CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL NIAL FENNELLY

apresentadas em 18 de Maio de 2000 *

1. A questão essencial suscitada no âmbito do presente reenvio prejudicial pelo Bundesvergabeamt (serviço federal de adjudicações, a seguir «BVA») (Áustria) visa esclarecer se os contratos de concessão de serviço público estão excluídos do campo de aplicação 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 [1], e 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 [2]. Caso estejam excluídos, coloca-se então a questão da determinação do âmbito de tal exclusão. São também colocadas outras questões, tais como saber se os elementos de um contrato que se incluem no campo de aplicação da Directiva 93/38 poderão ser dissociados dos elementos que ali não se incluem, bem como o problema da distinção entre contratos de prestação de serviços e contratos de fornecimento.

I — O contexto jurídico e factual

A — *O direito comunitário*

2. O oitavo considerando do preâmbulo da Directiva 92/50 tem a seguinte redacção:

«considerando que a prestação de serviços apenas é abrangida pela presente directiva na medida em que essa prestação tenha uma base contratual; que não é abrangida a prestação de serviços numa outra base, como seja a decorrente de disposições legislativas ou regulamentares ou contratos de trabalho...».

* Língua original: inglês.

1 — JO L 209, p. 1. Esta directiva foi desde então alterada pela 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 respectivamente de serviços públicos, de fornecimentos públicos e de empreitadas de obras públicas (JO L 328, p. 1).

2 — JO L 199, p. 84. Esta directiva foi desde então alterada pela Directiva 98/4/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Fevereiro de 1998 (JO L 101, p. 1).

O artigo 1.° da mesma directiva dispõe o seguinte:

«Para efeitos do disposto na presente directiva:

a) Os '*contratos públicos de serviços*' são contratos a título oneroso celebrados por escrito entre um prestador de serviços e uma entidade adjudicante, com excepção de:

...

v) contratos relativos a serviços de telefonia vocal, telex, radiotelefonia móvel, chamada de pessoas e comunicação via satélite...».

3. O vigésimo quarto considerando do preâmbulo da Directiva 93/38 tem a seguinte redacção:

«considerando que a prestação de serviços só é abrangida pela presente directiva na medida em que se baseie em contratos; que a prestação de serviços baseada noutros actos, tais como disposições legislativas, regulamentares ou administrativas ou contratos de trabalho, não é abrangida».

O artigo 1.°, n.° 4, desta mesma directiva dispõe o seguinte:

«[Os] 'contratos de fornecimento, de empreitada e de prestação de serviços' [são] contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre uma das entidades adjudicantes definidas no artigo 2.° e um fornecedor, empreiteiro ou prestador de serviços, e que têm por objecto:

...

c) No caso dos contratos de prestação de serviços, qualquer outra prestação que não as referidas nas alíneas a) e b) e com exclusão de:

...

iii) contratos que tenham por objecto serviços de arbitragem e conciliação,

iv) contratos relativos à emissão, compra, venda e transferência de títulos ou outros instrumentos financeiros,

...

vi) ... Os contratos que incluam serviços e fornecimentos são considerados contratos de fornecimento quando o valor total dos fornecimentos for superior ao valor dos serviços abrangidos pelo contrato...».

No artigo 2.°, n.° 1, estabelece-se que a directiva «é aplicável às entidades adjudicantes:

a) Que sejam poderes públicos ou empresas públicas e exerçam uma das actividades definidas no n.° 2...».

O n.° 2 deste mesmo artigo dispõe, no que aqui nos interessa, que as «actividades abrangidas pelo campo de aplicação da presente directiva» incluem:

«...

d) A colocação à disposição ou a exploração de redes públicas de telecomunicações ou a prestação de um ou mais serviços públicos de telecomunicações...».

B — *A legislação austríaca e a matéria de facto no processo principal*

4. A Post & Telekom Austria AG (a seguir «PTA») sucedeu juridicamente, desde 1 de Janeiro de 1997, à antiga Post & Telegraphenverwaltung (administração dos correios e das telecomunicações). Esta última tinha por missão a exploração do monopólio austríaco dos correios e das telecomunicações, e neste âmbito a obrigação legal de fornecimento de listas telefónicas [3]. Contudo, por razões económicas, aquela administração tinha decidido em 1992 procurar um parceiro para a assistir na elaboração do Amtliches Telefonbuch (lista telefónica oficial, actualmente conhecida pela designação de «páginas brancas»). Em 1992 foi formalizado um contrato (embora aparentemente não sob a forma de uma concessão), o qual expirou no final do ano

3 — § 31 da Fernmeldegesetz (antiga lei sobre as telecomunicações).

de 1997. Face ao iminente expirar do prazo do contrato, a PTA propôs, através de anúncio publicado em 15 de Maio de 1997 no *Amtsblatt zur Wiener Zeitung* (boletim anexo ao jornal oficial austríaco), bem como em diversos jornais, a concessão da produção de listas e de bases de dados electrónicas dos seus assinantes. O concessionário, em contrapartida deste encargo que assumia, seria autorizado a explorar a concessão de forma lucrativa, ficando a PTA com uma participação de 40% na sociedade que deveria ser constituída pelo concessionário com esta finalidade. A concessão foi, pouco depois, atribuída à Herold Business Data AG (a seguir «HBD»), sociedade que viria a revelar-se ter sucedido juridicamente àquela com quem tinha sido celebrado o contrato inicial em 1992 [4]. A concessão foi então formalizada em 15 de Dezembro de 1997.

5. No dia 1 de Agosto de 1997, entrou em vigor a Telekommunikationsgesetz (lei sobre as telecomunicações, a seguir «TKA») [5]. O seu § 19 impõe a qualquer prestador de um serviço público telefónico, entre outras obrigações, manter uma listagem actualizada de assinantes, fornecer informações acerca dos números dos seus assinantes assim como uma lista de leitura electrónica, disponível pelo menos semanalmente a pedido da entidade reguladora criada ao abrigo desta lei. Os utilizadores deverão ter acesso a estas informações, que lhes serão facultadas por um preço razoável no âmbito do serviço telefónico universal austríaco, em conformidade com o § 24, n.os 1 e 2, da TKA. À entidade regulamentadora compete, nos termos do § 26, n.º 1, da TKA, assegurar que seja disponibilizada uma lista telefónica global única, combinando as informações constantes das diferentes listas individuais [6]. Além disso, os operadores individuais deverão, por força do disposto no § 96, n.º 1, da TKA, produzir uma lista telefónica que poderá, nomeadamente, ter a forma impressa e/ou electrónica.

6. As demandantes no processo principal, a Telaustria e a Telefonadress, defenderam que os procedimentos de adjudicação previstos pelas disposições comunitárias e austríacas em matéria de contratos públicos de serviços deveriam ter sido aplicadas ao contrato em apreço. Depois de terem formulado, em separado, pedidos de procedimento de arbitragem nos termos previstos pelo § 109 da Bundesvergabegesetz [7] (lei federal sobre celebração de contratos públicos, a seguir «BVerG») — pedidos esses mais tarde objecto de apensação —, a Bundes-Vergabekontrollkommission (comissão federal de controlo das adjudicações) emitiu uma recomendação fundamentada favorável às suas pretensões, concluindo, em 20 de Junho de 1997, pela aplicação das regras da BVerG.

7. A PTA decidiu não acatar esta recomendação, prosseguindo as negociações relati-

4 — A HBD pertence conjuntamente a uma empresa denominada GTE (74%) e à PTA (26%).

5 — *BGBl.* 1997 I, n.º 100.

