligado à execução do serviço escolar integrado. Por essa razão, não excluo que esse segundo elemento possa ser qualificado de «concessão», malgrado a referida especificidade. Quanto à problemática da mesma especificidade, v. igualmente n.º 58 das presentes conclusões.

[35] V., por analogia, Acórdão Acoset (n.º 42).

[36] Para ser completo, observo que as diretivas 2014/23 e 2014/24 são aplicáveis *ratione temporis* e que o valor do contrato, estimado em mais de 277 milhões de euros, é superior aos limites impostos por essas diretivas. V. artigo 8.º da Diretiva 2014/23 e artigo 4.º da Diretiva 2014/24.

74. Todavia, o órgão jurisdicional de reenvio refere claramente que, no ordenamento jurídico italiano, a constituição de uma sociedade de capital misto, como a em causa no processo principal, constitui uma alternativa à gestão interna [37].

75. Mais importante ainda, a aplicação da exclusão prevista no artigo 12.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24 no contexto da adjudicação dos serviços a uma PPPI parece-me *a priori* excluída. Com efeito, conforme explicitado no considerando 31, terceiro parágrafo, dessa diretiva, deverá evitar-se que qualquer cooperação público-público assim excluída provoque uma distorção da concorrência em relação aos operadores económicos privados ao colocar um prestador de serviços privado em posição de vantagem perante os seus concorrentes. Além disso, em linha com a jurisprudência anterior à Diretiva 2014/24 [38], o considerando 32 dessa diretiva esclarece que a exclusão prevista no seu artigo 12.º, n.º 1, «não deverá ser alargada a situações em que haja participação direta de um operador económico privado no capital da pessoa coletiva controlada, uma vez que, nessas circunstâncias, a adjudicação de um contrato público sem procedimento concorrencial ofereceria ao operador económico privado com participação de capital na pessoa coletiva controlada uma vantagem indevida em relação aos seus concorrentes».

76. Em terceiro lugar, é ainda possível perguntar se, por força do seu artigo 12.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24, o contrato misto em causa no processo principal está excluído do âmbito de aplicação desse diploma. Essa disposição diz respeito aos contratos exclusivamente celebrados entre diversas autoridades adjudicantes, quando esses contratos estabelecem ou executam uma cooperação entre essas autoridades adjudicantes.

77. Pode-se teorizar que a cidade de Roma, enquanto autoridade adjudicante, pretendeu estabelecer uma cooperação com uma sociedade de capital misto a constituir que também devia assegurar o serviço escolar integrado e em que 51 % das ações seriam detidas pela cidade de Roma. Por conseguinte, essa sociedade seria um «organismo de direito público», na aceção do artigo 2.º, n.º 1, ponto 4, da Diretiva 2014/24, e, por conseguinte, passível de ser uma «autoridade adjudicante» na aceção do artigo 2.º, n.º 1, ponto 1, desse mesmo diploma.

78. Ora, mesmo admitindo que as condições de aplicação da exclusão previstas no artigo 12.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24 estejam preenchidas em tal situação, o Tribunal de Justiça declarou, no Acórdão Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung [39], que essa disposição obriga a que uma cooperação entre entidades adjudicantes não possa ter por efeito, de acordo com o princípio da igualdade de tratamento, colocar uma empresa privada numa situação privilegiada em relação aos seus concorrentes. Daqui resulta, como o advogado-geral M. Campos Sánchez-Bordona observou nas conclusões que apresentou nesse processo [40], que a cooperação entre autoridades adjudicantes que coloque um operador privado numa posição privilegiada em relação aos seus concorrentes no mercado não pode ter a cobertura do artigo 12.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24. À luz destes esclarecimentos, dada a participação do capital privado na sociedade mista a constituir, entendo que a cooperação em causa no presente processo não integra o âmbito da exclusão prevista nessa disposição.

79. Por conseguinte, não há necessidade de interpretar o artigo 12.º da Diretiva 2014/24 para poder responder às questões prejudiciais.

