CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
apresentadas em 2 de Junho de 2009 [1]

I — Introdução

1. O pedido de decisão prejudicial submetido pelo Tribunale Amministrativo Regionale (Tribunal Administrativo Regional) da Sicília dá ao Tribunal de Justiça a oportunidade de analisar o regime jurídico dos mecanismos de «colaboración público-privada» [2], no âmbito da gestão dos serviços públicos, e a sua compatibilidade com os artigos 43.º CE, 49.º CE e 86.º CE.

2. A atribuição directa das referidas prestações a uma sociedade de economia mista é contrária ao direito comunitário se se evitarem as orientações das directivas relativas à contratação. A acusação abrange a fórmula da concessão de serviços, na medida em que não seja conforme com os artigos 43.º CE e 49.º CE, bem como com os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da transparência [3], salvo quando se utilizem razoavelmente os recursos a meios próprios ou instrumentais [4].

3. Este caso tem uma particularidade que o distingue das adjudicações criticadas pelo Tribunal de Justiça até à data, pois o órgão jurisdicional italiano relata a atribuição imediata da gestão integrada das águas a uma entidade na qual confluem interesses públicos e privados, mas realça, também, o protagonismo de um concurso prévio, cuja clássica funcionalidade parece, contudo, ter alterado.

4. Com efeito, a escolha do adjudicatário ou do concessionário converteu-se num método para determinar o sócio privado da sociedade comercial que assume o contrato ou a concessão, designação que, para além do

1 — Língua original: espanhol.

2 — O acrónimo «CPP», que utilizo frequentemente, corresponde à designação em espanhol; em inglês e em francês recorre-se ao acrónimo «PPP» para descrever, respectivamente, «public private partnership» e «partenariat public privat». NdT: na versão em língua portuguesa, adopta-se também o acrónimo «PPP», correspondente a «parceria pública-privada».

3 — Acórdãos de 10 de Novembro de 2005, Comissão/Áustria (C-29/04, Colect., p. I-9705, n.º 48); de 6 de Abril de 2006, ANAV (C-410/04, Colect., p. I-3303, n.º 33); e de 13 de Outubro de 2005, Parking Brixen (C-458/03, Colect., p. I-8585, n.º 52).

4 — Ao preencher os requisitos «in house providing».

dispêndio económico que implique, impõe a execução do serviço.

5. Diversamente do processo Comissão/ /Áustria [5], em que o Tribunal de Justiça apreciou uma construção artificial em «várias fases», revelando a ilegalidade de uma adjudicação a uma empresa de economia mista, disfarçada com as roupagens de uma relação *in house* [6], neste litígio a concorrência entra em cena e exibe uma virtualidade inédita num procedimento que não dissimula uma certa dose de austeridade, pois, num único acto, constitui-se a sociedade, atribui-se-lhe uma função e adoptam-se os critérios para incorporar o sócio privado industrial. Pode pedir-se mais?

6. Surge assim a questão de averiguar se esse atalho metodológico se adequa às exigências do direito comunitário [7].

5 — Já referido.

6 — Os ingredientes factuais, facultados ao Tribunal de Justiça pela Comissão, nos termos do artigo 226.º CE, antecipavam sem dificuldade a procedência da acção por incumprimento, pois, se, num primeiro momento, a cidade de Mödling, ao deter 100% da sociedade AbfallGmbH, lhe encomendou, sem qualquer concorrência, a recolha e o tratamento dos resíduos do município, pouco tempo depois a assembleia municipal local aprovou a cessão de 49% do capital social à sociedade Saubermacher AG, dado, além disso, determinante para que a AbfallGmbH pudesse operar, o que implicou, em definitivo, a adjudicação directa de um contrato público de serviços a uma empresa de economia mista participada em 49% por uma empresa privada.

7 — Esta abordagem recorda-me a sarcástica reflexão de Dossi, C., em Note Azurre, Ed. Adelphi, Milano, 1964, vol. I, p. 248, ao ironizar sobre o disparate de trapacear fora da lei, quando é mais cómodo fazê-lo dentro.

II — Regulamentação aplicável

A — *Direito comunitário*

1. Tratado de Roma

7. O artigo 43.º CE dispõe:

«No âmbito das disposições seguintes, são proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro. [...]

A liberdade de estabelecimento compreende tanto o acesso às actividades não assalariadas e o seu exercício como a constituição e a gestão de empresas e, designadamente, de sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 48.º, nas condições definidas na legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais, sem prejuízo do disposto no capítulo relativo aos capitais».

8. O artigo 46.º CE refere:

«1. As disposições do presente capítulo e as medidas tomadas em sua execução não prejudicam a aplicabilidade das disposições legislativas, regulamentares e administrativas que prevejam um regime especial para os estrangeiros e sejam justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública.

2. O Conselho, deliberando nos termos do artigo 251.º, adoptará directivas para a coordenação das citadas disposições».

9. O primeiro parágrafo do artigo 49.º CE prevê:

«No âmbito das disposições seguintes, as restrições à livre prestação de serviços na Comunidade são proibidas em relação aos nacionais dos Estados-Membros estabelecidos num Estado da Comunidade que não seja o do destinatário da prestação.»

10. O artigo 86.º, n.º 1, CE exorta os Estados-Membros a não tomarem ou manterem, «[n]o que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, [...] qualquer medida contrária ao disposto no presente Tratado, designadamente ao disposto nos artigos 12.º e 81.º a 89.º, inclusive».

2. Directivas relativas à contratação pública

a) Sectores tradicionais

11. A densidade normativa em aspectos como os critérios para avaliar a selecção em relação ao objecto do contrato ou a progressiva redução da discricionariedade do poder adjudicante recomendava uma reforma que, após algumas tímidas tentativas [8], foi concretizada na codificação efectuada pela 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 (a seguir «Directiva 2004/18») [9].

8 — Como a da Directiva 97/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Outubro de 1997 que altera as Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE, relativas à coordenação dos processos de adjudicação de, respectivamente, serviços públicos, fornecimentos públicos e empreitadas de obras públicas (JO L 328, p. 1).

9 — JO L 134, p. 114.

12. As regras sobre a adjudicação de contratos estão, porém, subordinadas ao acatamento dos princípios do Tratado de Roma, nomeadamente, aos da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, assim como aos princípios mais gerais da igualdade de tratamento, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência.

13. Todavia, para garantir a sua plena eficácia e a abertura à concorrência, nos contratos públicos que ultrapassem um determinado valor, é aconselhável «estabelecer disposições que instituam uma coordenação comunitária dos procedimentos nacionais para a adjudicação dos contratos públicos que se baseiem nesses princípios […]» (segundo considerando da Directiva 2004/18).

14. Em conformidade com o objectivo da segurança jurídica, o artigo 1.º da Directiva 2004/18 estabelece um conjunto de definições, entre as quais, por enquanto e para delimitar a ténue fronteira entre o contrato e a concessão, destaco as seguintes:

— Contratos públicos: «[…] a título oneroso, celebrados por escrito entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais entidades adjudicantes, que têm por objecto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços, na acepção da presente directiva».

— Concessão de obras públicas: «um contrato com as mesmas características que um contrato de empreitada de obras públicas, com excepção de que a contrapartida das obras a efectuar consiste quer unicamente no direito de exploração da obra, quer nesse direito acompanhado de um pagamento».

— Concessão de serviços: «um contrato com as mesmas características que um contrato público de serviços, com excepção de que a contrapartida dos serviços a prestar consiste quer unicamente no direito de exploração do serviço, quer nesse direito acompanhado de um pagamento».

b) Sectores excluídos

15. Tendo em conta a especificidade dos mercados da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, o regime geral não poderia ser-lhes aplicável, sem ser adaptado às suas peculiaridades.