6 — Até 31 de Julho de 1997, a obrigação legal de publicação das listas telefónicas incumbia à PTA, nos termos do § 2 da Poststrukturgesetz (*BGBl.* 1996 I, n.º 201).

7 — *BGBl.* 1997, n.º 56.

vas ao contrato nos termos constantes do anúncio. Na sua opinião, o contrato em questão estava abrangido pela exclusão expressa das «concessões de serviços» do campo de aplicação da BVerG, prevista pelo § 3, n.os 1 e 8, desta lei. Em 24 de Junho de 1997, a Telaustria, mais tarde acompanhada pela Telefonadress, requereu ao BVA a revisão do processo, em simultâneo com uma providência cautelar. Tendo inicialmente decretado a providência cautelar a favor das demandantes, o BVA decidiu mais tarde, em 10 de Julho de 1997, autorizar provisoriamente a conclusão do contrato pretendido entre a PTA e a HBD, na condição de poder ser anulado no caso de se vir a decidir pela aplicabilidade das regras comunitárias em matéria de adjudicação.

8. O despacho de reenvio afirma que a TKA se aplica ao contrato estabelecido entre a PTA e a HBD. Quando se constituiu como sociedade comercial, a PTA tornou-se uma sociedade com capitais 100% públicos. Está sob controlo das autoridades austríacas e, na opinião do BVA, é uma empresa pública na acepção do artigo 2.°, n.° 1, alínea a), da Directiva 93/38 e, assim sendo, uma entidade adjudicante para efeitos desta directiva.

9. Segundo a descrição do BVA, o contrato em discussão inclui «diversos contratos — parcialmente interligados — com objectos diferentes, mas concluídos entre as mesmas partes». Afirma ainda que o objecto do contrato referente à impressão «é a produção de listas telefónicas impressas».

O BVA salienta que os serviços que a HBD deve fornecer incluem, em primeiro lugar: «recolher, processar e estruturar dados relativos a assinantes, bem como proceder à sua exploração técnica, ou seja, serviços com os números de referência CPC [8] 841b 'Desenvolvimento de software', 8431 'Prestação de serviços no processamento e tabelamento de dados', 8432 'Prestações de serviços relativas ao apuramento de dados', e 8439 'Prestações de serviços relativas aos demais processamentos de dados', e, eventualmente, ainda o 844 'Prestações de serviços de bancos de dados'». O BVA descreve estes serviços como estando incluídos na «categoria 7, 'Serviços informáticos e afins', do anexo XVI A da Directiva 93/38/CEE».

10. A segunda parte do contrato diz respeito à produção de listas telefónicas impressas, o que é qualificado como serviços incluídos na «categoria 15 'Serviços de edição e de impressão à obra ou de forma continuada', no sentido previsto no anexo XVI A da Directiva 93/38/CEE». A última parte do contrato descrita pelo BVA inclui as «prestações de serviços com o número de referência CPC 871, 'Serviços publicitários', o que corresponde a prestações de serviços previstas na categoria 13 do anexo XVI A da Directiva 93/38/CEE». O BVA considera que a percentagem das prestações de serviços enumeradas no anexo XVI A da Directiva 93/38 é superior à do anexo XVI B, pelo que poderá conside-

8 — A «CPC» é a classificação central de produtos da Organização das Nações Unidas. Sobre a relevância da CPC, v., em especial, o acórdão de 24 de Setembro de 1998, Tögel (C-76/97, Colect., p. I-5357, n.os 38 e 39) e os n.os 10, 32 e segs. das nossas conclusões neste processo.

rar-se ser tal directiva aplicável a todo o contrato.

11. Considerando que a exclusão das concessões de serviço público do campo de aplicação da Directiva 92/50 não sustenta necessariamente a posição da PTA, segundo a qual tais contratos estão igualmente excluídos do campo de aplicação da Directiva 93/38, e tendo em conta a incerteza quanto ao que deverá entender-se por tais concessões, o BVA dirigiu ao Tribunal de Justiça as seguintes sete questões:

«Questão principal:

Pode deduzir-se, a partir dos elementos históricos da Directiva 92/50/CEE, e especialmente da proposta da Comissão [COM(90) 372, JO C 23, de 31 de Janeiro de 1991], ou da definição do conceito de 'contratos públicos de serviços' constante do artigo 1.°, alínea a), da mesma directiva, que determinadas categorias de contratos celebrados por entidades adjudicantes às quais é aplicável aquela directiva com empresas prestadoras de serviços estão *a priori* excluídas do seu campo de aplicação, apenas devido a determinadas características comuns, como as mencionadas na proposta da Comissão COM(90) 372, não lhes sendo aplicável o artigo 1.°, alínea a), subalíneas i) a viii), ou os artigos 4.° a 6.° da Directiva 92/50/CEE?

Caso a questão principal mereça resposta afirmativa:

Essas categorias de contratos estão igualmente sujeitas à disciplina da Directiva 93/38/CEE, tendo especialmente em atenção o seu vigésimo quarto considerando?

Caso a segunda questão seja respondida afirmativamente:

É possível delimitar suficientemente estas categorias de contratos excluídos do âmbito de aplicação da Directiva 93/38/CEE, de forma análoga à proposta da Comissão COM(90) 372, no sentido de que a sua característica essencial consiste no facto de uma entidade adjudicante abrangida pelo campo de aplicação pessoal da Directiva 93/38/CEE transferir para uma empresa à sua escolha a execução de uma prestação de serviços que faz parte das suas competências, conferindo-lhe em contrapartida o direito à exploração económica da referida prestação?

Como complemento às três primeiras questões:

No caso de um contrato celebrado por uma entidade adjudicante abrangida pelo

âmbito de aplicação pessoal da Directiva 93/38/CEE conjugar simultaneamente elementos de um contrato de prestação de serviços, na acepção do artigo 1.°, n.° 4, alínea a), da Directiva 93/38/CEE, com elementos que façam parte de outro tipo de contrato aos quais a referida directiva não é aplicável, essa entidade adjudicante está obrigada a retirar do contrato a parte do mesmo que é regida pela dita directiva, se tal operação for tecnicamente viável e economicamente razoável, e a lançar um concurso público, na acepção do artigo 1.°, n.° 7, da mesma directiva, como o Tribunal de Justiça, antes da entrada em vigor da Directiva 92/50/CEE, decidiu no processo C-3/88 [9], a propósito de um contrato que não era globalmente regido pela Directiva 77/62/CEE?

Caso esta questão mereça resposta afirmativa:

A concessão, por via contratual, do direito exclusivo à exploração económica do produto de uma prestação de serviços, que proporcionará ao prestador desses serviços um rendimento que, embora não determinável, será, de acordo com a experiência geral, considerável e previsivelmente superior aos custos da prestação de serviços, deve ser considerada como uma contrapartida da execução da prestação de serviços, tal como o Tribunal de Justiça declarou no processo C-272/91 [10], relativamente a um contrato de fornecimento no qual, em vez da remuneração, foi atribuído pela autoridade pública um outro direito?

Em complemento das questões precedentes:

O artigo 1.°, n.° 4, alíneas a) e c), da Directiva 93/38/CEE deve ser interpretado no sentido de que um contrato cujo objecto seja a execução das prestações de serviço enumeradas na categoria 15 do anexo XVI, parte A, da referida directiva deixa de ser um contrato de prestação de serviços para se tornar num contrato de fornecimento, quando a prestação em causa consiste na produção de um elevado número de bens materiais do mesmo tipo e com valor económico, constituindo, portanto, mercadorias na acepção dos artigos 9.° e 30.° do Tratado CE?