[37] V. n.º 11 das presentes conclusões.

[38] V. Acórdão de 6 de abril de 2006, ANAV (C-410/04, EU:C:2006:237, n.ºs 31 e 32).

[39] Acórdão de 28 de maio de 2020 (C-796/18, EU:C:2020:395).

[40] Conclusões apresentadas no processo Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:47, n.º 109, ponto 3).

3. Regime dos contratos públicos para serviços sociais e outros serviços específicos

80. O artigo 74.º da Diretiva 2014/24 prevê que os contratos públicos para serviços sociais e outros serviços específicos enumerados no seu Anexo XIV são adjudicados em conformidade com o capítulo I do título III dessa diretiva. Com exceção do CNS, todas as partes indicaram, nas respostas às questões que o Tribunal de Justiça lhes colocou por escrito, que pelo menos uma das prestações que compõem o serviço escolar integrado está, ou pode estar, abrangida por esse anexo.

81. Caberá ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se é esse o caso. Se assim for, bastará que o procedimento de adjudicação respeite as regras simplificadas previstas na Diretiva 2014/24 para a adjudicação desse tipo de contratos. Limitar-me-ei, portanto, a acrescentar algumas considerações que poderão ser de utilidade para esse órgão jurisdicional.

82. Por um lado, decerto, o capítulo I do título III da Diretiva 2014/24 institui um regime especial de adjudicação dos contratos públicos para os serviços sociais e outros serviços específicos. Esses contratos escapam, portanto, às regras do regime padrão. Porém, o artigo 76.º, n.º 1, dessa diretiva prevê que os Estados-Membros devem instituir regras nacionais para a adjudicação dos contratos abrangidos por esse capítulo, a fim de assegurar que as autoridades adjudicantes respeitam os princípios da transparência e da igualdade de tratamento dos operadores económicos. *A priori*, trata-se, portanto, dos mesmos princípios já evocados no artigo 18.º da Diretiva 2014/24. Não posso, portanto, excluir que a aplicação do capítulo I do título III no processo principal não afete as respostas a dar às questões prejudiciais [41].

83. Por outro lado, antes de concluir que as regras do capítulo I do título III da Diretiva 2014/24 se aplicam ao contrato em causa no processo principal, importa também comparar os valores estimados dos serviços que integram esse capítulo e os dos serviços do regime padrão dessa diretiva e, em seguida, determinar, com base nesses valores, o objeto principal do contrato [42].

84. Na falta de indicações que permitam concluir que os serviços que integram o capítulo I do título III da Diretiva 2014/24 devem ser considerados o objeto principal do contrato em causa no processo principal e dado o facto de o órgão jurisdicional de reenvio não fazer nenhuma referência às disposições desse capítulo, parto do princípio de que as regras simplificadas não se aplicam no presente caso.

4. Artigo 107.º TFUE

85. A primeira questão prejudicial evoca o artigo 107.º TFUE. A Comissão sustenta que o pedido de decisão prejudicial é inadmissível na medida em que tem por objeto a interpretação dessa disposição de direito primário.

41 V. igualmente, a este respeito, n.º 70 das presentes conclusões.

42 Nos termos do artigo 3.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Diretiva 2014/24, «[n]o caso de contratos mistos relativos em parte a serviços na aceção do título III, capítulo I, e em parte a outros serviços, ou no caso de contratos mistos relativos em parte a serviços e em parte a fornecimentos, o objeto principal é determinado em função do valor estimado mais elevado dos respetivos serviços ou fornecimentos».

86. Compartilho da opinião da Comissão. Com efeito, o pedido de decisão prejudicial não identifica com clareza a medida que, no âmbito do procedimento em causa no processo principal, corresponderia a um auxílio de Estado. O órgão jurisdicional de reenvio também não esclarece as razões pelas quais a interpretação dessa disposição é necessária à resolução do litígio aí pendente.