16. A isto pretendeu responder a Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (a seguir

«Directiva 2004/17») [10], à qual estão subjacentes princípios idênticos aos anteriormente referidos [11], ainda que com um espírito distinto do que inspira a Directiva 2004/18, pois o elemento decisivo não reside na entidade proponente do contrato mas na natureza da actividade sobre que este recai [12].

17. A Directiva 2004/17 regula os contratos de fornecimento, de empreitada de obras e de serviços [artigo 1.º, n.º 2, alíneas b), c) e d)], contrapõe-nos às concessões [artigo 1.º, n.º 3, alíneas a) e b)] e afirma a sua aplicação à «abertura ou exploração de redes fixas destinadas à prestação de serviços ao público no domínio da produção, do transporte ou da distribuição de água potável» [artigo 4.º, n.º 1, alínea a)], bem como à «alimentação dessas redes com água potável» [artigo 4.º, n.º 1, alínea b)].

B — *Direito italiano*

18. O artigo 113.º, n.º 5, do *Decreto Legislativo* n.º 267/2000, de 18 de Agosto de 2000, com as alterações que lhe foram introduzidas, relativo à organização das entidades locais (a seguir «*Decreto Legislativo* n.º 267/2000») [13], na versão aplicável *ratione temporis* [14], oferece a estas entidades [15] três possibilidades para gerirem os seus serviços públicos, consoante a adjudicação recaia em:

«[…]

a) […] sociedades de capital seleccionadas mediante procedimentos de contratação pública;

b) […] sociedades de capital misto, em que o sócio privado é escolhido através de procedimentos de contratação pública que assegurem o cumprimento das regulamentações nacionais e comunitárias em matéria de concorrência, segundo as orientações que as autoridades competentes estabeleçam através de medidas ou orientações específicas;

10 — JO L 134, p. 1.

11 — Artigo 10.º e nono considerando da Directiva 2004/17.

12 — Assim o descrevo no n.º 41 das minhas conclusões de 22 de Novembro de 2007, no processo objecto do acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Abril de 2008, Aigner (C-393/06, Colect., p. I-2339).

13 — Gazzeta Ufficiale della Repubblica Italiana (a seguir «GURI»), de 28 de Setembro de 2000, suplemento ordinário n.º 227.

14 — Disposição substituída pelo artigo 35.º da Lei n.º 448/2001 (suplemento ordinário à GURI n.º 285, de 29 de Dezembro de 2001) e modificada pelo artigo 14.º do *Decreto-Legge* n.º 269/2003, que contém medidas urgentes para favorecer o desenvolvimento e para corrigir a situação das contas públicas, de 30 de Setembro de 2003 (suplemento ordinário à GURI n.º 229, de 2 de Outubro de 2003).

15 — Recordando oportunamente a conformidade com a legislação sectorial e com a da União Europeia.

c) […] sociedades de capital inteiramente público, desde que a entidade pública ou as entidades públicas titulares do capital social exerçam sobre a sociedade um controlo equivalente ao que exercem sobre os seus próprios serviços e que a referida sociedade realize o essencial da sua actividade com o ou as entidades públicas que a controlam».

19. A alínea a) responde à via contratual, a alínea c) às obrigações internas ou relações «*in house providing*» [16], enquanto a alínea b) recai plenamente no escorregadio mundo da «parceria pública-privada».

III — Factos do processo principal e questão prejudicial

20. Através de um acordo de colaboração, a Província Regionale di Ragusa e os seus municípios instauraram, em 10 de Julho de 2002, o «Ambiti Territoriali Ottimali» (A seguir «ATO») das águas, com a função principal de estabelecer a organização do «Servizio Idrico Integrato» (serviço hídrico integrado).

21. Em 26 de Março de 2004, a Conferenza dei Sindaci e del Presidente della Província Regionale di Raguza (Conferência dos Presidentes dos municípios e do Presidente da Província) [17] confiou a gestão do serviço integrado de águas a uma «sociedade mista de capital maioritariamente público», prevista pelo artigo 113.º, n.º 5, alínea b), do *Decreto Legislativo* n.º 267/2000; em 7 de Junho de 2005, aprovou o projecto de escritura de constituição da sociedade anónima e dos seus estatutos, referendando a adjudicação, a título exclusivo, à sociedade.

22. No Jornal Oficial das Comunidades Europeias (n.º S 195, de 8 de Outubro de 2008) foi publicado um anúncio de concurso para a selecção de uma empresa como sócia privada minoritária, à qual seria adjudicada também a exploração do serviço e a execução das obras correspondentes.

23. Participaram no concurso três agrupamentos temporários de empresas: a Saecav Depurazioni Sacede SpA, a Acoset SpA e a Aqualia SpA.

24. O júri do concurso excluiu a Aqualia SpA e admitiu as restantes, mas, depois de as ter convidado a declarar se continuavam interessadas, apenas a Acoset SpA respondeu em sentido afirmativo.

16 — No processo ANAV, já referido, o Tribunal de Justiça analisou a compatibilidade do artigo 113.º, n.º 5, do *Decreto Legislativo* n.º 267/2000 com o direito comunitário, mas não abordou a dificuldade da sua alínea b), pois o Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia questionou-o sobre a total liberdade que a referida disposição parecia conferir à administração para atribuir a gestão de um serviço de transportes públicos a uma empresa dependente da administração local [alínea c)] ou através da realização de um concurso público [alínea a)], como oportunamente clarifica o advogado-geral L. A. Geelhoed no n.º 11 das suas conclusões de 12 de Janeiro de 2006.

17 — Órgão de Governo do ATO («Ambito Territoriali Ottimale del ciclo idrico integrato»).

25. Todavia, em 26 de Fevereiro de 2007, iniciaram-se os trâmites de anulação do procedimento, por violação do direito comunitário. Após as competentes alegações, foi finalmente anulado pela Conferência dos Presidentes dos municípios e do Presidente da Província, nos termos constantes da acta de 2 de Outubro de 2007, na qual foi ainda designado o consórcio [18] como regime a adoptar.

26. A Acoset SpA interpôs recurso judicial contra esse acto administrativo e contra os anteriores na origem deste, alegou o seu direito à adjudicação do contrato ou ao ressarcimento dos danos e requereu a suspensão cautelar das decisões impugnadas.

27. Suscitado o debate nestes termos, o Tribunale Amministrativo Regionale da Sicília submete ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias a seguinte questão prejudicial:

«É compatível com o direito comunitário, em especial com as obrigações de transparência e de livre concorrência previstas nos artigos 43.º, 49.º e 86.º do Tratado, um modelo de sociedade de economia mista constituída expressamente para a execução de um determinado serviço público de natureza industrial e com objecto social exclusivo, à qual seja directamente adjudicado o serviço em questão, em que o sócio privado de natureza 'industrial' e '[operacional]' é seleccionado através de um [procedimento] de concurso público, após verificação quer dos requisitos financeiros e técnicos quer dos requisitos [especificamente operacionais] e de gestão referentes ao serviço a efectuar e às prestações específicas a fornecer?»

IV — Processo perante o Tribunal de Justiça

28. O pedido prejudicial foi registado na Secretaria do Tribunal de Justiça em 14 de Maio de 2008.

29. Nas suas observações escritas, a Conferência dos Presidentes dos municípios e do Presidente da Província e o município de Vittoria pedem que seja declarada a incompatibilidade entre o procedimento de concurso e o direito comunitário, dado que, apesar do concurso público para a determinação do sócio privado, o serviço foi atribuído directamente à sociedade de economia mista. Os municípios de Comiso e de Modica requerem uma apreciação preliminar sobre as consequências da ausência de interesse da Acoset SpA, por ter sido anulado o concurso.

