# ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção)

11 de Maio de 2006 *

No processo C-340/04,

que tem por objecto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 234.º CE, apresentado pelo Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Itália), por decisão de 27 de Maio de 2004, entrado no Tribunal de Justiça em 9 de Agosto de 2004, no processo

**Carbotermo SpA,**

**Consorzio Alisei**

contra

**Comune di Busto Arsizio,**

**AGESP SpA,**

sendo interveniente:

**Associazione Nazionale Imprese Gestione servizi tecnici integrati (AGESI),**

* Língua do processo: italiano.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção),

composto por: P. Jann, presidente de secção, K. Schiemann, N. Colneric, J. N. Cunha Rodrigues (relator) e E. Levits, juízes,

advogada-geral: C. Stix-Hackl,

secretário: C. Strömholm, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 10 de Novembro de 2005,

vistas as observações apresentadas:

— em representação da Carbotermo SpA, por A. Sansone e P. Sansone, avvocati,

— em representação da Consorzio Alisei, bem como da AGESI, por B. Becchi e L. Grillo, avvocati,

— em representação da Comune di Busto Arsizio, por C. Caputo, avvocatessa,

— em representação da AGESP SpA, por A. Sciumè e D. Tassan Mazzocco, avvocati,

— em representação do Governo italiano, por I. M. Braguglia, na qualidade de agente, assistido por G. Fiengo, avvocato dello Stato,

— em representação do Governo alemão, por W.-D. Plessing, na qualidade de agente,

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

— em representação do Governo polaco, por T. Nowakowski, na qualidade de agente,

— em representação do Governo do Reino Unido, por M. Hoskins, na qualidade de agente,

— em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por X. Lewis e D. Recchia, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões da advogada-geral na audiência de 12 de Janeiro de 2006,

profere o presente

## Acórdão

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objecto a interpretação da Directiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento (JO L 199, p. 1).

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe as empresas Carbotermo SpA (a seguir «Carbotermo») e Consorzio Alisei à Comune di Busto Arsizio (a seguir «município de Busto Arsizio») e à empresa AGESP SpA (a seguir «AGESP») a propósito da adjudicação a esta última de um concurso para o fornecimento de combustíveis e para a manutenção, requalificação técnica e adequação às normas das instalações térmicas dos edifícios do referido município.

## O quadro jurídico

### *A regulamentação comunitária*

3 O artigo 1.º, alíneas a) e b), da Directiva 93/36 dispõe:

«Para efeitos da presente directiva:

a) Contratos públicos de fornecimento são contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um fornecedor (pessoa singular ou colectiva), por um lado, e uma das entidades adjudicantes definidas na alínea b), por outro, que tenham por objecto a compra, a locação financeira, a locação ou a locação-venda, com ou sem opção de compra, de produtos. A entrega dos referidos produtos pode incluir, acessoriamente, operações de colocação e instalação;

b) São consideradas entidades adjudicantes o Estado, as autarquias locais e regionais, os organismos de direito público e as associações formadas por uma ou mais autarquias locais ou regionais ou um ou mais desses organismos de direito público.

Entende-se por organismo de direito público qualquer organismo:

— criado para satisfazer de um modo específico necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial,

e

— dotado de personalidade jurídica

e

— cuja actividade seja financiada maioritariamente pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público, cuja gestão esteja sujeita a um controlo por parte destes últimos ou cujos órgãos de administração, de direcção ou de fiscalização sejam compostos, em mais de metade, por membros designados pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público.

[...]»

4 O artigo 6.º da mesma directiva prevê:

«1. Para celebração dos respectivos contratos públicos de fornecimento, as entidades adjudicantes aplicarão os processos de [concurso público, concurso limitado e por negociação] nos casos adiante enumerados.

2. As entidades adjudicantes podem adjudicar os respectivos contratos de fornecimento por meio do processo por negociação em caso de [...]