87. É verdade que o pedido de decisão prejudicial pode ser entendido no sentido de o órgão jurisdicional de reenvio pedir ao Tribunal de Justiça que interprete não uma das disposições de direito primário, mas as diretivas 2014/23 e 2014/24 à luz dessa disposição («à luz do artigo 107.º TFUE»). Porém, essa leitura do pedido de decisão prejudicial não altera o facto de, de qualquer modo, não ser necessário responder às questões prejudiciais quando estas têm por objeto o artigo 107.º TFUE.

88. Nestas condições, a exceção de inadmissibilidade suscitada pelo CNS também deve ser considerada na medida em que diz respeito à primeira questão prejudicial e ao artigo 107.º TFUE bem como, pelas razões aduzidas nos n.os 71 a 79 das presentes conclusões, ao artigo 12.º da Diretiva 2014/24.

C. Quanto ao mérito

89. Para além das disposições de direito da União cuja pertinência para efeitos do presente processo foi excluída, a primeira questão prejudicial faz referência ao artigo 30.º da Diretiva 2014/23 e ao artigo 18.º da Diretiva 2014/24. Para poder identificar todas as disposições pertinentes dessas diretivas, importa previamente contextualizar as exigências relativas à participação pública e privada constantes dos documentos do concurso.

1. As exigências relativas à participação pública e privada no contexto das Diretivas 2014/23 e 2014/24

90. No artigo 56.º da Diretiva 2014/24, o legislador da União distingue expressamente dois tipos de critérios, ou seja, os critérios de seleção qualitativa, que no essencial incluem os fundamentos de exclusão e os critérios de seleção destinados a verificar a capacidade dos operadores económicos para executar o contrato adjudicado (artigos 57.º e 58.º dessa diretiva), e os critérios de adjudicação do contrato, que se referem aos próprios concursos. Os artigos 38.º e 41.º da Diretiva 2014/23, referentes, respetivamente, aos critérios de seleção e de avaliação qualitativa dos candidatos e aos critérios de adjudicação, procedem a uma distinção análoga.

91. A este propósito, cabe observar que o pedido de decisão prejudicial não expõe com clareza a lógica subjacente às exigências relativas à participação pública e privada constantes dos documentos do concurso. Na medida em que essas exigências consubstanciam uma *lex specialis* relativamente às definidas no Decreto Legislativo n.º 175[43], essa lógica pode, no entanto, ser apreendida a partir dos esclarecimentos relativos a esse decreto legislativo. Os documentos do concurso parecem matizar as percentagens e o seu caráter (exigências definidas com precisão, em substituição dos limites máximo e mínimo), sem todavia afetar substancialmente os seus objetivos.

[43] V. n.º 28 das presentes conclusões.

92. A este propósito, compreendo os esclarecimentos do órgão jurisdicional de reenvio no sentido de o facto de a participação pública na sociedade mista a constituir estar limitada a 70 % pretender garantir que a participação privada nessa sociedade é inferior a 30 %.

93. Consequentemente, por um lado, do ponto de vista geral do mercado e dos operadores económicos, um sócio privado não estava em condições de limitar excessivamente (abaixo de 30 %) o risco económico da sua participação numa sociedade de capital misto e de beneficiar indevidamente das vantagens da participação pública, ao permitir impedir outras entidades de aceder lucrativamente à mesma atividade económica no segmento de mercado em causa. Nessa perspetiva, conforme o órgão jurisdicional de reenvio refere, esse limite destina-se a prevenir a evasão ao princípio da livre concorrência.

94. Por outro lado, do ponto de vista do objeto do processo de concurso e da autoridade adjudicante, esse limite garante que o sócio privado é um parceiro operacional, cuja contribuição para a execução das tarefas atribuídas à entidade de capital misto a constituir consiste numa contribuição em capital e nas competências necessárias para executar essas tarefas, assumindo a integralidade do risco operacional para efeitos da sua execução.