30. Pelo contrário, a Acoset SpA, a Comissão e os Governos italiano, austríaco e polaco defendem que os artigos 43.º CE, 49.º CE e 86.º CE do Tratado não se opõem a essa

18 — Regulado no artigo 31.º, n.º 8, do *Decreto Legislativo* n.º 267/2000.

adjudicação, sempre que a mesma respeite as garantias do direito comunitário.

31. Na audiência, realizada em 2 de Abril de 2008, compareceram os representantes da Acoset SpA, do Governo italiano e da Comissão, que apresentaram alegações.

V — Quanto à admissibilidade

A — *Reflexão preliminar*

32. Embora ninguém o tenha alegado, pretendo dissipar qualquer resquício de dúvida acerca da projecção comunitária da questão prejudicial do Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, para afastar qualquer suspeita de que possa constituir uma situação puramente interna de um único Estado-Membro, por todas as empresas implicadas estarem domiciliadas em Itália.

33. Não se deve excluir que, dada a sua envergadura, os serviços litigiosos tenham chamado a atenção de alguma empresa estabelecida noutro Estado-Membro, circunstância que estabelece um nexo comunitário (acórdãos do Tribunal de Justiça de 25 de Abril de 1996, Comissão/Bélgica [19] e Parking Brixem, já referido), reforçado pela interpretação dos princípios e das normas do Tratado.

34. Além disso, ainda que as PPP, tal como adiante refiro em pormenor, não se tenham harmonizado, cumpre questionar a legislação homogénea que aglutina os contratos públicos e confrontá-la com a concessão, pelo menos como meio para descobrir a natureza dos serviços e da gestão que acolhem em cada caso.

B — *Carácter incompleto da questão prejudicial*

35. O Governo austríaco alega que a interpretação pretendida, compreensível e merecedora de uma resposta, sofre, contudo, de falta de clareza para ser útil no litígio existente em Itália, pois não faculta os dados sobre a especificidade da prestação, o conteúdo do concurso ou o âmbito da «verificação […] dos requisitos».

36. A necessidade de se chegar a uma interpretação de direito comunitário que seja útil ao órgão jurisdicional e que, ao

19 — C-87/94, Colect., p. I-2043, n.os 33 e 54.

mesmo tempo, permita a quem intervém no processo prejudicial apresentar observações [20], exige que este defina o quadro factual e legal em que se inscrevem as questões que coloca ou que, pelo menos, explique as hipóteses factuais em que assentam essas questões [21].

37. O Tribunal de Justiça declarou que a recusa de decisão quanto a uma questão prejudicial só é possível quando é manifesto que a interpretação do direito comunitário solicitada não tem qualquer relação com a realidade ou com o objecto do litígio no processo principal, bem como quando o problema é hipotético [22].

38. O despacho de reenvio faculta um mínimo de explicações quanto à relação do artigo 113.º, n.º 5, do *Decreto Legislativo* n.º 267/2000 com o procedimento de concurso que surgiu no seu âmbito e com as normas e princípios comunitários que se lhe opõem, pelo que o Tribunal de Justiça é obrigado a pronunciar-se [23], dado que o pedido não é abrangido por qualquer dos fundamentos de indeferimento *ad limine*.

20 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de Abril de 1982, Holdijk e o. (141/81 a 143/81, Recueil, p. 1299, n.º 6).

21 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de Janeiro de 1993, Telemarsicabruzzo e o. (C-320/90, C-321/90 e C-322/90, Colect., p. I-393, n.º 6); e despachos de 19 de Março de 1993, Banchero (C-157/92, Colect., p. I-1085, n.º 4; de 7 de Abril de 1995, Grau Gomis e o. (C-167/94, Colect., p. I-1023, n.º 8); e de 20 de Março de 1996, Sunino e Data (C-2/96, Colect., p. I-1543, n.º 4).

22 — Acórdão de 22 de Janeiro de 2002, Canal Satélite Digital (C-390/99, Colect., p. I-607, n.º 19).

23 — Acórdãos de 13 de Março de 2001, PreussenElektra (C-379/98, Colect., p. I-2099, n.º 38).

C — *Legitimidade da Acoset SpA*

39. A Conferência e os municípios de Comiso e de Modica denunciam ao Tribunal de Justiça a falta de interesse da Acoset neste processo prejudicial, dado que esta apenas pretende impugnar a anulação do procedimento de selecção do sócio privado.

40. Essa alegação carece de qualquer crédito e deve ser respondida sem rodeios.

41. Decorre do artigo 234.º do Tratado que a apresentação de uma questão prejudicial [24] incumbe exclusivamente ao órgão jurisdicional nacional e não às partes no processo, sem prejuízo de as mesmas serem ouvidas [25]. Ao Tribunal de Justiça basta a demonstração da condição de litigante no processo nacional para admitir essa participação, o que a Acoset SpA atesta amplamente [26].

24 — Sobre a consciencialização do seu carácter essencial como instrumento de cooperação no xadrez comunitário, os acórdãos do Tribunal de Justiça de 1 de Dezembro de 1965, Schwarze (16/65, Colect., p. 239); e de 16 de Janeiro de 1974, Rheinmühlen (166/73, Colect., p. 17).

25 — Artigo 23.º do Estatuto do Tribunal de Justiça.

26 — Em qualquer caso, é de notar o argumento baseado na anulação do concurso para negar a legitimidade à Acoset, quando essa anulação implica, precisamente, o arranque do processo.

VI — Análise da questão prejudicial quanto ao mérito

A — *Quanto a um conceito autónomo da «parceria pública-privada»*

1. Perspectivas nacionais

42. As actividades económicas e de gestão do poder público sofreram uma profunda transformação ao longo do último século. Desde o liberalismo abstencionista inicial, que tinha o único desígnio de manter a ordem pública com medidas tradicionais de polícia, como os mandatos e as proibições, evoluiu-se até à oferta de prestações aos súbditos [27], até se chegar, finalmente, a uma ideia assistencial do Estado nascida da solidariedade [28].

43. No final desse percurso, o conceito clássico de serviço público foi postergado, dado que, na actualidade, o grau de permeabilidade entre a administração e os cidadãos impede que se enclausurem as respectivas funções em compartimentos estanques.

44. Embora o afã da administração se encaminhe para o interesse geral, proliferam as maneiras de o satisfazer, destacando-se as que, ao permitir aos particulares que desempenhem actividades de natureza pública, acolhem evidentes doses de cooperação [29].

45. Como expoentes dessa convergência, ocupam uma posição assinalável a denominada gestão indirecta dos serviços públicos ou dos contratos, fórmulas que fundem as suas raízes na história do direito.

46. Assim, quando uma empresa privada assume a responsabilidade de um fornecimento e, motivada por uma ambição, arrisca o seu património para assegurar a sua regularidade e a sua boa marcha, gera-se uma relação estreita com o erário público. O mesmo ocorre quando a administração, consciente das suas limitações técnicas ou económicas, encontra no contraente o referente para executar uma obra ou um serviço.

27 — Forsthoff, E., Die Verwaltung als Leistungsträger, Kohlhammer, Stuttgart, 1938, englobou-as no que denominou «procura existencial» e, associando a noção de Daseinsvorsorge às necessidades vitais da sociedade, criou um executivo forte e dinâmico, capaz de solucionar essa procura; para assimilar correctamente esta tese, v. Martín Retortillo, L., «La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de Daseinsvorsorge», em Revista de Administración Pública, n.º 38, Maio-Agosto, 1962, pp. 35 a 65.