Caso esta questão seja respondida afirmativamente:

O acórdão do Tribunal de Justiça proferido no processo C-3/88 deve ser interpretado no sentido de que um contrato de fornecimento deste tipo deve ser separado dos elementos restantes do contrato de prestação de serviços e ser objecto de concurso público na acepção do artigo 1.°, n.° 7, da Directiva 93/38/CEE, se tal operação for tecnicamente viável e economicamente razoável?»

9 — Acórdão de 5 de Dezembro de 1989, Comissão/Itália (Colect., p. 4035, a seguir «acórdão Data-processing»).

10 — Acórdão de 26 de Abril de 1994, Comissão/Itália (Colect., p. I-1409, a seguir «acórdão Lottomatica»).

II — Observações

12. A Telaustria, a PTA, o Reino da Dinamarca, o Reino dos Países Baixos, a República Francesa e a República da Áustria, assim como a Comissão, apresentaram observações escritas. Todos, à excepção dos Reinos da Dinamarca e dos Países Baixos, apresentaram também alegações orais.

III — Análise

13. Os problemas suscitados pelas diferentes questões colocadas pela jurisdição nacional podem, em minha opinião, ser resumidos da forma seguinte:

i) O contrato em discussão, partindo do pressuposto que se aplicam as regras comunitárias relativas à adjudicação de contratos públicos, é regido pela Directiva 93/38?

ii) As concessões de serviços públicos estão excluídas do campo de aplicação da Directiva 93/38?

iii) Qual é, em direito comunitário, o âmbito de um contrato de concessão de serviço público e como devem ser definidas tais concessões?

iv) Se não são aplicáveis as regras pertinentes de publicidade previstas nas directivas comunitárias em matéria de adjudicação, quais são, caso existam, as exigências em termos de publicidade que poderão resultar da aplicação dos princípios gerais do Tratado?

v) Na hipótese de a Directiva 93/38 não ser aplicável, o facto de a concessão visar a produção de um grande número de listas telefónicas (físicas) significa que esta deverá ser considerada, no todo ou em parte, como um contrato de fornecimento e, consequentemente, sujeito às regras de adjudicação previstas na Directiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento [11]?

Apesar de estas questões estarem em parte interligadas, propomos, para simplificar, abordá-las sucessivamente.

11 — JO L 199, p. 1.

A — *Directiva 92/50 ou Directiva 93/38*

14. Se a Directiva 93/38 fosse aplicável a um contrato como o que foi celebrado entre a PTA e a HBD, seria inútil responder especificamente à primeira pergunta colocada pelo BVA. Convém assim, em nossa opinião, analisar desde já a possível aplicabilidade da directiva sectorial antes de se entrar no exame de outras directivas mais genéricas. Todavia, mesmo que a Directiva 93/38 fosse a única aplicável ao caso vertente, tal não impediria o exame de outras regras comunitárias relativas ao assunto em estudo com vista a ajudar a interpretar essa directiva.

15. Resulta claramente do despacho de reenvio que a PTA, enquanto prestadora de serviços de telecomunicações pertencente aos poderes públicos, deve, em princípio, ser considerada como uma entidade adjudicante, na acepção do artigo 2.°, n.° 1, da Directiva 93/38. O décimo terceiro considerando desta directiva, onde é referido que «não deve ser aplicável às actividades destas entidades que não digam respeito aos sectores... das telecomunicações», pode também confirmar este entendimento. A Directiva 93/38 apenas se aplica, como resulta do seu artigo 2.°, n.° 1, se uma entidade adjudicante exercer «uma das actividades definidas no n.° 2», o que inclui «a colocação à disposição ou a exploração de redes públicas de telecomunicações ou a prestação de um ou mais serviços públicos de telecomunicações...» [12]. Mesmo já não podendo a PTA ser o único prestador de tal tipo de serviços no mercado austríaco, o próprio BVA referiu que as «competências» da PTA incluíam «a disponibilização e a exploração de redes públicas de telecomunicações e ainda a prestação de serviços públicos de telecomunicações». Trata-se, sem margem para dúvidas, como defende a Comissão, de uma entidade adjudicante sectorial. É pacífico que a produção de listas telefónicas físicas e electrónicas está directamente ligada à prestação de tais serviços.

16. O próprio BVA considerou, a título provisório, que os serviços genericamente visados no contrato celebrado entre a PTA e a HBD caem no campo de aplicação da Directiva 93/38 e, mais precisamente, que este contrato deve ser considerado como um contrato de fornecimento na acepção do seu artigo 15.° Para determinar se o contrato objecto do litígio se enquadra no campo de aplicação material da Directiva 93/38, refira-se que nas informações disponibilizadas ao Tribunal de Justiça não há qualquer elemento susceptível de abalar a análise do BVA segundo a qual o contrato deverá ser considerado como incluído no campo de aplicação da referida directiva, excepto se se considerar dever ele ser excluído por configurar uma concessão. Na nossa opinião, para responder às questões colocadas não é necessário tomar posição sobre a questão de saber se se trata de um contrato de fornecimento ou de prestação de serviços. Com efeito, se um contrato como o que está em discussão no processo principal for considerado um contrato de fornecimento ou de prestação de serviços na acepção do artigo 1.°, n.° 4, da Directiva 93/38, aplicar-se-ão as regras de publicidade previstas no artigo 15.° ou no artigo 16.° dessa directiva.

12 — V. artigo 2.°, n.° 2, alínea d), citado na íntegra no n.° 3 *supra*.

17. Não estamos de acordo com a PTA quando afirma que os únicos serviços incluídos no campo de aplicação da Directiva 93/38 são os que surgem no final de uma longa cadeia de serviços e que, no que se refere ao caso vertente, estão directamente ligados ao fornecimento efectivo de serviços telefónicos vocais. Resulta claramente do décimo sétimo considerando da Directiva 92/50 que as disposições desta não tiveram por objectivo afectar as disposições da directiva que precedeu a Directiva 93/38; ou seja, se um contrato couber no âmbito de aplicação da directiva sectorial, as disposições mais genéricas da Directiva 92/50 não são aplicáveis. Apesar de os serviços incluídos no campo de aplicação desta última directiva estarem discriminados, designadamente no anexo I A, e incluírem os «serviços de telecomunicações» (categoria 5), resulta claramente da nota de rodapé relativa a esta categoria que estão excluídos os serviços de telefonia vocal. Só uma interpretação muito estrita do campo de aplicação da Directiva 93/38 poderia justificar a tese da PTA, segundo a qual um contrato cujo objecto é a produção de listas telefónicas não está suficientemente relacionado com o fornecimento de serviços telefónicos vocais para que se lhe possa considerar aplicável aquela directiva. Em nossa opinião, não é correcta essa interpretação estrita. É particularmente relevante, como se salienta no despacho de reenvio, o facto de a categoria 15 do anexo XVI da Directiva 93/38 incluir expressamente os «serviços de edição e de impressão» entre os serviços sujeitos aos procedimentos de publicidade prescritos no artigo 15.°

18. Além disso, o artigo 1.°, n.° 4, da Directiva 93/38 descreve, *inter alia*, os contratos de prestação de serviços visados por esta directiva como «contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre uma das entidades adjudicantes definidas no artigo 2.° e um fornecedor, empreiteiro ou prestador de serviços», que têm por objecto [ver artigo 1.°, n.° 4, alínea ii)] «serviços de telefonia vocal». Consequentemente, parece-nos que o BVA considerou correctamente que a Directiva 93/38 é, em princípio, a directiva aplicável ao caso vertente. O problema levantado nas segunda, terceira e quinta questões (e, indirectamente, na primeira) deverá, assim, ser interpretado no sentido de se pretender esclarecer se o facto de o contrato concluído entre a PTA e a HBD ser uma concessão, implicará a não aplicação da Directiva 93/38. É este, aliás, o problema essencial que se coloca no caso vertente.