95. Devo observar que o aspeto relativo à contribuição efetiva do sócio privado parece ser da maior importância para efeitos do processo principal e das exigências da participação pública e privada constantes dos documentos do concurso. Dado o caráter necessariamente individualizado das condições e dos critérios da capacidade económica e financeira e/ou das capacidades técnicas e profissionais [44] e em linha com o Acórdão Acoset [45], esta observação constitui um indício de que as exigências da participação pública e privada constantes dos documentos do concurso constituem os critérios de seleção qualitativa.

96. Além disso, resulta do pedido de decisão prejudicial que, devido ao método de cálculo que tem em conta a participação indireta da autoridade adjudicante no capital social desse sócio, os proponentes foram excluídos do procedimento lançado após o concurso por não respeitarem essas exigências. A este propósito, é jurisprudência constante que os critérios de seleção qualitativa permitem à autoridade adjudicante admitir apenas a apresentação de propostas de operadores económicos cujas capacidades deixem antever que estarão em condições de executar o objeto do concurso [46].

[44] O artigo 38.º, n.º 1, segundo período, da Diretiva 2014/23 enuncia que «[a]s condições de participação devem ser proporcionadas e estar relacionadas com a necessidade de assegurar a capacidade do concessionário para executar a concessão, tendo em conta o objeto da concessão e o objetivo de assegurar uma genuína concorrência». Nessa ordem de ideias, o artigo 58.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24 enuncia, designadamente, que as autoridades adjudicantes limitam as condições de participação «às que são adequadas para assegurar que um candidato ou proponente disponha da capacidade legal e financeira e das habilitações técnicas e profissionais necessárias para cumprir o contrato a adjudicar. Todos os requisitos devem estar ligados e ser proporcionais ao objeto do contrato».

[45] V. n.º 59 do Acórdão Acoset: «[…] a seleção do sócio privado no respeito das exigências recordadas nos n.ºs 46 a 49 do presente acórdão e a escolha dos critérios de seleção do sócio privado permitem remediar essa situação, desde que aos candidatos se exija que demonstrem, além da sua capacidade para se tornarem acionistas, sobretudo, a sua capacidade técnica para fornecerem o serviço e as vantagens económicas e outras decorrentes das suas propostas». O Tribunal de Justiça sublinhou nesse acórdão a importância dos critérios de seleção qualitativa relativos à capacidade para prestar um serviço ou exercer uma concessão, [v., neste sentido, Brown, A., «Selection of the Private Participant in a Public-Private Partnership which is Entrusted with a Public Services Concession: Acoset (Case C-196/08)», *Public Procurement Law Review*, vol. 2, 2010, p. 4], sem no entanto ignorar os critérios de seleção qualitativa relativos à capacidade de se tornar sócio privado da sociedade mista a constituir.

[46] V., neste sentido, Acórdão de 8 de julho de 2021, Sanresa (C-295/20, EU:C:2021:556, n.º 62).

97. Assim, as exigências no que respeita à participação pública e privada, como as em causa no processo principal, não parecem dizer respeito às propostas (critérios de adjudicação do contrato) [47]. Em contrapartida, parecem constituir os critérios de seleção qualitativa por meio dos quais uma autoridade adjudicante procura assegurar-se de que um sócio privado dispõe da capacidade económica e financeira e/ou das capacidades técnicas e profissionais que lhe permitem manter a repartição entre o capital público e o capital privado da sociedade de capital misto, fixada pela autoridade adjudicante, pela sua participação no capital dessa sociedade e pela assunção integral do risco operacional pela execução do serviço pela referida sociedade [48]. As exigências relativas à participação pública e privada constantes dos documentos do concurso, como as em causa no processo principal, constituem, portanto, critérios e condições na aceção do artigo 38.º, n.º 1, da Diretiva 2014/23 ou, eventualmente, na aceção do artigo 58.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24.