28 — Um dos seus máximos precursores, Duguit, L., Leçons de Droit public général, Ed. Boccard, París, 1926, p. 36, desvaloriza a força como um elemento inerente ao Estado, ao outorgar-lhe a missão de orientar a solidariedade social.

29 — Diferentemente se passa com a submissão do Estado ao regime jurídico privado, quando compete, no plano industrial e em pé de igualdade com outros operadores.

47. O capital privado comporta-se como um intermediário entre o órgão titular da actividade ou do serviço e os seus beneficiários, pelo que, nestas figuras, sem prejuízo das cambiantes resultantes da sua tipologia, o arquétipo de um trabalho partilhado paira em toda a parte e regula todos os seus aspectos.

48. Além disso, fora a hipótese do contrato e da concessão, para a administração não é estranha nem inovadora a associação de privados à realização de funções públicas que, no entanto, não se integram na sua estrutura [30].

49. Por conseguinte, a identificação da «parceria público-privada» como categoria autónoma exigia a sua substantivação partindo do conjunto de influências recíprocas que impregnam certas instituições jurídicas.

50. Os reflexos da sua origem anglo-saxónica percebem-se nos debates suscitados em torno do «New Public Mangement», autêntico germe na origem das PPP, ao abrir as portas da administração aos critérios empresariais de gestão, que necessitam de participações económicas privadas («Private Finance Initiative»).

30 — Santamaría Pastor, J.A., Principios de derecho administrativo, vol. I, 3ª ed, Colección Ceura, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, p. 460, descreve esta cooperação, alegando que, junto da administração em sentido estrito, houve sempre uma espécie de «administração imprópria».

51. Depois, porém, a metodologia difere, pois, se em alguns direitos nacionais foram ensaiados modelos de «contrato de colaboração» [31], em outros os referidos recursos permanecem imersos na mais estrita atipicidade [32].

2. Uma visão comunitária dispersa

52. O direito comunitário visa a harmonização dos ordenamentos nacionais no âmbito da contratação pública, ainda que o seu impulso se estanque quando aparece o «fenómeno» das PPP [33].

53. Mas os Estados-Membros incentivam uma regulação na Comunidade, face à presença crescente das PPP no sector

31 — Em França ilustra este procedimento a ordonnance n.º 2004/559, de 17 de Junho de 2004, e a Lei n.º 2008-735, de 28 de Julho de 2008, relativas aos «contrats de partenariat». Em Espanha, a Lei 30/2007, de 30 de Outubro, sobre os Contratos do Sector Público (BOE n.º 261, de 31 de Outubro de 2007, p. 44336), confere a natureza de contrato à «colaboración público-privada».

32 — Uma demonstração da tensão sobre a sua tipicidade, González García, J., *Colaboración público-privada. Entre la atipicidad contractual y el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado,* com publicação iminente, depois de antever o nascimento de uma nova modalidade contratual, salda as suas reflexões com a convicção de que se trata de um meio «para incorporar na prática administrativa todos os mecanismos de relações atípicas que se desenvolvem no mundo das relações económicas entre particulares», exaltando o carácter atípico, por conjugar melhor com a flexibilidade e com a atribuição de imaginação à prestação.

33 — O «Livro Verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões», de 30 de Abril de 2004, COM(2004) 327 final (a seguir «Livro Verde»), mostra que as «PPP» têm para a Comissão essa qualificação, ou pelo menos tinham nessa época.

público, não passando despercebidas as atractivas credenciais que exibem.

54. Além de actuar como uma válvula de escape para as restrições orçamentais, estes instrumentos favorecem o financiamento privado e o aproveitamento dos conhecimentos das empresas não integradas na vida pública, como resposta à derrota que imprimem ao Estado os ventos da liberalização, pois a sua condição de operador directo evoluiu até à de regulador de condutas, das quais é o último garante quando afectam o interesse geral.

55. Num contexto sem qualquer regime específico vinculativo que as englobe, impera a incerteza jurídica, sobretudo em torno da participação e dos meios de integração dos sócios privados nesses equilíbrios económicos.

56. Nasceu assim a incumbência de estabelecer as regras interpretativas para adequar estas práticas aos princípios do Tratado, do que trata a Comunicação interpretativa [34] da Comissão, de 5 de Fevereiro de 2008, sobre a aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e de concessões às parcerias público-privadas institucionalizadas [35].

57. Na minha opinião, a ausência de uma harmonização [36] comunitária impede que se emancipem as PPP como um verdadeiro contrato, o que não obsta ao reconhecimento de que estes dispositivos neófitos de cooperação abrangem certos acordos que atinjam esse nível ou se aproximem das características de uma concessão.

58. Uma regulamentação integral evitava certos inconvenientes e orientava as autoridades públicas e as entidades privadas, pois a confusão reinante dissuade-as frequentemente de fundar uma PPP (como admite a Comunicação) [37], em detrimento do sufrágio das infra-estruturas e dos serviços públicos, perante a probabilidade de que não se ajustem à ordem que a União Europeia pretende.

34 — Alonso, García, R., em El soft law comunitario, «Revista de Administración Pública», n.º 154, Janeiro-Abril, 2001, p. 79, indica entre as virtudes destes instrumentos do artigo 249.º a de proporcionar às administrações e aos operadores privados um quadro assente na clareza e na coerência, para orientar o seu comportamento num sentido compatível com o direito comunitário.

35 — C(2007)6661, que, a seguir, refiro como «a Comunicação».

36 — Todavia, no seu parecer, em primeira leitura, de 10 de Maio de 2002, o Parlamento Europeu instou a Comissão a analisar a possibilidade de adoptar uma proposta de directiva, COM (2000) 275. Por sua vez, o Comité Económico e Social europeu considerou necessária uma iniciativa legislativa [parecer do CESE (JO C 14, de 16 de Janeiro de 2001), relator Levaux, n.º 4.1.3., e parecer do CESE (JO C 193, de 10 de Julho de 2001), relator Bo Green, n.º 3.5.).

37 — Esta reacção, natural nos utilizadores da lei, é corroborada por Carbonnier, J., «Sociologie juridique», Quadrige, PUF, Paris, 1994, p. 331, que assinala a diferente sensibilidade dos juristas e dos sociólogos sobre a complexidade do direito, pois, enquanto para os primeiros é uma fatalidade, mesmo uma enfermidade, pretendendo o regresso ao simples, os segundos, sem emitirem juízos de valor, limitam-se a registá-la como uma mera diversidade a aguardar análise.

59. Este vazio tinge de relativismo as tentativas de classificar a actividade da administração em polícia, fomento e serviço público [38], acrescendo que, numa Comunidade jurídica globalizada, cada um destes componentes reflecte percepções distintas em função dos países.

60. Especificamente, no serviço público, a heterogeneidade manifesta-se vigorosamente [39], pois, se em alguns sistemas esta noção se ergue como pedra angular dos respectivos ordenamentos administrativos [40], já noutros não apoia a estrutura do «régime administratif» nem a «publicatio» assume o protagonismo [41].

61. Em minha opinião, é aqui que assenta uma das causas da dispersão na constelação das PPP, que se vai defrontar com um problema mais profundo: o legislador comunitário harmonizou a contratação pública, mas não o emaranhado das concessões [42] ou o dos serviços públicos, pelo que, estando latentes estas categorias em muitas PPP, a orfandade normativa que as rodeia não resulta do azar.

38 — Como as mostradas por Presutti E., «Principi fondamentali di scienze dell'amministrazione», Societá Editrice, Milão, 1903.