B — *A exclusão das concessões de serviços públicos*

19. Para as demandantes, as concessões de serviços públicos não deveriam ser consideradas como estando fora do alcance das regras comunitárias em matéria de adjudicação uma vez que uma tal interpretação tornaria tais regras dependentes das diferenças na classificação das actividades públicas pelas diversas legislações nacionais. Opõe-se a uma tal excepção a necessidade de interpretar de modo estrito as excepções às regras sobre adjudicação de contratos públicos. Inversamente, se se excluírem as concessões, para que se trate de uma concessão de serviço público, deverá haver uma transferência real e efectiva de uma actividade no interesse do público. Segundo as demandantes, não é esse o caso da produção de listas tele-

fónicas. Salientam que não houve qualquer proposta expressa da Comissão no sentido de integrar as concessões de serviços públicos no campo de aplicação da Directiva 93/98 e concluem que seria injustificado deduzir do silêncio da directiva a exclusão de tais contratos.

20. A PTA, apoiada pelos Estados-Membros que intervieram no processo e pela Comissão, defende essencialmente que resulta claramente da história legislativa da Directiva 92/50, bem como da análise do campo de aplicação geral das directivas relativas à adjudicação de contratos públicos, que o Conselho não pretendeu incluir as concessões nem no campo de aplicação desta directiva nem no da Directiva 93/38. O campo de aplicação material desta última circunscreve-se ao tipo de contratos aí discriminados, dos quais as concessões não são um exemplo.

21. Na nossa opinião, é manifesto que o Conselho rejeitou a proposta da Comissão no sentido de incluir as concessões no âmbito de aplicação da Directiva 92/50. Na sua proposta inicial, apresentada em 13 de Dezembro de 1990, as «concessões de serviços públicos» eram distinguidas dos «contratos públicos de serviços» no artigo 1.°, alínea a), vi), definidas no artigo 1.°, alíneas a) e h), e sujeitas, no artigo 2.°, às regras de publicidade da directiva proposta [13]. Para além de uma definição mais precisa de «concessão de serviços públicos», a proposta alterada apresentada em 28 de Agosto de 1991 continha, no essencial, disposições semelhantes [14]. A justificação inicialmente avançada pela Comissão para incluir estas concessões constava do décimo considerando da proposta, no qual a Comissão defendia que, «para garantir processos de adjudicação coerentes, a presente directiva deve abranger as concessões de serviços públicos do mesmo modo que a Directiva 71/305/CEE é aplicável às concessões de obras públicas». A referência a esta última directiva desapareceu no décimo considerando da proposta alterada, na qual apenas é dito que a inclusão das concessões de serviços públicos se afigurava necessária «para garantir processos de adjudicação coerentes». Durante o processo legislativo, o Conselho decidiu eliminar da proposta todas as referências às concessões de serviços públicos. A sua fundamentação consta do documento onde expôs os motivos para a sua posição comum, citado pela República Francesa nas suas observações escritas [15]. Como defende a França, a decisão do Conselho não pode deixar de ser interpretada como uma recusa expressa em integrar tais concessões no campo de aplicação da Directiva 92/50.

13 — Proposta de directiva do Conselho relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços [COM(90) 372 final, JO 1991, C 23, p. 1]. O artigo 3.° da proposta estabelecia regras especiais relativas a situações em que o concessionário era uma entidade adjudicante.

14 — Proposta alterada de directiva do Conselho relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços [COM(91) 322 final, JO 1991, C 250, p. 4].

15 — Documento n.° 4444-92-ADD-1, de 25 de Fevereiro de 1992. No essencial, o Conselho defendia que as diferenças entre as diversas legislações nacionais relativas àquelas concessões eram demasiado importantes, de tal modo que a adopção da proposta não teria a mesma incidência em todos os Estados-Membros. Nas suas observações escritas, a República da Áustria sublinha que tal oposição era devida ao facto de, em alguns Estados-Membros, as concessões serem unicamente atribuídas mediante actos públicos (administrativos) que não estariam abrangidos pela definição proposta pela Comissão, a qual assentava em concessões atribuídas na sequência de contratos consensuais de direito privado. A própria Comissão o reconheceu, embora lamentando, na sua comunicação ao Parlamento Europeu a propósito da posição comum [documento SEC(2) 406 final, de 5 de Março de 1992].

22. É na sequência do que acabamos de relatar que interpretamos como significativo o facto de a Comissão não ter sugerido sequer a inclusão das concessões de serviços público na proposta, apresentada em 27 de Setembro de 1991, do que viria a ser a Directiva 93/38 do Conselho [16]. Mais significativo ainda é o facto de, na sua proposta alterada do que se tornaria na directiva que precedeu a Directiva 93/38 — a saber, a Directiva 90/531/CEE do Conselho, de 17 de Setembro de 1990, relativa aos procedimentos de celebração dos contratos de direito público nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações [17], primeira directiva sectorial em matéria de celebração de contratos públicos —, a Comissão ter proposto determinadas disposições destinadas a regulamentar as concessões de serviço público [18]. Esta proposta não foi aceite pelo Conselho pelo facto de essas concessões só existirem num Estado-Membro, e porque o Conselho considerou inoportuno prosseguir com a respectiva regulamentação sem um estudo detalhado acerca das diversas formas de concessões de serviços públicos outorgadas nos Estados-Membros nos sectores da água, do gás e da electricidade [19]. Esta análise da génese legislativa demonstra claramente que o silêncio da Directiva 93/38 relativamente às concessões foi intencional e teve o objectivo manifesto de as excluir. No caso vertente, deve, assim, ver-se aqui um elemento de claro auxílio na interpretação do texto da directiva que acabou por ser adoptada pelo Conselho.

23. Outros elementos no sentido defendido nesta nossa análise poderão ser retirados das directivas relativas aos contratos de empreitadas de obras públicas. O artigo 3.°, n.° 1, da primeira directiva em matéria de adjudicações, a Directiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, exclui expressamente os contratos de concessão do âmbito dos «contratos de empreitada de obras públicas», definidos no artigo 1.°, alínea a), para efeitos da directiva, como sendo «contratos a título oneroso, celebrados por escrito por um empreiteiro... e uma entidade adjudicante» [20]. Em 1989, a Directiva 89/440/CEE do Conselho, de 18 de Julho de 1989, que alterou a Directiva 71/305 [21], adoptou uma definição de «concessão de obras públicas» [v. o novo artigo 1.°, alínea d), introduzido pelo artigo 1.°, n.° 1, da Directiva 89/440] e estabeleceu «regras de publicidade» a aplicar à adjudicação de tais concessões (v. o novo artigo 1.°-B, introduzido pelo artigo 1.°, n.° 2, da Directiva 89/440). E este aspecto é extremamente significativo já que, pela primeira vez, as regras comunitárias relativas à adjudicação de contratos públicos abrangiam expressamente o fenómeno das concessões. No momento da celebração do contrato em discussão no caso vertente as disposições legais relevantes eram as da directiva consolidada que substituiu a Directiva 71/305, a saber, a Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa

16 — Proposta de directiva do Conselho que altera a Directiva 90/531/CEE relativa aos procedimentos de celebração dos contratos de direito público nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações [COM(91) 347 final, JO 1991, C 337, p. 1].