2. Reformulação das questões prejudiciais

98. Tendo em atenção as precisões fornecidas, relativas ao objeto das questões [49], ao regime aplicável no processo principal [50] e à qualificação das exigências da participação pública e privada aplicáveis neste processo [51], proponho a reformulação das questões prejudiciais, especificando as disposições do direito da União cuja interpretação é necessária para responder utilmente ao órgão jurisdicional de reenvio.

99. Mais precisamente, proponho que se considere que, com as suas questões, que proponho analisar conjuntamente, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se o artigo 30.º e o artigo 38.º, n.º 1, da Diretiva 2014/23 ou, eventualmente, o artigo 18.º e o artigo 58.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24 devem ser interpretados no sentido de que se opõem a que, para determinar a percentagem da participação de um sócio privado proponente numa sociedade mista público-privada a constituir, se tenha em conta a participação indireta da autoridade adjudicante no capital social desse sócio privado proponente, de modo que este seja excluído do concurso quando a tomada em consideração dessa participação indireta tenha como consequência que não seja respeitada a percentagem de participação privada que, segundo os documentos do concurso, a autoridade entidade adjudicante procura.

3. Apreciação

100. As exigências relativas à participação pública e privada constantes dos documentos do concurso, uma vez que correspondem a condições e critérios da capacidade económica e financeira e/ou das capacidades técnicas e profissionais, devem estar relacionadas e ser proporcionadas ao objeto do processo de concurso [52]. De acordo com o disposto no artigo 30.º da

47 Conforme observado na doutrina, no contexto de uma PPPI, apesar das dificuldades, importa distinguir os critérios de seleção qualitativa dos critérios de adjudicação do contrato. V. Andrecka, M., e Kania, M., «Choosing the Private Partner for a Public Private Partnership: A European Union Law Perspective on Polish Practice», *Polish Review of International and European Law*, vol. 2, n.º 1, 2013, p. 148.

48 Por esta razão, sou de parecer que a qualificação acolhida pelo Tribunal de Justiça no Acórdão de 19 de maio de 2009, Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, n.os 21 e 23) no que respeita a uma regulamentação nacional destinada a impedir eventuais colusões entre os participantes num mesmo concurso para adjudicação de um contrato público e a proteger a igualdade de tratamento entre os candidatos e a transparência do processo não pode ser acolhida relativamente às exigências respeitantes à participação público e privada em causa no presente processo e, de resto, definidas nos documentos do concurso.

49 V. n.os 35 e 36 das presentes conclusões.

50 V. n.º 70 das presentes conclusões.

51 V. n.º 97 das presentes conclusões.

52 V. nota 44.

Diretiva 2014/23 e no artigo 18.º da Diretiva 2014/24, a autoridade adjudicante deve aplicar essas exigências no respeito dos princípios da igualdade e da não discriminação entre proponentes, bem como dos da transparência e da proporcionalidade.

101. Em primeiro lugar, há que verificar a existência de uma relação entre essas exigências e o objeto do concurso.

102. Na lógica das exigências constantes dos documentos do concurso (participação fixada em 51 % para a cidade de Roma e em 49 % para o sócio privado), um proponente que possa ser selecionado tem de ser um terceiro por referência à autoridade adjudicante. Com efeito, uma participação maior da autoridade adjudicante na sociedade de capital misto, através do controlo desse proponente (também resultante da participação indireta), afetava a repartição entre o capital público e o capital privado dessa sociedade, definido pela autoridade adjudicante. Além disso, essa situação poderia restringir o papel do parceiro privado e, consequentemente, o envolvimento efetivo da capacidade económica e financeira e/ou das capacidades técnicas e profissionais do proponente abaixo do limite de 49 % fixado pela autoridade adjudicante. Estas exigências estão, portanto, relacionadas com o objeto do concurso.