39 — Proclama-a o Parecer do Comité económico e Social, de 22 de Maio de 2003, sobre o Livro Verde sobre serviços de interesse geral [COM (2003) 270 final (JO C 76)].

40 — Claramente em França, Itália e Espanha, face às concepções que triunfaram na Grã-Bretanha, na Alemanha ou na Dinamarca, por exemplo.

41 — Por vezes, a terminologia difere, ainda que não se ignorem o substrato e a essência do serviço público: González-Varas Ibáñez, S., «El derecho administrativo privado», Ed. Montecorvo, Madrid, 1996, p. 398.

42 — Embora a Comunicação interpretativa da Comissão sobre as concessões no direito comunitário (JO C 121, p. 6) contenha uma noção independente das nacionais.

B — *Uma catalogação das PPP*

62. Apesar da sua indefinição conceptual, o Livro Verde propôs uma classificação, ao constatar empiricamente que dois grandes modelos abarcam a diversidade das PPP nos Estados-Membros, consoante a cooperação se baseie em vínculos exclusivamente convencionais (PPP contratuais) ou se materialize através de uma entidade (PPP institucionalizadas ou «PPPI»).

63. Esta dualidade vislumbra-se na Comunicação da Comissão, cujo objecto se limita às últimas, talvez porque a pluralidade de aparências das convencionais, decorrente de uma autonomia da vontade certamente alargada, suporta pior uma sistematização [43].

64. Nas PPP, as tarefas do sócio público e as do privado organizam-se num ente com personalidade jurídica distinta, a partir do qual velam pela entrega de uma obra ou de um serviço em benefício da colectividade.

43 — De facto, segundo o Livro Verde, «[a]brange configurações diversas que atribuem uma ou várias tarefas, mais ou menos vastas, ao parceiro privado, que incluem a concepção, o financiamento, a realização, a renovação, ou a exploração de uma obra ou de um serviço».

65. Face a algumas figuras convencionais, nas quais se cria uma ligação directa entre o sócio privado que presta o serviço em lugar da administração e o utilizador final, nas PPPI, a comercial, como adjudicatária ou concessionária, relaciona-se «oficialmente» com o destinatário, ainda que «materialmente» a actividade seja exercida pelo membro particular. Assim, faz sentido a especificação que o representante da Acoset fez na audiência deste processo prejudicial, confirmando que, na realidade, o sócio privado presta os seus serviços à entidade de economia mista.

66. A acrescer às vantagens referidas, as PPPI defendem a concentração no elemento público de um nível de controlo relativamente elevado sobre o desenvolvimento das operações, através da sua presença nos accionistas e nos órgãos decisórios.

67. O casuísmo mostra, essencialmente, uma dupla via para formar uma PPPI: a de criar *ex novo* a entidade ou a de alterar o capital de uma já existente que, sendo integralmente público, passa parcialmente para as mãos dos particulares. Obviamente, o entendimento correcto desta segunda via exige que o domínio do sector privado se manifeste antes ou aquando da adjudicação, mas não depois [44].

68. O artigo 113.º, n.º 5, alínea b), do *Decreto Legislativo* n.º 267/2000 mostra uma PPPI da primeira via, dado que se constitui uma sociedade de capital misto, cujo sócio privado assume a gestão integral do serviço hídrico municipal [45], após um concurso público para a sua escolha.

69. Por último, as PPPI orientam o contrato ou a concessão, formulando outra distinção sobre o axioma do seu objecto, determinante no esclarecimento do seu regime na esfera comunitária.

C — Delimitação entre o contrato e a concessão

70. Segundo a classificação enunciada no número anterior, é necessário diferenciar o contrato da concessão, antes de determinar o regime jurídico da PPPI de Ragusa.

44 — Assim se deduz do n.º 42 do acórdão Comissão/Áustria, já referido, com o intuito de evitar subterfúgios que escapem ao direito comunitário, pois as entidades adjudicantes não podem «recorrer a manobras destinadas a dissimular a atribuição de contratos públicos de serviços a empresas de economia mista».

45 — É muito ilustrativo que o Livro Verde reconheça que, nos Estados-Membros, se recorre a estas estruturas «para a gestão de serviços públicos a nível local (por exemplo, para os serviços de abastecimento de água, ou recolha de resíduos)».

71. Subscrevo as apreciações da Comissão relativas a que a atribuição de um serviço público local, como o da gestão integral da água, pode concretizar-se através de um contrato ou de uma concessão, e a que a exiguidade da informação constante do despacho de reenvio impede que se perceba se se optou por um ou por outra.

72. Todavia, há que ter em conta, em primeiro lugar, que o Tribunale Amministrativo Regionale della Sicília confronta a sua questão unicamente com as normas e princípios do Tratado, sem referência às directivas relativas à contratação [46]; em segundo lugar, que utiliza a expressão de sociedade de economia mista «concessionária»; e, em terceiro, que a duração prevista de trinta anos se adequa melhor a uma concessão [47].

73. A diferença não é superficial, já que, se se atribuísse à sociedade de capital misto a execução de um contrato público, as Directivas 2004/17 ou 2004/18 estabeleceriam as regras de publicidade e as fórmulas de selecção do sócio privado que haveria de a levar a cabo, quando o seu montante excedesse os limiares previstos por essas normas. Em contrapartida, tratando-se de uma concessão de serviços ou de um contrato público não abrangido pelas referidas directivas (por exemplo, por o seu montante não atingir os limiares estabelecidos), os princípios e as liberdades do Tratado constituiriam a sua única expressão.

74. Observa-se assim a importância da especificação dos critérios destinados a definir os limites difusos entre um contrato e uma concessão [48], o que, perante a falta das descrições necessárias, cabe, em última instância, ao órgão jurisdicional nacional, em função do «risco da exploração» e da «retribuição do serviço», interpretados pelo Tribunal de Justiça.

75. O horizonte deste reenvio prejudicial traça as primeiras dificuldades na tarefa de distinguir o «contrato de serviço público» da «concessão de serviço público».

76. Num contrato de serviços, exige-se uma contrapartida paga directamente pela entidade adjudicante ao prestador; todavia, quando a sua remuneração não provém da autoridade pública, mas de montantes pagos

46 — Prudência, digna de elogio, a desse tribunal siciliano, pois, perante o conjunto de normas e de regimes susceptíveis de influenciar a vida jurídica de uma PPP, apenas alude às liberdades e aos princípios do Tratado, mínimo denominador comum dos contratos e das concessões, seguindo o conselho de Bacon, F., Essays, Ed. Cosimo, 2007, capítulo LVI, of Judicatory, p. 137: «Judges must beware of hard constructions, and strained inferences; for there is no worse torture, than the torture of laws».

47 — Apoiadas nesse dado, a República Italiana e a Acoset não hesitam em qualificar o fenómeno de concessão. Além disso, como ficou patente na audiência, a duração depende do custo do investimento, dado que há que amortizar os custos.

48 — Passerieux, R. y Thouvenin, J. M., Le partenariat public/privé à la croisée des chemins, entre marché et concession, in «Revue du Marché commun et de l'Union européenne», n.º 487, Abril, 2005, p. 237, designam como a principal fonte de insegurança jurídica o afastamento destas categorias, perante o risco de que as concebidas sob o regime flexível da concessão («PPP concessions») se requalifiquem como «PPP marchés».

por terceiros beneficiários, há uma concessão de serviços públicos [49].

77. Além disso, a transferência do «risco da exploração» [50] é um dos sintomas mais apreciados para estabelecer esta distinção, pois representa um elemento essencial da concessão [51], enquanto o contrato a desconhece [52].