17 — JO L 297, p. 1.

18 — Proposta alterada da directiva do Conselho relativa aos procedimentos de aquisição das entidades fornecedoras de água, energia, serviços de transporte e serviços de telecomunicações [COM(89) 380 final, JO 1989, C 264, p. 22].

19 — V. n.° 10 do documento do Conselho n.° 5250/90, de 22 de Março de 1990, MAP 7, PRO-COOP 28, do qual foi anexada uma cópia pela Comissão às suas observações escritas.

20 — JO L 185, p. 5.

21 — JO L 210, p. 1.

à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas [22]. Esta directiva foi adoptada no mesmo dia que a Directiva 93/38. Para nós é, assim, evidente que, se o Conselho tivesse pretendido submeter as concessões de serviços públicos à Directiva 93/38, tê-lo-ia feito expressamente, tal como o fez quando adoptou a Directiva 93/37. A única conclusão que poderá racionalmente deduzir-se desta falta de menção expressa é a que podemos encontrar já nas conclusões do advogado-geral A. La Pergola no processo BFI Holding, no sentido de que a Directiva 93/38 «é apenas aplicável à *prestação de serviços com base contratual*» [23].

24. É, consequentemente, claro que no âmbito do direito comunitário de adjudicação de contratos públicos, a noção de «*contratos a título oneroso celebrados por escrito*» (sublinhado nosso), a qual surge em todas as directivas desde a Directiva 71/305, a primeira na matéria, até à Directiva 93/38, nunca abrangeu as concessões. Não é possível defender, como o fazem implicitamente as recorrentes, que uma interpretação literal daquele conceito, tal como aparece agora no artigo 1.°, n.° 4 da Directiva 93/38, permitiria integrar no seu campo de aplicação os acordos escritos do tipo daqueles que se designam como concessões, nos quais a contrapartida é obtida quer integralmente pela exploração, quer em parte pela exploração e em parte por um pagamento pela entidade adjudicante. Dito de outro modo, mesmo abstraindo da história legislativa, uma interpretação contextual da noção de contrato a título oneroso, que seria necessária uma vez que não se encontra definida na Directiva 93/38, excluiria as concessões.

25. De onde resulta, em nossa opinião, que o Tribunal de Justiça deverá pronunciar-se no sentido de que as «concessões de serviços públicos» não se enquadram no âmbito de aplicação da Directiva 93/38.

C — *O alcance da noção de concessões de serviços públicos*

26. Uma vez que, em nossa opinião, as concessões de serviços públicos estão fora do âmbito de aplicação da Directiva 93/38, para a resposta a dar às terceira e quinta questões colocadas pela jurisdição nacional será necessário analisar o tipo de «acordo» susceptível de ser qualificado como uma concessão desse tipo e de ser, assim, excluído das regras de publicidade previstas naquela directiva. Ao fazê-lo, estamos conscientes que o legislador comunitário não entendeu ser necessário definir «concessões de serviços públicos», a não ser quando incluiu expressamente as concessões. Nestas circunstâncias, concordamos tanto com os Estados-Membros que intervieram no presente processo como com a Comissão, quando defendem que na falta de definição legislativa, cabe ao Tribunal de Justiça destacar os critérios que permitam determinar o que constitui uma concessão, por forma a auxiliar o BVA a proferir a decisão final no caso vertente.

22 — JO L 199, p. 54. Por razões de comodidade, as Directivas 89/440 e 93/37 serão por vezes referenciadas a seguir como «directivas relativas às empreitadas de obras públicas».

23 — Conclusões de 19 de Fevereiro de 1998 (acórdão de 10 de Novembro de 1998, C-360/96, Colect., p. I-6821, n.° 26, sublinhado no original).

27. As recorrentes sustentam que a essência de uma concessão reside no facto de não ser paga qualquer remuneração pela entidade adjudicante ao concessionário. A este último deverá apenas ser atribuído o direito de explorar economicamente a concessão, embora este direito possa, na opinião das recorrentes, ser acompanhado de uma obrigação de pagamento de uma contrapartida à entidade adjudicante. Defendem ainda que o objecto da concessão deve referir-se a um serviço de interesse público relacionado com o exercício do poder público. Na sua opinião, tal não acontece no caso vertente, uma vez que cada prestador de serviços de telecomunicações se encontra obrigado, por força do § 96, n.º 1, da TKA, a publicar uma lista telefónica.

28. As observações das outras partes e dos interessados que decidiram intervir são, em larga medida, coincidentes no que se refere às principais características distintivas de uma concessão. Uma concessão classificar-se-ia, na sua opinião, com referência a três características essenciais. Em primeiro lugar, o serviço prestado deverá beneficiar terceiros, mais do que a própria entidade adjudicante. Em segundo lugar, o objecto do serviço concessionado deverá referir-se a um assunto de interesse público. Em terceiro lugar, o concessionário deverá assumir o risco económico que envolve a prestação do serviço em questão.

29. Antes de mais, convirá ter presente que as «concessões de serviço público» não estão abrangidas pela Directiva 93/38. Consequentemente, não podemos aceitar, como sustentam as recorrentes, que o âmbito daquelas deverá ser interpretado em termos estritos. As concessões não são derrogações às regras de publicidade previstas na directiva, mas sim um tipo de «acordo» que não está abrangido pela directiva e que, nessa medida, está fora do alcance dessas regras.

30. Parece-nos que um ponto de partida adequado será a definição constante das directivas relativas às empreitadas de obras públicas, uma vez que se trata da única definição aprovada até à data pelo legislador comunitário. O artigo 1.º, alínea d), da Directiva 89/440 definiu inicialmente a «concessão de obras públicas» como «um contrato que apresenta as mesmas características referidas na alínea a) [dos 'contratos de empreitadas de obras públicas'], com a excepção de que a contrapartida das obras consiste quer unicamente no direito de exploração da obra quer nesse direito acompanhado do pagamento de um preço» [24]. A inclusão de tais concessões no âmbito da directiva foi justificada no décimo primeiro considerando pela «importância crescente das concessões de obras públicas e [pela] sua natureza específica...» [25]. Posteriormente, a Directiva 93/37 manteve uma definição idêntica de «concessão de obras públicas» bem como uma justificação idêntica para a inclusão de tais concessões no seu campo de aplicação [26]. É nosso entendimento que o legislador comunitário considerou que a essência de uma concessão reside na ausência, pelo menos parcial, de uma contrapartida dada pela entidade adjudicante ao concessionário. Concordamos tratar-se de uma carac-

24 — Esta disposição retomava, assim, amplamente a antiga definição daquilo que estava excluído do conceito de «contratos a título oneroso celebrados por escrito» pelo artigo 3.º, n.º 1, da Directiva 71/305.

25 — As regras de publicidade aplicáveis a tais «contratos» foram definidas pelo novo artigo 1.º-B, aditado à Directiva 71/305 pelo artigo 1.º, n.º 2, da Directiva 89/440.

26 — V. artigo 1.º, alínea d), e o quinto considerando da directiva.

terística fundamental da concessão, cuja importância não se restringe às que se relacionam com empreitadas de obras públicas. Esta característica manifesta-se, em nossa opinião, no facto de ser o próprio concessionário a ter que suportar o risco económico principal, ou pelo menos substancial, associado à prestação do serviço em causa. Se a jurisdição nacional entender que o peso ou o risco económico foi efectivamente transferido para o concessionário pela entidade adjudicante, então existirá uma presunção muito forte de que o «acordo» celebrado configura uma concessão, mais do que um contrato.