3. As entidades adjudicantes podem igualmente adjudicar contratos de fornecimento por meio do processo por negociação, sem publicação prévia de anúncio, nos seguintes casos:

[...]

4. Em todos os outros casos, as entidades adjudicantes celebrarão os respectivos contratos de fornecimento recorrendo a concurso público ou a concurso limitado.»

5 O artigo 1.º, n.º 3, da Directiva 93/38/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (JO L 199, p. 84), prevê:

«Para efeitos da presente directiva, entende-se por:

[...]

3) Empresa associada: qualquer empresa cujas contas anuais sejam consolidadas com as da entidade adjudicante nos termos da Sétima Directiva 83/349/CEE do Conselho, de 13 de Junho de 1983, baseada no n.º 3, alínea g), do artigo 54.º do Tratado e relativa às contas consolidadas [...] [JO L 193, p. 1], ou, no caso de entidades não sujeitas a esta directiva, qualquer empresa sobre a qual a entidade adjudicante possa exercer, directa ou indirectamente, uma influência dominante nos termos do n.º 2 do presente artigo ou que possa exercer uma influência dominante sobre a entidade adjudicante ou que, como a entidade adjudicante, esteja sujeita à influência dominante de uma outra empresa, em virtude da propriedade, da participação financeira ou das normas que lhe são aplicáveis.»

6 O artigo 13.º da mesma directiva prevê:

«1. A presente directiva não é aplicável aos contratos de prestação de serviços:

a) Celebrados entre uma entidade adjudicante e uma empresa associada;

b) Celebrados por uma empresa conjunta, constituída por diversas entidades adjudicantes, para efeitos da prossecução de actividades na acepção do n.º 2 do artigo 2.º, com uma dessas entidades adjudicantes ou uma empresa associada a uma dessas entidades adjudicantes,

desde que, pelo menos, 80% do volume médio de negócios realizado por essa empresa na Comunidade em matéria de serviços, nos últimos três anos, resulte da prestação desses serviços às empresas às quais se encontra associada.

Sempre que o mesmo serviço ou serviços similares sejam prestados por mais de uma empresa associada à entidade adjudicante, deve ser tido em conta o volume total de negócios na Comunidade resultante para essas empresas da prestação de serviços.

2. As entidades adjudicantes notificarão à Comissão, a pedido desta, as seguintes informações relativas à aplicação do n.º 1:

— nomes das empresas em causa,

— natureza e valor dos contratos de prestação de serviços em questão,

— elementos que a Comissão considera necessários para provar que as relações entre a entidade adjudicante e a empresa à qual foram adjudicados os contratos satisfazem os requisitos do presente artigo.»

*O direito italiano*

7 Através do seu acórdão n.º 5316 de 18 de Setembro de 2003, o Consiglio di Stato decidiu que uma autarquia local tinha o direito de adjudicar um contrato de fornecimento sem a organização de um concurso, num caso em que aquela exercia sobre o fornecedor um controlo análogo ao que exercia sobre os seus próprios serviços e este fornecedor realizava o essencial da sua actividade com a autarquia que o controlava.

## O litígio no processo principal e as questões prejudiciais

8 A Carbotermo é uma empresa especializada no mercado do fornecimento de energia e da gestão do aquecimento a clientes tanto públicos como privados.

9 A Consorzio Alisei é uma empresa que fornece produtos energéticos e serviços relacionados com a climatização e o aquecimento dos edifícios.

10 A AGESP Holding SpA (a seguir «AGESP Holding») é uma sociedade anónima que nasceu da transformação, decidida em 24 de Setembro de 1997, da Azienda per la Gestione dei Servizi Pubblici, empresa especial do município de Busto Arsizio. O capital social da AGESP Holding é actualmente detido em 99,98% pelo município de Busto Arsizio. Os outros accionistas são os municípios de Castellanza, de Dairago, de Fagnano Olona, de Gorla Minore, de Marnate e de Olgiate Olona, cada um dos quais detém uma acção.