78. Mas o Tribunal de Catania não deve baixar a guarda, já que talvez haja mais obstáculos a superar na sua actividade delimitadora no processo que aprecia, no qual, independentemente da gestão do serviço, se destacam as obras que devem permiti-la, o que deve levá-lo a estudar as diferenças entre o «contrato de serviços», a «concessão de obras»e a «concessão de serviços» [53].

79. O artigo 18.º da Directiva 2004/17 exclui as «concessões de obras ou de serviços adjudicadas por entidades adjudicantes que exerçam uma ou várias das actividades referidas nos artigos 3.º a 7.º, sempre que tais concessões sejam adjudicadas para o exercício dessas actividades». Note-se que, face à Directiva 2004/18, que exclui unicamente no artigo 17.º as concessões de serviços, a Directiva 2004/17 exclui também as de obras, circunstância que, com um entendimento sistemático do artigo 12.º da Directiva 2004/18, deixa antever que as concessões de obras, mesmo quando abrangem sectores especiais (como o da água), se subordinam apenas aos tradicionais [54].

80. Para ultrapassar a confusão que possam provocar os contratos relativos a diversas actividades (por exemplo, um serviço de águas que exige a realização de certas obras), a Directiva 2004/17 adopta a regra objectiva de observar as normas aplicáveis àquela a que se destina principalmente (artigo 9.º, n.º 1), em consonância com a jurisprudência, que nega a qualificação de contrato «de obras» quando estas sejam acessórias em relação aos serviços ou aos fornecimentos [55].

81. Cumprido o caminho, evidencia-se que a concessão de serviços se submete às normas e princípios fundamentais do Tratado e a de obras também às disposições da Directiva

49 — Acórdãos de 10 de Novembro de 1998, BFI Holding (C-360/96, Colect., p. I-6821); e de 13 de Outubro de 2005, Parking Brixen (C 458/03, Colect., p. I 8585).

50 — Cumpre assinalar, a este respeito, a firmeza com que o representante da Acoset manteve na audiência que o sócio privado não assumia esse risco.

51 — Acórdãos de 18 de Julho de 2007, Comissão/Itália (C-382/05, Colect., p. I-6657, n.º 34); e de 13 de Novembro de 2008, Comissão/Itália (C-437/07, n.º 29).

52 — Acórdão de 27 de Outubro de 2005, Contse e o. (C-234/03, Colect., p. I-9315, n.º 22).

53 — Conferem nitidez, nesta delicada tarefa, as reflexões de Gimeno Feliú, J. M., «La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma», Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2006, pp. 151 a 175, baseadas numa depuração conceptual das diferentes tipologias.

54 — A exclusão das concessões do âmbito das directivas de contratação manifestou-se no despacho do Tribunal de Justiça de 30 de Maio de 2002, Buchhändler-Vereinigung (C-358/00, Colect., p. I-4685), mas o acórdão de 7 de Dezembro de 2000, Telaustria e Telefonadress (C-324/98, Colect., p. I -10745), colocou as de obras sob a égide da regulação dos sectores tradicionais.

55 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Abril de 2004, Gestión Hotelera Internacional (C-331/92, Colect., p. I-1329).

2004/18 que admitam a sua aplicação, em razão do respectivo montante.

84. Cumpre não eleger o pragmatismo, aspiração lógica de qualquer ordenamento, em fundamento exclusivo de um raciocínio jurídico. Com essa reserva, partilho a opinião da Comissão, à qual deverão acrescer algumas pesquisas sobre as exigências que a Comunidade impõe aos contratos e às concessões que, por osmose, traçam o panorama em que se desenvolvem as PPPI.

D — *Os parâmetros de controlo das PPPI*

82. As questões suscitadas pelo artigo 113.º, n.º 5, alínea b), do *Decreto Legislativo* italiano n.º 267/2000 reduzem-se a determinar se, além do concurso público para encontrar o sócio privado, é exigível outro concurso para a adjudicação da prestação [56]. Se esta questão for dirimida no sentido da unicidade do procedimento, cumpre aprofundar, no quadro jurídico que lhes confere licitude, a questão das liberdades de estabelecimento (artigo 43.º CE) e de serviços (artigo 49.º CE), bem como da concorrência (artigo 86.º CE).

85. Introduzir o duplo concurso liga mal com a poupança de diligências que as inspira, dado que a sua criação reúne no mesmo procedimento a escolha da componente económica privada e a adjudicação do contrato público ou da concessão à entidade de capital misto.

86. Evidentemente, a eficiência não permite uma contraposição com o princípio da legalidade, dado que se desenvolve no seu âmbito, pelo que só há que predicar a ilicitude de uma gestão ineficaz.

1. Um único procedimento com duas finalidades

83. Na sua Comunicação, a Comissão considera que «[…] o duplo procedimento (numa primeira fase, para seleccionar o parceiro privado da PPPI e numa segunda para adjudicar o contrato público ou a concessão à entidade de capital misto) é difícil de pôr em prática […]».

87. Quando se respeitem os seus limites [57], as PPPI converter-se-ão em indicadores fiáveis de uma ponderação baseada nas regras da

56 — Tal como mantêm a Conferência dos Presidentes dos municípios e do Presidente da Província e o município de Vittoria.

57 — Assim, os que decorrem do direito a uma boa administração, que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia proclama no artigo 41.º, no Capítulo V, dedicado à cidadania, a que, acerca da proibição de privação dos direitos da defesa, me refiro nas minhas conclusões de 27 de Novembro de 2007, parcialmente seguidas pelo acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Maio de 2008, SECAP (C-147/06 e C-148/06, Colect., p. I-3565).

racionalidade, da fundamentação, da coordenação e da economia, que incentivam uma administração responsável na procura do bem-estar colectivo, enquanto a distanciam da sua função de mera «correia de transmissão» [58] da Lei.

88. Uma das chaves reside no facto de a empresa que se incorpora na nova entidade actuar, na realidade, como um contraente ou como um concessionário ao assumir a materialização do serviço, o que não se oculta, dado que, entre as variáveis para a sua selecção, independentemente das relativas à sua contribuição burocrática para a gestão da sociedade, é ponderada a sua capacidade para o executar [59].

89. Deste modo, a selecção do adjudicatário ou do concessionário é indirectamente feita através da do parceiro industrial, pelo que a sua actividade assume uma grande importância. Definir com exactidão os seus contornos evitaria que as PPPI fossem manipuladas com o intuito de evitar novos procedimentos de concorrência.

90. Esta circunstância articula-se com a razão da sua existência, que, neste caso, se centra no serviço integral das águas, segundo se deduz da questão prejudicial quando refere um «objecto social exclusivo».

91. Além disso, o propósito da PPPI deve permanecer imutável enquanto estiver a ser executado [60], ainda que nada impeça a sua adequação aos avanços do progresso ou à sagacidade do sócio particular, sempre que não se alterem os termos essenciais [61] do concurso [62].

92. A descrição do Tribunale Amministrativo Regionale della Sicília parece conformar-se com esse matiz principal, dado que o caderno de encargos referia que a adjudicação das obras [63] que não sejam directamente empreendidas pelo sócio privado será regulada pelos «procedimentos de concurso público estabelecidos na lei».

93. Todavia, as observações da República Italiana (n.º 8) incidem, ao abrigo do *ius variandi*, no facto de a cláusula constante do referido caderno deixar antever a eventual

58 — «Transmission belt», expressão derivada da obra, já clássica, de Stewart, R. B., «The reformation of American Administrative Law», Harvard Law Review, Vol. 88, n.º 8, 1975, p. 1675.