103. Para além disso, na medida em que, regra geral, o direito da União não se opõe à utilização de um procedimento único no contexto de uma PPPI [53], a interpretação da exigência relativa à existência de uma relação entre os critérios de seleção qualitativa e o objeto do concurso a que se deve atender não pode obstar à utilização dessa forma de cooperação pelas autoridades adjudicantes (incluindo a definição da repartição entre o capital público e o capital privado da sociedade de capital misto pela autoridade adjudicante). Com efeito, o recurso às PPPI resulta da liberdade que os Estados-Membros têm quanto à escolha do modo de prestação de serviços com que as autoridades adjudicantes satisfarão as suas próprias necessidades [54].

104. Em segundo lugar, no que respeita à proporcionalidade das exigências da participação pública e privada, recordo que, pelo menos à luz da minha leitura do pedido de decisão prejudicial, essas exigências não excluem sistematicamente a participação de proponentes cujo capital seja de origem pública [55]. Em contrapartida, tendo em atenção a formulação inicial da primeira questão prejudicial, essas exigências parecem referir-se a qualquer forma de participação indireta da autoridade adjudicante no capital social do sócio privado.

105. Dito isto, a participação indireta de uma autoridade adjudicante no capital de um sócio privado pode assumir diversas formas. Além disso, o modo como afeta o funcionamento desse sócio privado depende da estrutura organizacional deste. Por conseguinte, não existem certezas quanto ao facto de qualquer participação indireta no capital do sócio privado limitar o envolvimento efetivo da capacidade económica e financeira e/ou das capacidades técnicas e profissionais do proponente abaixo do limite de 49 %, definido pela autoridade adjudicante.

106. Por conseguinte, a tomada em consideração de qualquer participação indireta da autoridade adjudicante no capital social do sócio privado não respeita o princípio da proporcionalidade dado que se ignora o facto de essa participação indireta não limitar necessariamente o envolvimento efetivo da capacidade económica e financeira e/ou das capacidades técnicas e profissionais desse

[53] V. Acórdão Acoset (n.º 63).

[54] V., igualmente, considerando 5 da Diretiva 2014/24, que enuncia que «nada na presente diretiva obriga os Estados-Membros a confiar a terceiros, mediante contrato, ou a externalizar a prestação de serviços que pretendam eles próprios prestar ou organizar por meios diferentes dos contratos públicos na aceção da presente diretiva».

[55] V. n.º 38 das presentes conclusões.

sócio privado abaixo do limite de 49 %, fixado pela autoridade adjudicante. Na falta de verificações que permitam concluir ser esse o caso, esse sócio privado proponente não pode ser automaticamente excluído do concurso devido a essa participação indireta.

107. Não é evidente provar que, no presente processo, a autoridade adjudicante efetuou efetivamente essas verificações. Porém, antes de mais, a análise da estrutura do capital das entidades em causa constante da decisão de exclusão pode levar a pensar ser esse o caso. Em seguida, parece que o reenvio prejudicial faz eco dessa decisão na medida em que o órgão jurisdicional de reenvio sublinha que se «se tiver em consideração o aspeto substancial, ou seja, a composição social da [Roma Multiservizi] e, em especial, o facto de ser detida em 51 % pela [AMA], cujo capital é totalmente detido pela própria cidade de Roma, […] a participação [pública e privada] na sociedade mista [a constituir] seria *na verdade* de 73,5 %, e [de 26,5 %]». Por último, nada indicia que a repartição dos poderes decisórios e dos riscos de exploração não tenha sido efetuada proporcionalmente ao capital detido. Parece, portanto, que a detenção da maioria do capital de um sócio privado proponente pela autoridade adjudicante pode limitar o envolvimento efetivo da capacidade económica e financeira e/ou das capacidades técnicas e profissionais deste abaixo do limite de 49 %, fixado pela autoridade adjudicante.