31. Parece-nos que a indicação particular mais importante para apurar se o risco económico deve ser suportado pelo concessionário resultará da análise da natureza da exploração que lhe é exigido assegurar no âmbito da suposta concessão. O acórdão BFI Holding fornece uma indicação forte de que o Tribunal de Justiça encara a obrigação de explorar o direito concedido com vista à obtenção de uma remuneração como a essência de uma concessão genuína. Em resposta a um argumento invocado pela França nas suas observações, no sentido de que os contratos em discussão naquele processo (relativos a uma *joint venture* entre dois municípios neerlandeses com vista a assegurar os serviços de recolha de lixo e de limpeza de vias públicas através da ARA, uma sociedade constituída precisamente com essa finalidade) podiam ser considerados uma concessão de serviço público, o Tribunal de Justiça considerou, sem ter julgado necessário interpretar este conceito, que resultava claramente do acordo em causa «que a remuneração paga à ARA consiste *unicamente num preço e não no direito de explorar o serviço*» [27].

32. Durante a audiência, foi feita referência a um projecto de comunicação da Comissão sobre a interpretação das concessões em direito comunitário [28]. Nessa comunicação, objecto de várias referências durante a audiência, a Comissão enuncia diversos exemplos de situações das quais tomou conhecimento mas que, na sua opinião, não satisfazem o requisito de ser o concessionário a suportar o risco [29]. Deste modo, quando, por exemplo, as autoridades públicas efectivamente garantem a indemnização do concessionário no caso de danos futuros, ou quando não há, por parte do concessionário, uma efectiva exploração do serviço cuja prestação foi cedida, a Comissão defende que esse «acordo» não poderá ser qualificado como concessão.

33. Contudo, sou levado a concordar com as observações da França quando afirma

27 — N.º 25 (sublinhado nosso). O Tribunal de Justiça concordou assim implicitamente com o ponto de vista o advogado-geral A. La Pergola, segundo o qual um «aspecto significativo da concessão de serviços no âmbito comunitário [...] reside no facto de o concessionário assumir o risco económico resultante da *prestação e da gestão dos serviços objecto da concessão*»; n.º 26 das conclusões (sublinhado nosso).

28 — Na data da audiência (23 de Março de 2000), o projecto só tinha sido tornado público através da Internet; v. o «Project de communication interprétative de la Comission sur les concessions en droit communautaire des marchés publics», DG XV XV/B — 24 de Fevereiro de 1999 (http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/pub/publproc/general/concfr.pdf.), então apenas disponível em francês. Todavia, foi entretanto (29 de Abril de 2000) publicado como uma comunicação interpretativa no Jornal Oficial (JO 2000, C 121, p. 2).

29 — V., em particular, a nota n.º 10 da comunicação.

não existir qualquer definição clara de «concessões de serviços públicos». O único ponto incontroverso, tal como se extrai dos acórdãos Lottomatica e BFI Holding, é que, sendo fixada ou sendo determinável uma remuneração, o acordo deverá ser considerado como um contrato, caindo, *prima facie*, no âmbito da directiva referente à adjudicação de contratos. No acórdão Lottomatica, o Governo italiano tinha publicado um aviso de concurso para a pretensa «concessão» da automatização do loto italiano. A Itália alegou que, enquanto concessão destinada à prestação de um serviço público, não caía na alçada da Directiva 77/62/CEE [30]. O Tribunal rejeitou este argumento. Considerou que «a introdução do sistema de automatização em discussão não implica[va] qualquer transferência de responsabilidades para o concessionário no que concerne às diversas operações inerentes ao jogo do loto» e que era «certo que o contrato em causa se refer[ia] ao fornecimento de um sistema de automatização integrado, compreendendo, designadamente, o fornecimento de determinados bens à administração» [31]. O facto de este sistema apenas se tornar propriedade da administração no final da relação contratual com o adjudicatário era «indiferente», porque o «'preço' deste fornecimento [era] constituído por uma retribuição anual proporcional ao volume das receitas» [32]. Torna-se portanto necessário examinar em cada caso um certo número de factores que indicarão se, na verdade, o acordo concluído entre as partes constitui um contrato escrito a título oneroso relativamente à prestação de serviços em causa. Há um consenso geral nas observações apresentadas no que concerne à pertinência do outro critério avançado pelo advogado-geral A. La Pergola nas suas conclusões no processo BFI Holding, quando defende que, «no caso da concessão, o beneficiário do serviço é um terceiro estranho à relação contratual» [33]. Apesar de não ser de rejeitar totalmente o auxílio que este factor poderá potencialmente oferecer em certos casos limites, parece-nos que pouco acrescenta ao requisito segundo o qual o concessionário deverá obter, efectivamente, pelo menos uma parte significativa da sua remuneração não da entidade que concede a exploração, mas da exploração do serviço. Se, de facto, a entidade adjudicante for, desde o início, o seu único cliente, por oposição a terceiros, dificilmente se concebe que o acordo estabelecido entre estas partes possa deixar de ser classificado como «contrato a título oneroso». Com efeito, uma tal situação seria semelhante à verificada no processo Lottomatica, onde o único cliente do pretenso concessionário era, de forma evidente, a administração pública responsável pela organização das lotarias em Itália.

34. Já há menos consenso nas observações apresentadas quanto à relevância da natureza do interesse público do serviço concessionado. Nas suas conclusões no processo BFI Holding, o advogado-geral A. La Pergola manifestou-se no sentido de que «[a] concessão de serviços em direito comunitário exige também que o serviço em causa assuma interesse geral, uma vez que a sua prestação incumbiria institucionalmente a uma autoridade pública» [34]. Prosseguiu afirmando que «[o] facto de ser um terceiro a prestar o serviço causa, [significa] assim, uma substituição do concedente pelo concessionário nas obrigações

30 — Directiva do Conselho de 21 de Dezembro de 1976 relativa à coordenação dos processos de celebração dos contratos de fornecimento de direito público (JO 1977, L 13, p. 1; EE 17 F1 p. 29).

31 — N.º 24.

32 — N.º 25.

33 — N.º 26.

34 — N.º 26.

que são impostas ao primeiro para assegurar o fornecimento do serviço à colectividade» [35]. Contrariamente ao que defendem as recorrentes, não nos parece que o acórdão Data-processing sustente esta tese. A referência a «serviço público» naquele processo relacionava-se com a rejeição pelo Tribunal de Justiça do argumento ali aduzido pela Itália segundo o qual o desenvolvimento dos sistemas de processamento de dados destinados à prossecução de certas actividades públicas era, enquanto tal, uma actividade de serviço público excluída do campo de aplicação da Directiva 77/62 [36]. O Tribunal entendeu que nem os fornecimentos de equipamentos necessários nem a concepção do próprio sistema que «permitem à administração realizar a missão que lhe está confiada, [...] constituí[am] um serviço público» [37].

viço» no interesse do público deva ser interpretada, salvo no sentido mais lato possível, como significando uma actividade de interesse «geral». Pelo contrário, parece-nos que deverá simplesmente significar que os beneficiários tipicamente visados por uma genuína «concessão de serviço público» serão terceiros pertencentes ao público em geral ou a uma categoria particular deste. De modo algum consideramos necessário que o serviço em questão possa ser encarado como um serviço de interesse económico geral, no sentido em que tal conceito foi interpretado para efeito da aplicação do artigo 90.° do Tratado CE (actual artigo 86.° CE) [39]. Por outras palavras, em nossa opinião, não deverá existir qualquer obstáculo de ordem qualitativa relativamente ao tipo de serviços que uma entidade adjudicante pode legitimamente querer confiar através de uma concessão, mesmo sendo provável que a grande maioria dos serviços concessionados sejam de interesse geral.