59 — Tendo em conta que, por de uma única via, há que atender a todos os critérios a considerar, dilui-se a afirmação do município de Vittoria relativa ao facto de o concurso para a escolha do sócio não dever sobrepor-se à atribuição do serviço, atentas as divergências do seu conteúdo e finalidade.

60 — Dado decisivo no caso dos autos, face ao prazo de 30 anos fixado.

61 — Para o acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de Abril de 2004, Comissão/CAS Succhi di Frutta SpA (C-496/99 P, Colect., p. I-03801, n.º 116), o carácter essencial de um termo faz com que, se tivesse figurado no anúncio de concurso ou no caderno de encargos, teria permitido aos proponentes apresentarem uma proposta substancialmente diferente.

62 — Sem prejuízo das excepções acolhidas nos artigos 31.º e 61.º da Directiva 2004/18 e no artigo 40.º, n.º 3, alíneas f) e g), da Directiva 2004/17, qualquer modificação dos termos essenciais do contrato que não tenha sido prevista na proposta exige um novo processo de concurso, como adverte o acórdão de 5 de Outubro de 2000, Comissão/França (C-337/98, Colect., p. I-8377, n.º 50).

63 — Inicialmente, as indicadas pelo Plano Operacional Trienal, aprovado pela Conferência dos Presidentes dos municípios, na sua reunião de 15 de Dezembro de 2003.

venda de parte do capital detido pelos accionistas públicos.

94. Na perspectiva contratual, há que autorizar certas modificações não básicas durante a fase de execução, embora, tendo em vista a transparência e para não desvirtuar o seu desenvolvimento, seja exigida uma habilitação expressa [64].

95. Independentemente do facto de a referida venda modificar a uniformidade das condições, o Governo italiano, nas observações escritas, alertou para que essa transmissão de capital provocaria a extinção da entidade, dado que os seus estatutos prevêem uma «participação pública maioritária», pelo que, mais do que afundar a entidade numa situação irregular, extingui-la-ia. Contudo, o avvocato dello Stato atenuou essa posição na audiência, aludindo a «outras formas alternativas de controlo» não assentes na titularidade do capital, posição com que me mostro de acordo, sempre que a maior presença privada não desvirtue o peso preponderante do elemento público na sociedade, decorrente da detenção maioritária dos seus fundos ou, pelo menos, da sua indiscutível influência nas decisões estratégicas relativas à actividade hidráulica [65].

64 — Acórdão do Tribunal de Justiça, Comissão/CAS Succhi di Frutta SpA, já referido.

65 — De qualquer maneira, não se pode desconhecer que os estatutos da sociedade de economia mista se referem a uma «participação pública maioritária», pelo que, por muito que se tente salvar a continuidade da sociedade no caso de o capital público passar a ser inferior a 50%, teria desaparecido uma das condições essenciais para a criação dessa entidade.

2. Sociedade de economia mista e prestações *in house*: duas realidades opostas

96. Na maioria das observações apresentadas neste processo prejudicial, afloram dois tipos de actuação por meios instrumentais, ainda que esta interpretação se bifurque, já que, se alguns respondem a estas recomendações para alegar que não concordam com o «Servizio Idrico Integrato» proposto, outros referem-nas para estabelecer a diferença com as PPPI.

97. Em minha opinião, o concurso é dispensável nos casos de serviços «*in house*», mas também em certas PPPI que, de acordo com a transparência, respeitem os princípios de igualdade de tratamento e de não discriminação.

98. A jurisprudência aboliu a aplicação dos artigos 12.º CE, 43.º CE e 49.º CE, bem como a dos princípios gerais deles decorrentes, quando a autoridade pública concedente exerça sobre a entidade concessionária um controlo análogo ao que desempenha sobre os seus próprios serviços, sempre que esta última efectue a parte essencial da sua actividade com a entidade que a controla [66].

66 — Acórdãos de 18 de Novembro de 1999, Teckal (C-107/98Colect., p. I-8121, n.º 50); de 13 de Outubro de 2005, Parking Brixen, já referida, n.º 62; e de 13 de Novembro de 2008, Coditel Brabant SA (C-324/07, ainda não publicada na Colectânea, n.º 26).

99. Uma gestão dominada por uma sociedade cujo capital esteja integrado também por certas participações estranhas à administração situa-se, por definição, fora das formalidades «*in house*», dado que a participação de uma empresa privada despoja o poder público desse «controlo análogo» [67].

100. Porém, embora consciente do casuísmo existente em torno das percentagens susceptíveis de conferir esse domínio, seria de extrema utilidade que o Tribunal de Justiça definisse a sua posição sobre o assunto.

101. Por um lado, alguns acórdãos consideram que o facto de a autoridade pública concedente possuir a totalidade do capital de uma sociedade adjudicatária sugere, ainda que não de modo definitivo, que essa autoridade pública supervisiona a referida sociedade de modo similar aos seus próprios serviços [68].

102. *A contrario sensu*, a participação privada exclui a doutrina dos encargos próprios, como se deduz dos acórdãos Stadt Halle e Coname, já referidos, para os quais mesmo uma participação privada minoritária impede esse controlo.

103. Por outro lado, esta jurisprudência é afectada quando o Tribunal de Justiça, recordando o acórdão Asemfo, alega que «em determinadas circunstâncias a condição relativa ao controlo exercido pela autoridade pública podia considerar-se verificada se essa autoridade detivesse apenas 0,25% do capital de uma empresa pública» [69].

104. Como, na colaboração pretendida pela Conferência dos Presidentes de municípios e do Presidente da Província e pelos municípios de Ragusa, o sócio privado devia subscrever 49% do capital social da nova empresa [70], o carácter privado da actuação não é legitimado com essa elevada participação, dado que deveria demonstrar-se perante o órgão jurisdicional nacional uma influência dos accionistas públicos capaz de eliminar a vontade do privado sobre os objectivos estratégicos da entidade [71].

3. Um exercício de divisão jurídica

105. Excluído o carácter instrumental desta sociedade híbrida, fica por averiguar se a sua génese permite a ausência de concurso público para o serviço de águas.

67 — Como se infere dos acórdãos do Tribunal de Justiça de 11 de Janeiro de 2005, Stadt Halle e RPL Lochau (C-26/03, Colect., p. I-1, n.º 49); e de 21 de Julho de 2005, Coname (C-231/03, Colect., p. I-7287, n.º 26).

68 — Acórdãos Carbotermo (C-340/04, Colect., p. I-4137, n.º 37); e de 19 de Abril de 2007, Asemfo (C-295/05, Colect., p. I-2999, n.º 57).

69 — Acórdão Coditel, já referido, n.º 53, que remete para os n.os 56 a 61 do acórdão Asemfo, do qual, todavia, não se deduz essa percentagem de participação.

70 — Ponto II.7 das observações da Acoset e ponto 5 das observações do Governo italiano.

71 — Acórdãos Parking Brixen e Carbotermo, já referidos.

106. Sem intenção de afastar a categoria jurídica da «parceria público-privada institucionalizada», creio que devem individualizar-se os seus diversos elementos.

107. Não há inconveniente em que as empresas públicas territoriais tenham personalidade jurídica e executem as actividades associadas de redigir os seus estatutos, subscrever o capital e coligar-se com quem considerarem oportuno.

108. Também não merece qualquer crítica o anúncio de uma oferta visando integrar nessa sociedade particulares prontos a desembolsar o montante que coadjuve a sua operatividade.

109. A ausência total de concurso na adjudicação de serviços não é compatível com os artigos 43.º CE e 49.º CE, nem com os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação, afectando o «Servizio Idrico Integrato», mas o antídoto para essa situação assenta nos critérios que inspiram a própria escolha do sócio privado.