108. Por conseguinte, sou de opinião que o artigo 30.º e o artigo 38.º, n.º 1, da Diretiva 2014/23 ou, eventualmente, o artigo 18.º e o artigo 58.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24 devem ser interpretados no sentido de que essas disposições obstam a que, para se determinar a percentagem da participação de um sócio privado proponente na sociedade mista público-privada a constituir, se tome em consideração qualquer participação indireta da autoridade adjudicante no capital social desse sócio privado proponente, de modo a este ser automaticamente excluído do concurso, quando a tomada em consideração dessa participação indireta leve a que, segundo os documentos do concurso, não seja respeitada a percentagem de participação privada pretendida pela autoridade adjudicante.

109. Em contrapartida, o artigo 30.º e o artigo 38.º, n.º 1, da Diretiva 2014/23 ou, eventualmente, o artigo 18.º e o artigo 58.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24 não se opõem a essa tomada em consideração quando esta não é automática. Em especial, essas disposições não obstam a que se tome em consideração uma participação indireta quando das verificações efetuadas pela autoridade adjudicante resultar que essa participação consiste na detenção da maioria do capital de um sócio privado proponente por outra entidade que, por sua vez, é inteiramente detida pela autoridade adjudicante, desde que a repartição dos poderes decisórios e dos riscos seja efetuada de maneira proporcional ao capital detido nesse sócio privado proponente e nessa entidade.

110. No que respeita à observância da proporcionalidade, noto, para ser exaustivo, que a Comissão parece duvidar que a exclusão da proposta apresentada pela Rekeep e pela Roma Multiservizi respeita o princípio da proporcionalidade, pois a cidade de Roma devia ter-lhes permitido demonstrar, eventualmente, que a sua participação indireta no capital da Roma Multiservizi não implicava riscos de conflito de interesses. Todavia, as exigências relativas à participação pública e privada constantes dos documentos do concurso não têm por objeto eliminar esses riscos. Além disto, um conflito de interesses constitui um fundamento de exclusão previsto nas Diretivas 2014/23 e 2014/24 e o pedido de decisão prejudicial não lhe faz nenhuma referência. A isto acresce que não invoca nem o artigo 35.º da Diretiva 2014/23, nem o artigo 24.º da Diretiva 2014/24.

111. No que respeita, em terceiro lugar, aos princípios da transparência e da igualdade de tratamento, devo observar que, nas respetivas observações escritas, a Roma Multiservizi e a Rekeep alegam que a tomada em consideração da participação indireta da autoridade adjudicante no capital de um proponente não foi mencionada nos documentos do concurso.

112. O pedido de decisão prejudicial não refere a inexistência dessa indicação nos documentos do concurso. Neste contexto, cabe-me observar que, nas suas respostas às questões que o Tribunal de Justiça colocou por escrito, a cidade de Roma indica que, segundo o Decreto Legislativo n.º 175, que parece definir modalidades de aplicação das diretivas 2014/23 e 2014/24, uma empresa pública define-se como uma empresa em que as autoridades adjudicantes podem exercer, direta ou indiretamente, uma influência dominante. Segundo as observações da Rekeep, esse decreto também prevê que, «quando as disposições em vigor permitem a constituição de sociedades mistas para a realização e gestão de um empreendimento público ou para a organização e gestão de um serviço de interesse geral, o sócio privado deve ser selecionado por concurso público». Numa interpretação *a contrario*, pode-se portanto concluir que, no contexto de uma sociedade de capital misto, um sócio privado não pode ficar numa situação de influência dominante, direta ou indireta, face à autoridade adjudicante. Todavia, uma participação indireta no capital de um sócio privado conducente ao exercício de uma influência dominante não pode ser equiparada a uma qualquer participação indireta no capital desse sócio privado.

113. De todo o modo, os órgãos jurisdicionais nacionais têm competência exclusiva para eventualmente verificar a veracidade dessas alegações e a sua pertinência na fase atual do processo principal.

114. Dito isto, como o órgão jurisdicional de reenvio evoca o artigo 30.º da Diretiva 2014/23 e o artigo 18.º da Diretiva 2014/24, importa fornecer a esse órgão jurisdicional esclarecimentos úteis relativamente a uma verificação efetuada à luz dos princípios enunciados nessas disposições.