11 Nos termos do artigo 2.º dos seus estatutos, o objecto social da AGESP Holding compreende a gestão de serviços de utilidade pública nos sectores do gás, da água, da higiene do ambiente, dos transportes, dos parques de estacionamento, dos banhos públicos, das farmácias, da energia eléctrica e do aquecimento, dos serviços funerários e da sinalização rodoviária.

12 O artigo 6.º dos seus estatutos prevê que:

«[...] A maioria das acções é obrigatoriamente detida [pelo município de Busto Arsizio].

[...]

Para além [do município de Busto Arsizio], podem entrar para a sociedade outras autarquias locais (províncias, municípios e respectivas associações), estabelecimentos económicos e financeiros, associações territoriais e sectoriais, bem como cidadãos privados que adiram aos objectivos estatutários [...]»

13 O artigo 7.º dos mesmos estatutos precisa:

«Nenhum sócio privado pode deter uma participação superior a 10% do total do capital da sociedade [...]»

14 Nos termos do artigo 18.º dos estatutos da AGESP Holding, esta é administrada por um conselho de administração.

15 Segundo o artigo 26.º dos referidos estatutos:

«O conselho de administração é investido dos mais amplos poderes para a gestão ordinária e extraordinária da sociedade, com a faculdade de realizar todos os actos que entenda necessários para pôr em prática e realizar o objecto da sociedade, unicamente com excepção dos actos que a lei ou os estatutos reservam formalmente à assembleia [...]»

16 A AGESP é uma sociedade anónima constituída em 12 de Julho de 2000 pela AGESP Holding e cujo capital social é actualmente detido em 100% pela AGESP Holding.

17 Nos termos do artigo 3.º dos seus estatutos, na versão alterada que amplia o objecto da sociedade que foi apresentada ao órgão jurisdicional de reenvio, a AGESP tem por objecto o exercício de actividades relativas aos serviços de utilidade pública nos sectores do gás, da água, da higiene do ambiente, dos transportes, dos parques de estacionamento, da energia eléctrica, do aquecimento, da climatização, da informática, das telecomunicações, da gestão do subsolo, da iluminação, bem como de prestações de diversos serviços às sociedades associadas.

18 O artigo 7.º dos estatutos da AGESP prevê:

«Nenhum accionista, com a excepção da sociedade accionista maioritária AGESP Holding SpA [...], pode deter mais de um décimo da totalidade do capital da sociedade [...]»

19 Nos termos do artigo 17.º dos referidos estatutos, a AGESP é administrada por um conselho.

20 A este respeito, o artigo 19.º dos mesmos estatutos precisa:

«O conselho goza dos mais amplos poderes, sem limitação, para assegurar a gestão ordinária e extraordinária da sociedade.»

21 Em 22 de Setembro de 2003, o município de Busto Arsizio publicou o anúncio de um concurso para o fornecimento de combustíveis e para a manutenção, requalificação técnica e adequação às normas das instalações térmicas dos edifícios do município. O contrato, de um montante estimado em 8 450 000 euros acrescido do imposto sobre o valor acrescentado (IVA), compreendia o fornecimento de combustíveis (4/5 de gasóleo e 1/5 de metano) por um montante de 5 700 000 euros, a manutenção das instalações térmicas por um montante de 1 000 000 euros e a requalificação técnica e a adequação às normas das referidas instalações por um montante de 1 750 000 euros.

22 A Carbotermo apresentou uma proposta em 22 de Novembro de 2003. A Consorzio Alisei preparou uma proposta, sem a apresentar dentro do prazo fixado.

23 Em 21 de Novembro de 2003, o município de Busto Arsizio decidiu, à luz do acórdão do Consiglio di Stato n.º 5316 mencionado no n.º 7 do presente acórdão, suspender o processo do concurso até 10 de Dezembro de 2003.

24 Por decisão de 10 de Dezembro de 2003, o município de Busto Arsizio anulou o concurso e reservou-se a possibilidade de adjudicar em seguida o contrato directamente à AGESP.