110. Os candidatos devem demonstrar a capacidade pessoal e financeira para entrar como accionistas, mas a sua destreza técnica e os benefícios económicos e de outro tipo constantes da sua proposta deverão ocupar um lugar predominante entre os aspectos a valorizar.

111. Com efeito, a Comunicação sobre as PPPI refere que «o facto de uma entidade privada e uma entidade adjudicante cooperarem no âmbito de uma entidade de capital misto não pode justificar o incumprimento das disposições aplicáveis aos contratos públicos e às concessões quando da adjudicação de contratos públicos ou concessões a esse entidade privada ou à entidade de capital misto».

112. Por isso, a validade material das PPPI é delimitada pela equidade e pela previsão, de forma a que todos os concorrentes, manifestos ou potenciais, tenham acesso a uma informação adequada sobre o projecto da entidade adjudicante de criar a entidade de capital misto para lhe atribuir um contrato público ou uma concessão.

113. A exigência de publicidade decorre, para os contratos, dos artigos 41.º e seguintes da Directiva 2004/17/CE e dos artigos 35.º, 36.º e 58.º da Directiva 2004/18/CE; para as concessões de serviços públicos, a jurisprudência [72] impô-la como meio para preservar os princípios da transparência, da igualdade de trata-

72 — Acórdãos de 7 de Dezembro de 2000, Telaustria e Telefonadress (C-324/98, Colect., p. I-10745, n.os 60 a 62; e Coname, já referida, n.os 16 a 19.

mento e da não discriminação em razão da nacionalidade [73].

114. O Tribunal de Justiça considerou que os artigos 43.º CE e 49.º CE plasmam o princípio da igualdade de tratamento [74] e a proibição da discriminação em razão da nacionalidade [75].

115. No que respeita à concorrência, nas minhas conclusões no processo Ing. Aigner exorto à correcção da miopia dos que relegam o direito comunitário dos contratos a um papel de mero coordenador dos procedimentos de adjudicação, pois, de facto, este prossegue um objectivo mais vasto: o estabelecimento de uma concorrência objectiva neste sector, que vise a realização das liberdades essenciais na integração europeia [76].

116. Embora essa doutrina se refira à contratação, nas concessões de serviços públicos [77] deve também reprimir-se o falseamento da concorrência, porque se baseiam nos mesmos princípios do Tratado, embora o conjunto de concepções nacionais sobre a «concessão», sobre os «serviços públicos de interesse geral», sobre os «direitos especiais» e sobre os «direitos exclusivos» eclipse a sua relação com os artigos 81.º CE, 82.º CE e 86.º CE [78].

4. Corolário

117. A resposta afirmativa à questão prejudicial suscitada parece inelutável, atendendo a

73 — Os diferentes concorrentes deve gozar de idênticas oportunidades, independentemente da sua nacionalidade, como mostrou o acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de Abril de 1996, Comissão/Bélgica (C-87/94, Colect., p. I-2043, n.os 33 e 54).

74 — Acórdão de 5 de Dezembro de 1989, Comissão/Itália (C-3/88, Colect., p. 4035, n.º 8).

75 — Acórdão de 8 de Outubro de 1980, Überschär (810/79, Colect., p. 2747, n.º 16).

76 — Como decorre do segundo considerando da Directiva 2004/18 e do nono considerando da Directiva 2004/17, bem como dos acórdãos do Tribunal de Justiça de 22 de Junho de 1989, Fratelli Costanzo (103/88, Colect., p. 1839, n.º 18, *in fine*); de 10 de Novembro de 1998, BFI Holding, já referido, n.º 41; de 3 de Outubro de 2000, University of Cambridge (C-380/98, Colect., p. I-8035, n.º 16); de 1 de Fevereiro de 2001, Comissão/França (C-237/99, Colect., p. I-939, n.º 41); Stadt Halle e RPL Lochau, já referido, n.º 44); e Carbotermo, já referido, designadamente n.º 58.

77 — Muñoz Machado, S., em «Servicio público y mercado. Los fundamentos», vol. I, Ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 40, tranquiliza ao explicar que a Europa não abomina o serviço público, querendo simplesmente ajustá-lo a um ambiente de concorrência, o que implica um novo repto, mas não a sua liquidação.

78 — Sintetiza estes aspectos Neergaard, U., em «The concept of concession in the EU public procurement law versus EU competition law and nacional Law», The new EU public procurement Directives, Ruth Nielsen & Steen Treumer (ed), Djøf Publishing, 2005, pp. 149 a 181.

um elementar critério de eficácia na gestão administrativa, sempre que não se frustrem as garantias que decorrem do direito comunitário.

118. As liberdades fundamentais do Tratado exigem a salvaguarda da transparência e da proibição da discriminação no concurso público do sócio privado da entidade, cujo destino, sem prejuízo de algumas alterações não substanciais, fica ligado à gestão do serviço, cabendo a titularidade formal dessa atribuição à sociedade mista e a operacional à empresa privada.

119. As normas de selecção do parceiro privado devem assentar não só na sua entrada de capital, mas também na sua experiência e nas características da sua oferta quanto às prestações concretas que deva fornecer.

120. Cabe ao tribunal siciliano avaliar a aptidão do anúncio do Jornal Oficial das Comunidades Europeias para salvaguardar a concorrência e as liberdades de prestação de serviços e de estabelecimento, bem como os interesses dos potenciais afectados.

121. Além disso, para evitar que o sócio privado tenha vantagens indevidas relativamente aos seus concorrentes [79], cumpre averiguar se a escolha foi conforme com o procedimento previsto nas Directivas 2004/17 e 2004/18 para a adjudicação, sempre que sob a aparência de PPPI se escondam as condições de um contrato de serviços ou de uma concessão de obras.

122. Para configurar a sua decisão, cumpre apreciar se, sob a PPPI de Ragusa, há um contrato ou uma concessão e, tendo em conta o que precede, se se circunscreve a algumas obras ou a um serviço público, delineando assim o regime jurídico que uma correcta adjudicação e uma completa publicação impõem.

79 — Encontraram-se pistas fiáveis na Comunicação, quando prevê a inclusão, no anúncio de concurso ou no caderno de encargos, do contrato público ou da concessão a adjudicar à entidade de capital misto a criar, bem como nos seus estatutos. Indica também o acordo de accionistas, a relação contratual entre a entidade adjudicante e o sócio privado e a desta com a sociedade mista, sem descurar as possibilidades de renovação ou de modificação do contrato público ou da concessão e as de atribuição opcional de outras tarefas.

VII — Conclusão

123. Tendo em conta o que precede, proponho ao Tribunal de Justiça que responda à questão prejudicial do Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia declarando que:

«Os artigos 43.º, 49.º e 86.º do Tratado, a 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, e a Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, não se opõem à adjudicação directa de um serviço público que implique a realização prévia de obras a uma sociedade de economia mista constituída expressamente para esse fim, sempre que estejam reunidas as seguintes circunstâncias:

— que a sociedade mantenha esse objecto social exclusivo durante toda a sua existência;

— que o sócio privado seja seleccionado através de um procedimento de concurso público, após verificação dos requisitos financeiros, técnicos, operativos e de gestão, assim como das características da sua oferta quanto ao serviço a efectuar;

— que o sócio privado assuma, como industrial, a execução do serviço e das obras; e

— que esse concurso seja compatível com o princípio da livre concorrência e respeite a transparência e a igualdade de tratamento impostas pelo direito comunitário para as concessões e, se for o caso, as regras de publicidade e de adjudicação da contratação pública.»