115. Segundo jurisprudência constante, os princípios da transparência e da igualdade de tratamento que regem todos os processos de adjudicação de contratos públicos exigem que as condições de fundo e de processo respeitantes à participação num concurso sejam claramente definidas previamente e tornadas públicas, em especial as obrigações dos proponentes, a fim de que estes possam conhecer exatamente as restrições do processo e certificar-se de que as mesmas exigências se aplicam a todos os concorrentes [56].

116. A título exemplificativo e no que respeita ao regime da Diretiva 2014/24, em regra, os avisos de concurso devem incluir a lista e uma breve descrição dos critérios de seleção e dos critérios relativos à situação pessoal dos operadores económicos que possam levar à sua exclusão [57].

117. Na continuidade dessa lógica, o princípio da igualdade de tratamento e a obrigação de transparência devem ser interpretados no sentido de que se opõem à exclusão de um operador económico do processo de adjudicação de um concurso público na sequência do incumprimento, por esse operador, de uma obrigação que não resulta expressamente dos documentos referentes a esse processo ou da lei nacional em vigor, mas da interpretação dessa lei e desses documentos e da colmatação das lacunas existentes nos referidos documentos, pelas autoridades ou pelos órgãos jurisdicionais administrativos nacionais [58].

[56] V. Acórdão de 17 de maio de 2018, Specializuotas transportas (C-531/16, EU:C:2018:324, n.º 23 e jurisprudência referida).

[57] V. artigo 49.º e anexo V, parte C, ponto 11, alínea c), da Diretiva 2014/24.

[58] V. Acórdão de 2 de junho de 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, n.º 51).

118. Como a participação indireta de uma autoridade adjudicante no capital de um sócio privado pode assumir diferentes formas e a sua incidência no funcionamento desse sócio privado depende da sua estrutura organizacional, não me parece ser evidente que qualquer forma de participação indireta da autoridade adjudicante conduz automaticamente à exclusão de um candidato do concurso devido à inobservância das exigências da participação pública e privada. Esta interpretação da legislação nacional ou dos documentos do concurso não me parece impor-se com segurança bastante.

119. Sem prejuízo das observações adicionais que precedem, relativas ao respeito dos princípios da transparência e da igualdade de tratamento, mantenho a posição que apresentei, no n.º 108 das presentes conclusões, relativa ao respeito do princípio da proporcionalidade.

VI. Conclusão

120. Por força das considerações que precedem, proponho ao Tribunal que responda ao Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália) nos seguintes termos:

O artigo 30.º e o artigo 38.º, n.º 1, da Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão, ou, eventualmente, o artigo 18.º e o artigo 58.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE, devem ser interpretados no sentido de que essas disposições obstam a que, para se determinar a percentagem da participação de um sócio privado proponente na sociedade mista público-privada a constituir, se tome em consideração qualquer participação indireta da autoridade adjudicante no capital social desse sócio privado proponente, de modo que este seja automaticamente excluído do concurso quando a tomada em consideração dessa participação indireta leve a que, segundo os documentos do concurso, não seja respeitada a percentagem de participação privada pretendida pela autoridade adjudicante.

Em contrapartida, o artigo 30.º e o artigo 38.º, n.º 1, da Diretiva 2014/23 ou, eventualmente, o artigo 18.º e o artigo 58.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24 não se opõem a essa tomada em consideração quando não seja automática. Em especial, essas disposições não obstam a que se tome em consideração uma participação indireta quando das verificações efetuadas pela autoridade adjudicante resultar que essa participação consiste na detenção da maioria do capital de um sócio privado proponente por outra entidade que, por sua vez, é inteiramente detida pela autoridade adjudicante, desde que a repartição dos poderes decisórios e dos riscos seja efetuada de maneira proporcional ao capital detido nesse sócio privado proponente e nessa entidade.