25 Por decisão de 18 de Dezembro de 2003, o município de Busto Arsizio adjudicou directamente o contrato em questão à AGESP. Esta decisão foi fundamentada com a consideração de que a AGESP preenchia as duas condições impostas pelas jurisprudências comunitária e nacional para a celebração de contratos públicos sem a organização de um concurso, a saber, que a autarquia local exerça sobre a entidade adjudicatária um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e que esta entidade realize o essencial da sua actividade com a autarquia que a controla. O preâmbulo desta decisão afirma, por um lado, que há uma relação de dependência entre a AGESP e o município de Busto Arsizio resultante da circunstância de este deter 99,98% do capital da AGESP Holding, a qual detém 100% do capital da AGESP. Por outro lado, este preâmbulo enuncia que a maior parte do volume de negócios da AGESP decorre do exercício das actividades que lhe foram confiadas em virtude de adjudicações directas do município de Busto Arsizio.

26 Através de um anúncio de 23 de Janeiro de 2004, a AGESP lançou um concurso no quadro de um procedimento acelerado para o fornecimento do gasóleo em questão e adjudicou este contrato à empresa Pezzoli Petroli Srl em 27 de Fevereiro de 2004. Nos dias 28 de Abril, 18 de Maio, 30 de Junho e 2 de Setembro de 2004, a AGESP adjudicou a outras empresas os contratos referentes à transformação do metano, à requalificação técnica, à adequação às normas e à instalação de um sistema de controlo e de gestão à distância das instalações térmicas dos vários edifícios municipais. Nem a Carbotermo nem a Consorzio Alisei figuram entre as empresas adjudicatárias destes contratos.

27 A Carbotermo e a Consorzio Alisei impugnaram as decisões de suspensão do concurso e de adjudicação do contrato em causa à AGESP no Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia.

28 Perante este órgão jurisdicional, estas duas empresas invocaram que as condições que permitem considerar inaplicável a Directiva 93/36 não estavam satisfeitas no caso em apreço. Por um lado, a AGESP não era controlada pelo município de Busto Arsizio, pois que este detinha a sua participação na AGESP unicamente através de uma sociedade holding de que era accionista em 99,98% e que a AGESP mantinha integralmente a sua autonomia como sociedade anónima de direito privado. Por

outro lado, a AGESP não realizava o essencial da sua actividade para o município de Busto Arsizio, pois que realizava com este município bastante menos do que 80% do seu volume de negócios, critério que haveria que aplicar por analogia com o disposto no artigo 13.º da Directiva 93/38.

29 O município de Busto Arsizio e a AGESP responderam que a adjudicação directa era permitida no caso em apreço, pois que a AGESP era controlada pelo município de Busto Arsizio em razão da participação deste último no seu capital e que AGESP realizava o essencial da sua actividade com este município. A este respeito, a AGESP esclareceu que mais de 28% do volume de negócios que realizava no território do município de Busto Arsizio se referia a prestações fornecidas directamente ao município e que o volume de negócios que realizava no território do referido município representava 65,59% da totalidade do seu volume de negócios.

30 Nestas condições, o Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) A adjudicação directa de contratos de fornecimento de combustíveis e aquecimento para instalações térmicas de edifícios propriedade da autarquia ou da sua responsabilidade, e da respectiva gestão, transporte, manutenção (em que o valor do fornecimento é preponderante), a uma sociedade anónima cujo capital é, na situação actual, inteiramente detido por outra sociedade anónima, da qual é, por seu turno, sócia maioritária (99,98%) a autarquia adjudicante, ou seja, a uma sociedade (AGESP) não directamente participada pela entidade pública, mas sim por outra sociedade (AGESP Holding) cujo capital pertence actualmente, em 99,98%, à administração pública, é compatível com a Directiva 93/36 [...]?