35. Poderia parecer que a pretensa relevância da natureza de interesse geral do serviço objecto da concessão deriva da definição proposta pela Comissão, quer na proposta inicial quer na proposta modificada de directiva relativa aos contratos públicos de serviços, quando se refere, no artigo 1.°, alínea h), de ambas, à transferência, pela entidade adjudicante, da «execução de um serviço público da sua responsabilidade» [38]. Duvidamos que a noção de «ser-

36. De qualquer forma, não vemos como poderia o Tribunal de Justiça elaborar critérios que permitam determinar o que poderia e o que não poderia ser validamente considerado de interesse público. Em nossa opinião, compete manifestamente ao legislador comunitário, caso opte por harmonizar, no interesse do mercado interno, as regras referentes a tais concessões, decidir considerar que só serviços de interesse público poderão ser objecto de «concessões de serviço público» e, concomitantemente, definir tais interesses. Esta análise é corroborada pelo facto de, na audiência,

35 — *Ibidem*.

36 — Já referida na nota 30.

37 — Acórdão Data-processing, n.° 26.

38 — V. JO 1991, C 23, p. 1, e JO 1991, C 250, p. 4 (já referidos nas notas 13 e 14).

39 — V., por exemplo, o recente acórdão de 21 de Setembro de 1999, Albany (C-67/96, Colect., p. I-5751, n.os 102 a 107).

a Comissão ter aceite que não existe qualquer definição clara de interesse público na lei austríaca e que deve competir às jurisdições nacionais a determinação do respectivo significado. Aceitar um tal princípio seria, evidentemente, uma receita para a aplicação não uniforme da Directiva 92/50, com determinadas jurisdições nacionais a defender que a directiva se aplica às concessões por o objecto do serviço concessionado não ser susceptível de ser considerado de interesse público no Estado-Membro em causa. Tal deverá ser evitado. De qualquer forma, não é necessário adoptar no presente processo uma posição definitiva sobre a matéria, uma vez que concordamos com a posição expressa pela PTA na audiência, para quem, desde que a prestação de uma obrigação tenha sido imposta pelo direito público — tal como foi a que se discute no presente processo, por força dos §§ 26, n.° 1, e 96, n.° 1, da TKA —, a sua prestação deve ser encarada como sendo do interesse público do Estado-Membro em questão. Deve igualmente ser considerado irrelevante saber se a entidade que atribui a concessão é a única entidade ou simplesmente uma das várias entidades que está sujeita à obrigação em causa, e se a responsabilidade geral pela execução da obrigação recai sobre uma autoridade reguladora.

37. Em resumo, portanto, deve proceder-se a uma análise casuística relativamente à questão de saber se um contrato configura uma concessão ou um contrato de serviços, por forma a ter em conta o conjunto de elementos indicativos, o mais importante dos quais é o de saber se a suposta concessão se traduz na delegação de um direito de exploração de um serviço determinado bem como na transferência simultânea para o concessionário de uma dose significativa do risco associado a essa transferência.

38. Nas suas observações, as recorrentes desenvolveram diversos argumentos tentando demonstrar que, na realidade, a PTA entrega uma contrapartida à HBD. No âmbito de um processo prejudicial, não cabe ao Tribunal de Justiça pronunciar-se quanto a este ponto, o qual é da competência exclusiva do órgão jurisdicional de reenvio. Todavia, como resulta claramente, em especial, da quinta questão colocada pelo BVA, que há dúvidas quanto ao grau de risco económico que deve ser suportado por um concessionário, poderá ser-lhe útil uma rápida análise de alguns dos argumentos das recorrentes. Defendem elas que a atribuição à HBD do direito de utilização do logotipo da PTA representa um valor económico considerável. Se acrescentarmos o facto de todos os factores de custo para a HBD serem relativamente fáceis de prever, e também que a possibilidade de vender espaços publicitários nas listas telefónicas constitui, como foi afirmado na audiência, «uma verdadeira mina de ouro», tal é suficiente para, na opinião das recorrentes, contrariar a alegação segundo a qual a HBD assumiu um qualquer risco económico efectivo.

39. Naturalmente que esta afirmação é vigorosamente contestada pela PTA.

Salienta que o n.º 16 do contrato atribui expressamente à HBD a responsabilidade de produzir a lista. Defende que autorizou a HBD, em contrapartida de uma remuneração, a utilizar os seus dados com vista à produção de tal lista. Todavia, a licença conferida não é diferente daquela que estaria disposta a atribuir a qualquer outro operador económico que pretendesse explorar tal informação. Quanto ao logotipo, não autorizou a HBD a utilizar a sua marca, mas obrigou-a, sim, a fazê-lo. Este acordo é-lhe vantajoso já que beneficia de uma certa publicidade gratuita e em locais privilegiados da lista telefónica. Além disso, o facto de a PTA ter pago pela aquisição de uma participação na HBD, transacção esta totalmente independente da concessão, não poderá ser considerada como uma contrapartida paga a esta última por causa da concessão.

40. Do nosso ponto de vista, a mera existência da probabilidade de o concessionário poder explorar a concessão obtendo lucros não será suficiente para permitir à jurisdição nacional concluir pela inexistência de risco económico. Julgamos que um órgão jurisdicional nacional tem de chegar à convicção de que, muito presumivelmente, a possibilidade de perdas é mínima ou mesmo inexistente. Embora no caso vertente tal seja da competência do BVA, não estamos convencidos que alegações como as das recorrentes satisfazem o critério da ausência de risco real ou efectivo. A HBD paga para utilizar os dados, os quais poderiam ser obtidos, nas mesmas condições, por outros operadores económicos. A obrigação imposta à HBD de usar o logotipo da PTA beneficia claramente esta última em termos económicos. O mero facto de a HBD poder igualmente dela beneficiar não transforma a concessão num contrato uma vez que o alcance desse benefício não é antecipadamente determinável.

D — *Exigências genéricas decorrentes do Tratado*

41. É unanimemente aceite nas observações apresentadas perante o Tribunal de Justiça que, mesmo que a atribuição de concessões de serviço público escape ao âmbito de aplicação das Directivas 92/50 e 93/38, as entidades adjudicantes não deixam de estar obrigadas a respeitar o Tratado. É também aceite que os artigos 52.º e 59.º do Tratado CE (que passaram, após alteração, a artigos 43.º CE e 49.º CE) proíbem qualquer discriminação directa ou indirecta com base na nacionalidade. Por outras palavras, as entidades adjudicantes devem respeitar o princípio da igualdade de tratamento entre os proponentes. Devem igualmente assegurar que não são impostas ao proponente condições que, em si mesmas, constituam uma violação, por exemplo, do artigo 30.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 28.º CE). No caso vertente, não foi alegado que qualquer destas disposições do Tratado tenha, pelo menos directamente, sido violada.