2) A exigência de que a empresa à qual foi directamente adjudicado o fornecimento realize o essencial da sua actividade com a entidade administrativa que a controla deve ser apreciada em aplicação do artigo 13.º da Directiva 93/38 [...]? Pode considerar-se cumprida essa exigência quando a referida empresa realiza o essencial do seu volume de negócios com a entidade pública que a controla ou, em alternativa, no território da própria entidade?»

**Quanto às questões prejudiciais**

*Quanto à primeira questão*

31 O Tribunal de Justiça já esclareceu que, se um contrato público abranger simultaneamente produtos na acepção da Directiva 93/36 e serviços na acepção da Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços (JO L 209, p. 1), integra-se no âmbito da Directiva 93/36 quando o valor dos produtos abrangidos pelo contrato é superior ao valor dos serviços (acórdão de 18 de Novembro de 1999, Teckal, C-107/98, Colect., p. I-8121, n.º 38). Um contrato como o que está em causa no processo principal, no qual o valor dos produtos é superior ao valor dos serviços por este abrangidos, integra-se, pois, no âmbito da Directiva 93/36, como, de resto, constatou o órgão jurisdicional de reenvio.

32 A existência de um contrato, na acepção do artigo 1.º, alínea a), da Directiva 93/36, pressupõe que tenha sido celebrada uma convenção entre duas pessoas distintas (acórdão Teckal, já referido, n.º49).

33 De acordo com o artigo 1.º, alínea a), da Directiva 93/36, basta, em princípio, que o contrato tenha sido celebrado entre, por um lado, uma autarquia local ou regional e,

por outro, uma pessoa dela juridicamente distinta. Só pode ser de outro modo na hipótese de, simultaneamente, a autarquia exercer sobre a pessoa em causa um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e de essa pessoa realizar o essencial da sua actividade com a ou as autarquias que a compõem (acórdão Teckal, já referido, n.º 50).

34 Resulta da decisão de reenvio e dos documentos dos autos que, na situação actual, a entidade adjudicante detém 99,98% do capital da AGESP Holding, sendo os restantes 0,02% detidos por outras autarquias locais ou regionais. Segundo os estatutos da AGESP Holding, podem participar no capital desta sociedade accionistas privados, com duas reservas: por um lado, a maioria das acções está reservada ao município de Busto Arsizio; por outro, nenhum accionista privado pode deter mais de um décimo do capital desta sociedade.

35 Por seu turno, a AGESP Holding detém, na situação actual, 100% do capital da AGESP. Segundo os estatutos desta última, o seu capital pode ser aberto a accionistas privados, com a única reserva de que nenhum accionista, com a excepção da AGESP Holding, poderá deter mais de um décimo do capital desta sociedade.

36 Para apreciar se a entidade adjudicante exerce um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços devem ter-se em conta todas as disposições legislativas e circunstâncias pertinentes. Deve resultar deste exame que a sociedade adjudicatária está sujeita a um controlo que permite à entidade adjudicante influenciar as decisões da referida sociedade. Deve tratar-se de uma possibilidade de influência determinante quer sobre os objectivos estratégicos quer sobre as decisões importantes desta sociedade (v. acórdão de 13 de Outubro de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Colect., p. I-8612, n.º 65).

37 A circunstância de a entidade adjudicante deter, isoladamente ou em conjunto com outros poderes públicos, a totalidade do capital de uma sociedade adjudicatária tende a indicar, sem ser decisiva, que esta entidade adjudicante exerce sobre esta sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, na acepção do n.º 50 do acórdão Teckal, já referido.

38 Resulta dos autos que os estatutos da AGESP Holding e da AGESP atribuem ao conselho de administração de cada uma destas sociedades os mais amplos poderes para a gestão ordinária e extraordinária da sociedade. Estes estatutos não reservam ao município de Busto Arsizio qualquer poder de controlo ou direito de voto especial para restringir a liberdade de acção reconhecida a estes conselhos de administração. O controlo exercido pelo município de Busto Arsizio sobre estas duas sociedades resume-se no essencial à latitude que o direito das sociedades reconhece à maioria dos accionistas, o que limita de modo considerável o seu poder de influenciar as decisões destas sociedades.

39 A isto acresce que a influência eventual do município de Busto Arsizio sobre as decisões da AGESP é exercida por intermédio de uma sociedade holding. A intervenção deste intermediário pode, consoante as circunstâncias do caso concreto, enfraquecer o controlo eventualmente exercido pela entidade adjudicante sobre uma sociedade anónima pelo simples facto de participar no seu capital.

40 Resulta do exposto que, em semelhantes circunstâncias, sem prejuízo da respectiva verificação pelo juiz do mérito na causa principal, a entidade adjudicante não exerce sobre a sociedade adjudicatária do contrato público em causa um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços.

41 O artigo 6.º da Directiva 93/36 impõe às entidades adjudicantes que celebram um contrato público o recurso a um concurso público ou a um concurso limitado, salvo

quando o contrato se insira num dos casos excepcionais limitativamente enunciados nos n.os 2 e 3 do referido artigo. Não resulta da decisão de reenvio que o contrato em causa no processo principal se insira num destes casos.

42 Daí se conclui que a Directiva 93/36 se opõe à adjudicação directa de um contrato público em circunstâncias como as do processo principal.

43 Contra esta conclusão, o Governo italiano objecta que o facto de a AGESP estar obrigada a recorrer a um processo de concurso público para a aquisição do gasóleo em questão demonstra que o município de Busto Arsizio, a AGESP Holding e a AGESP devem ser considerados conjuntamente como um único «organismo de direito público», na acepção do artigo 1.°, alínea b), da Directiva 93/36, obrigado a celebrar os contratos públicos de fornecimento em conformidade com a legislação comunitária e nacional nesta matéria.

44 Este argumento não pode ser acolhido. Por um lado, o município de Busto Arsizio é abrangido pelo conceito de «autarquia local ou regional» e não pelo de «organismo de direito público» na acepção desta disposição. Por outro, o município de Busto Arsizio, a AGESP Holding e a AGESP revestem, cada qual por si, personalidade jurídica distinta.

45 Aliás, como o Tribunal de Justiça recordou no n.° 43 do seu acórdão Teckal, já referido, as únicas excepções permitidas à aplicação da Directiva 93/36 são as que nela estão expressas e taxativamente previstas.

46 Ora, a Directiva 93/36 não contém qualquer disposição comparável ao artigo 6.° da Directiva 92/50, que exclui do seu âmbito de aplicação os contratos públicos atribuídos, em certas condições, a entidades adjudicantes (acórdão Teckal, já referido, n.° 44).

47 Por conseguinte, há que responder à primeira questão que a Directiva 93/36 se opõe à adjudicação directa de um contrato de fornecimentos e de serviços, no qual o valor dos fornecimentos é preponderante, a uma sociedade anónima cujo conselho de administração goza de amplos poderes de gestão que pode exercer de modo autónomo e cujo capital é, na situação actual, inteiramente detido por outra sociedade anónima, da qual, por seu turno, a entidade adjudicante é accionista maioritária.

*Quanto à segunda questão*

48 A segunda questão é composta por duas partes.

49 Por um lado, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se há que aplicar o artigo 13.º da Directiva 93/38 para apreciar se está satisfeita a condição nos termos da qual a empresa à qual foi directamente adjudicado o fornecimento deve realizar o essencial da sua actividade com a autarquia que a controla. Por outro, pergunta se se pode considerar que esta condição está satisfeita quando semelhante empresa realiza o essencial do seu volume de negócios com a entidade pública que a controla ou quando realiza o essencial do seu volume de negócios no território da referida autarquia.

Primeira parte da segunda questão

50 Decorre da decisão de reenvio que o contrato em causa no processo principal está abrangido pelo disposto na Directiva 93/36.

51 Trata-se, pois, de saber se a excepção prevista no artigo 13.º da Directiva 93/38 deve ser aplicada por analogia no âmbito da aplicação da Directiva 93/36.