42. Contudo, a Comissão afirma que as entidades adjudicantes de «concessões de

serviço público» estão ainda sujeitas a uma obrigação mais genérica, que resulta dos objectivos que presidem aos artigos 30.°, 52.° e 59.° do Tratado CE, de assegurar a transparência dos processos de adjudicação. Na audiência, a Comissão invocou o acórdão Unitron Scandinavia para sustentar o seu ponto de vista [40]. Este processo referia-se às obrigações que impendem sobre um organismo diverso de uma entidade adjudicante mas ao qual tinham sido concedidos por uma tal entidade direitos especiais ou exclusivos de exercício de uma actividade de serviço público, celebrando aquele organismo contratos públicos de fornecimento com terceiros. O Tribunal de Justiça decidiu que «o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade não poderá ser interpretado restritivamente [e que] implica, nomeadamente, uma obrigação de transparência a fim de permitir que a entidade adjudicante se assegure da sua observância» [41]. Em resposta a perguntas feitas na audiência relativamente ao alcance desta obrigação, a Comissão não quis assumir que se estenderia à exigência de publicação das «concessões de serviço público» projectadas.

43. Julgamos que o respeito efectivo do princípio da não discriminação com base na nacionalidade exige que a atribuição de concessões obedeça a um mínimo de publicidade e transparência. Concordamos com a Comissão quanto à necessidade de evitar a todo o custo que a atribuição de concessões esteja envolvida em segredo e em opacidade. Aceitamos igualmente o argumento defendido pelo representante austríaco segundo o qual a publicidade não deve necessariamente ser confundida com a publicação. Deste modo, se a entidade adjudicante contactar directamente com diversos potenciais concessionários, admitindo que nem todos nem quase todos eles sejam empresas com a mesma nacionalidade que a entidade adjudicante, o requisito da transparência seria, em nossa opinião, respeitado. A transparência, neste contexto, está assim relacionada com a garantia de imparcialidade e clareza dos processos de adjudicação, em particular no que se refere a potenciais candidatos não estabelecidos no Estado-Membro da entidade adjudicante. Contudo, tal não implica, na nossa opinião, que a entidade adjudicante deva aplicar por analogia as disposições da directiva comunitária mais relevante em matéria de adjudicações.

44. De qualquer forma, no caso vertente, restam poucas dúvidas quanto a ter sido respeitado um grau suficiente de transparência. A proposta foi publicada no Jornal Oficial austríaco, em diversos jornais austríacos e em alguns importantes jornais internacionais. Além disso, não consta que a informação publicada nestes últimos fosse diferente da que foi publicada no primeiro. Somos, assim, levados a concluir que este grau de publicidade satisfaz *prima facie* o requisito da transparência. As recorrentes, porém, sustentam que, sem a publicação dos resultados do programa-piloto levado a efeito ao abrigo do anterior contrato com a antecessora da HBD entre 1992 e 1997, era impossível a qualquer interessado, para além da HBD, apresentar efectivamente a sua candidatura à concessão proposta. O Tribunal de Justiça não pode verificar a veracidade desta alegação. Na nossa opinião, o BVA, salvo se julgar

40 — Acórdão de 18 de Novembro de 1999 (C-275/98, Colect., p. I-8291).

41 — N.° 31.

provado que esta publicação ou a colocação de tal informação à disposição de potenciais concessionários seriamente interessados era essencial para assegurar a efectiva apresentação das suas propostas, deverá concluir que o procedimento adoptado e prosseguido pela PTA não é incompatível com o direito comunitário.

E — *Decomposição do contrato*

45. A questão da distinção entre contratos de prestação de serviços e contratos de fornecimento, levantada nas quarta, sexta e sétima questões colocadas pelo BVA, apenas se colocaria na hipótese de o Tribunal de Justiça vir a considerar que, apesar dos aspectos próprios de uma concessão patentes no contrato em discussão no processo principal, a Directiva 93/38 era, em princípio, aplicável. Uma vez que é nosso entendimento que uma concessão como a que está em causa no processo principal não deverá ser incluída no campo de aplicação da directiva, desde que seja transferido para o concessionário a principal responsabilidade pelo risco económico envolvido na exploração do serviço em questão, é apenas a título muito subsidiário que abordamos esta questão.

46. Na verdade, o BVA pretende saber se um contrato, que poderá classificar-se como contendo um elemento de contrato de fornecimento — a saber, a produção de listas telefónicas para ou por conta da PTA —, estaria coberto pela previsão da directiva «contratos de fornecimento» aplicável na altura em que ocorreram os factos, ou seja, a Directiva 93/36 [42]. Parece-nos que a resposta a esta questão é dada claramente pelo artigo 1.°, n.° 4, da Directiva 93/38 (citado no n.° 3, *supra*). De facto, contratos que incluam «serviços e fornecimentos são considerados contratos de fornecimento quando o valor total dos fornecimentos for superior ao valor dos serviços abrangidos pelo contrato». O Tribunal de Justiça reconheceu igualmente, em especial no acórdão Gestión Hotelera Internacional [43], a importância de determinar o elemento predominante de um contrato quando os seus vários elementos possam cair na alçada de duas diferentes directivas comunitárias relativas à adjudicação de contratos. Todavia, «[c]ompete ao órgão jurisdicional nacional decidir a questão de saber se as obras têm natureza acessória relativamente ao objecto principal da adjudicação» [44]. Compete, assim, ao tribunal nacional determinar, aplicando o artigo 1.°, n.° 4, da Directiva 93/38, se, na realidade, o valor daquilo que se possa considerar como fornecimento excede o valor da parte que só possa ser classificada como serviço. Se for este o caso, e supondo que o contrato em litígio não constitui uma «concessão de serviço público», as regras de adjudicação de contratos da Directiva 93/36 serão as únicas aplicáveis.

42 — Já referida na nota 11.

43 — Acórdão de 19 de Abril de 1994 (C-331/92, Colect., p. I-1329; v., em particular, n.os 25 a 27).

44 — *Ibidem*, n.° 28.

IV — Conclusão

47. Na sequência das considerações precedentes, propomos responder da seguinte forma às questões colocadas pelo Bundesvergabeamt:

«1) A colocação à disposição ou a exploração de redes públicas de telecomunicações ou a prestação de um ou mais serviços públicos de telecomunicações na acepção do artigo 2.°, n.° 2, alínea d), 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, inclui contratos destinados à produção de listas telefónicas.

2) As 'concessões de serviço público' não se enquadram no âmbito de aplicação da Directiva 93/38.

3) Na falta de uma definição adoptada pelo legislador comunitário do conceito 'concessões de serviço público', incumbe ao órgão jurisdicional nacional apreciar, em cada caso concreto, todos os factores susceptíveis de indicar se, de facto, o acordo estabelecido entre as partes constitui um contrato escrito a título oneroso para uma prestação de serviços. A característica predominante e típica de uma tal concessão é a atribuição do direito de exploração de um determinado serviço e a concomitante transmissão do risco económico correspondente.

4) O respeito efectivo do princípio da não discriminação com base na nacionalidade, consagrado no Tratado, exige que a adjudicação de 'concessões de serviço público' obedeça a um grau mínimo de publicidade e transparência, cujo propósito deverá ser assegurar a imparcialidade nos processos de adjudicação bem como conceder uma oportunidade razoável para apresentação de propostas por candidatos não estabelecidos no Estado-Membro da entidade adjudicante.

5) Os contratos que caiam no âmbito de aplicação da Directiva 93/38 que incluam serviços e fornecimentos, deverão ser considerados, por força do disposto no artigo 1.°, n.° 4, desta directiva, contratos de fornecimento para efeitos das regras comunitárias referentes à adjudicação de contratos públicos se o valor total dos fornecimentos for superior ao valor dos serviços abrangidos por esse contrato.»