52 A excepção prevista no referido artigo 13.º respeita unicamente aos contratos de serviços, com exclusão dos contratos de fornecimentos.

53 O artigo 13.º da Directiva 93/38 respeita a operadores, e nomeadamente às empresas conjuntas e às empresas cujas contas anuais são consolidadas, cujos modos de funcionamento são diferentes dos das entidades adjudicantes visadas pela Directiva 93/36.

54 Além disso, o referido artigo contém um mecanismo de notificação à Comissão que não é possível transpor para o quadro da Directiva 93/36, por falta de base jurídica.

55 Devendo as excepções ser interpretadas de forma estrita, daí decorre que não há que ampliar a aplicação do artigo 13.º da Directiva 93/38 ao âmbito de aplicação da Directiva 93/36.

56 Esta conclusão está confirmada pelo facto de, quando da reforma das directivas sobre os contratos públicos em 2004, o legislador comunitário, ao passo que manteve a referida excepção no artigo 23.º da Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (JO L 134, p. 1), optou por não incluir uma excepção análoga na Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (JO L 134, p. 114), que substituiu a Directiva 93/36.

57 À luz de todas as considerações precedentes, há que responder à primeira parte da segunda questão no sentido de que, para apreciar a condição relativa à inaplicabilidade da Directiva 93/36 nos termos da qual a empresa à qual foi directamente adjudicado o fornecimento deve realizar o essencial da sua actividade com a autarquia que a controla, não há que aplicar o artigo 13.º da Directiva 93/38.

Quanto à segunda parte da segunda questão

58 Há que recordar que o objectivo principal das disposições comunitárias em matéria de contratos públicos consiste na livre circulação das mercadorias e dos serviços, bem como na abertura à concorrência não falseada em todos os Estados-Membros (v., neste sentido, acórdão de 11 de Janeiro de 2005, Stadt Halle e RPL Lochau, C-26/03, Colect., p. I-1, n.º 44).

59 As condições impostas pelo acórdão Teckal, já referido, para se poder considerar a Directiva 93/36 inaplicável aos contratos celebrados entre uma autarquia e uma pessoa jurídica desta distinta, nos termos das quais a autarquia deve simultaneamente exercer sobre a pessoa em causa um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e aquela pessoa deve realizar o essencial da sua actividade com a ou as autarquias que a controlam, têm nomeadamente por finalidade evitar que seja falseado o jogo da concorrência.

60 A exigência de que a pessoa em causa realize o essencial da sua actividade com a ou as autarquias que a controlam tem especificamente por objectivo assegurar que a Directiva 93/36 continue a ser aplicável quando esteja activa no mercado uma empresa controlada por uma ou várias autarquias e que pode, portanto, entrar em concorrência com outras empresas.

61 Com efeito, uma empresa não fica necessariamente privada da respectiva liberdade de acção pelo simples facto de as decisões que lhe dizem respeito serem controladas pela autarquia que a detém, se, apesar disso, puder exercer uma parte importante da sua actividade económica com outros operadores.

62 É ainda necessário que as prestações desta empresa sejam substancialmente destinadas a esta única autarquia. Nestes limites, justifica-se que esta empresa escape às imposições da Directiva 93/36, já que estas são ditadas pela preocupação de preservar uma concorrência que, nesse caso, já não tem razão de ser.

63 Aplicando estes princípios, pode-se considerar que a empresa em causa realiza o essencial da sua actividade com a autarquia que a controla, na acepção do acórdão Teckal, já referido, quando a actividade desta empresa é consagrada principalmente a esta autarquia, revestindo qualquer outra actividade apenas carácter marginal.

64 Para apreciar se é este o caso, o juiz competente deve tomar em consideração todas as circunstâncias do caso em apreço, tanto qualitativas como quantitativas.

65 Quanto à questão de saber se neste contexto há que tomar em conta unicamente o volume de negócios realizado com a autarquia de tutela ou o realizado no território desta última, há que considerar que o volume de negócios determinante é o que a empresa em questão realiza em virtude das decisões de adjudicação tomadas pela autarquia de tutela, incluindo o realizado com os utilizadores em execução destas decisões.

66 Com efeito, as actividades de uma empresa adjudicatária que devem ser tomadas em conta são todas aquelas que esta empresa realize no quadro de uma adjudicação que lhe tenha sido feita pela entidade adjudicante, e isto independentemente da identidade do beneficiário, quer se trate da própria entidade adjudicante ou do utilizador das prestações.

67 É indiferente saber quem remunera a empresa em questão, quer se trate da autarquia que a controla ou dos terceiros utilizadores das prestações fornecidas em virtude das concessões ou de outras relações jurídicas constituídas pela referida autarquia. É também irrelevante saber em que território são fornecidas as referidas prestações.

68 Na medida em que, no processo principal, o capital da empresa adjudicatária é detido indirectamente por várias autarquias, pode revelar-se pertinente examinar a questão de saber se a actividade a tomar em conta é a que a empresa adjudicatária realiza com o conjunto das autarquias que a controlam ou unicamente a actividade realizada com a autarquia que actua no caso concreto como entidade adjudicante.

69 A este respeito, há que recordar que o Tribunal de Justiça esclareceu que a pessoa juridicamente distinta em causa deve realizar o essencial da sua actividade com «a ou as autarquias que a compõem» (acórdão Teckal, já referido, n.º 50). Portanto, encarou a possibilidade de a excepção prevista se aplicar, não apenas quando for uma única autarquia a controlar esta pessoa jurídica, mas ainda quando sejam várias a fazê-lo.

70 No caso de várias autarquias controlarem uma empresa, a condição relativa ao essencial da sua actividade pode ser satisfeita se esta empresa efectuar o essencial da sua actividade não necessariamente com tal ou tal autarquia, mas com estas autarquias tomadas no seu conjunto.

71 Por conseguinte, a actividade a tomar em conta no caso de uma empresa controlada por várias autarquias é aquela que esta empresa realiza com o conjunto destas autarquias.

72 Decorre do exposto que há que responder à segunda parte da segunda questão no sentido de que, para apreciar se uma empresa realiza o essencial da sua actividade com a autarquia que a controla, a fim de decidir da aplicabilidade da Directiva 93/36, há que tomar em conta todas as actividades que esta empresa realiza com base na adjudicação feita pela entidade adjudicante, independentemente de quem remunera esta actividade, quer se trate da própria entidade adjudicante ou do utilizador das prestações fornecidas, sendo irrelevante o território no qual esta actividade é exercida.

## Quanto às despesas

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

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

1) **A Directiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento, opõe-se à adjudicação directa de um contrato de fornecimentos e de serviços, no qual o valor dos fornecimentos é preponderante, a**

**uma sociedade anónima cujo conselho de administração goza de amplos poderes de gestão que pode exercer de modo autónomo e cujo capital, na situação actual, é inteiramente detido por outra sociedade anónima, da qual, por seu turno, a entidade adjudicante é accionista maioritária.**

2) **Para apreciar a condição relativa à inaplicabilidade da Directiva 93/36 nos termos da qual a empresa à qual foi directamente adjudicado o fornecimento deve realizar o essencial da sua actividade com a autarquia que a controla, não há que aplicar o artigo 13.º da Directiva 93/38/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações.**

3) **Para apreciar se uma empresa realiza o essencial da sua actividade com a autarquia que a controla, a fim de decidir da aplicabilidade da Directiva 93/36, há que tomar em conta todas as actividades que esta empresa realiza com base na adjudicação feita pela entidade adjudicante, independentemente de quem remunera esta actividade, quer se trate da própria entidade adjudicante ou do utilizador das prestações fornecidas, sendo irrelevante o território no qual esta actividade é exercida.**

Assinaturas