ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção)

6 de Abril de 2006 *

No processo C-410/04,

que tem por objecto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 234.° CE, apresentado pelo Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Itália), por decisão de 22 de Julho de 2004, entrado no Tribunal de Justiça em 27 de Setembro de 2004, no processo

Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV)

contra

Comune di Bari,

AMTAB Servizio SpA,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção),

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

* Língua do processo: italiano.

advogado-geral: L. A. Geelhoed,

secretário: M. Ferreira, administradora principal,

vistos os autos e após a audiência de 27 de Outubro de 2005,

vistas as observações apresentadas:

— em representação da Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV), por C. Colapinto, avvocato,

— em representação da Comune di Bari, por R. Verna, B. Capruzzi e R. Cioffi, avvocati,

— em representação da AMTAB Servizio SpA, por G. Notarnicola e V. Caputi Jambrenghi, avvocati,

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

— em representação do Governo alemão, por C. Schulze-Bahr, na qualidade de agente,

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

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

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

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 12 de Janeiro de 2006,

profere o presente

Acórdão

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objecto a interpretação dos artigos 43.º CE, 49.º CE e 86.º CE.

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio entre a Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (a seguir «ANAV»), a Comune di Bari (município de Bari) e a AMTAB Servizio SpA (a seguir «AMTB Servizio») quanto à adjudicação a esta do serviço de transporte público no território deste município.

Quadro jurídico

Regulamentação comunitária

3 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.»

4 O artigo 46.º CE enuncia:

«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.»

5 O artigo 49.º, primeiro parágrafo, CE prevê:

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

6 O artigo 86.º, n.º 1, CE tem a seguinte redacção:

«No que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados-Membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto no presente Tratado, designadamente ao disposto nos artigos 12.º, e 81.º a 89.º, inclusive.»

Legislação nacional

7 No que se refere à legislação italiana, o artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 269, que aprova disposições urgentes para favorecer o desenvolvimento e corrigir o funcionamento

das contas públicas, de 30 de Setembro de 2003 (suplemento ordinário da GURI n.º 229, de 2 de Outubro de 2003, a seguir «Decreto-Lei n.º 269/2003»), alterou o artigo 113.º do Decreto legislativo n.º 267, que coordena as leis sobre a organização das entidades locais, de 18 de Agosto de 2000 (suplemento ordinário da GURI n.º 227, de 28 de Setembro de 2000, a seguir «Decreto legislativo n.º 267/2000»). A nova versão do artigo 113.º, n.º 5, deste último prevê:

«O serviço é prestado de acordo com as regras do sector e no respeito do direito de União Europeia, mediante adjudicação:

a) a sociedades de capitais escolhidas por concurso público;

b) a sociedades de capital misto público e privado, nas quais o sócio privado é escolhido por concurso público que dê garantias de respeito das normas internas e comunitárias em matéria de concorrência, de acordo com as directrizes fixadas pelas autoridades competentes em procedimentos ou circulares específicos;

c) a sociedades de capital integralmente público, na condição de o organismo ou organismos públicos detentores do capital social exercerem sobre a empresa um controlo análogo ao que exercem sobre os seus próprios serviços e de a empresa desenvolver o essencial da sua actividade com o organismo ou os organismos públicos que a controlam.»

Litígio no processo principal e questão prejudicial

8 De acordo com a decisão de reenvio, a AMTAB Servizio é uma sociedade por acções cujo capital social é inteiramente detido pelo Comune di Bari e cuja única actividade consiste em prestar um serviço de transporte público no território deste município. A referida sociedade é inteiramente controlada pelo Comune di Bari.

9 De acordo com a mesma decisão, a ANAV representa estatutariamente as empresas que prestam serviços nacionais e internacionais de transporte de passageiros e exercem actividades equiparáveis ao transporte e, nessa qualidade, zela, designadamente, pelo bom desempenho do serviço público de transporte urbano e extra-urbano no interesse das sociedades que asseguram tal serviço.

10 Por decisão de 17 de Julho de 2003, o Comune di Bari lançou um concurso público para a adjudicação do serviço de transportes públicos no seu território.

11 Na sequência da alteração do artigo 113.°, n.° 5, do Decreto legislativo n.° 267/2000 pelo artigo 14.° do Decreto-Lei n.° 269/2003, o Comune di Bari, por decisão de 9 de Outubro de 2003, não deu continuidade a este concurso.

12 Por decisão de 18 de Dezembro de 2003, o referido município adjudicou o serviço em questão directamente à AMTAB Servizio pelo período de 1 de Janeiro de 2004 a 31 de Dezembro de 2012.

13 Por recurso notificado a 1 de Março de 2004 e apresentado a 9 de Março de 2004 no Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, a ANAV requereu a anulação da dita decisão, bem como de todos os actos a esta conexos ou consecutivos, com o fundamento de que constituem violação do direito comunitário, designadamente, dos artigos 3.º CE, 16.º CE, 43.º CE, 49.º CE, 50.º CE, 51.º CE, 70.º CE a 72.º CE, 81.º CE, 82.º CE, 86.º CE e 87.º CE.

14 Face a esta argumentação, o Tribunale amministrativo regionale per la Puglia decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a questão prejudicial seguinte:

«O artigo 113.º, n.º 5, do Decreto legislativo n.º 267/2000, com as alterações introduzidas pelo artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 269/2003, na medida em que não impõe qualquer limite à liberdade de escolha da administração pública entre as diversas modalidades de adjudicação do serviço público, especialmente entre a adjudicação por concurso público e a adjudicação directa a uma empresa por ela inteiramente controlada, é compatível com o direito comunitário e, em especial, com as obrigações de transparência e de livre concorrência consignadas nos artigos [43.º CE], 49.º CE e 86.º CE?»

Quanto à questão prejudicial

15 Através da sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se o direito comunitário, designadamente as obrigações de transparência e de livre

concorrência impostas pelos artigos 43.° CE, 49.° CE e 86.° CE, se opõe a uma regulamentação nacional como a referida no processo principal, que não fixa qualquer limite à liberdade de escolha de um organismo público entre as diferentes formas de adjudicação de um serviço público, em especial entre a adjudicação mediante realização de um concurso público e o ajuste directo a uma sociedade por ela inteiramente controlada.

16 Resulta dos autos do processo principal que o serviço de transporte público no território do Comune di Bari é, pelo menos em parte, remunerado pela aquisição de títulos de transporte pelos utentes. Este modo de remuneração caracteriza uma concessão de serviços públicos (acórdão de 13 de Outubro de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Colect., p. I-8585, n.° 40).

17 É pacífico que as concessões de serviços públicos estão excluídas do âmbito 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 (JO L 209, p. 1) (acórdão Parking Brixen, já referido, n.° 42). Esta foi substituída 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 (JO L 134, p. 114), cujo artigo 17.° prevê expressamente a sua inaplicabilidade às concessões de serviços.

18 Não obstante o facto de os contratos de concessão de serviços públicos estarem excluídos do âmbito de aplicação da Directiva 92/50, substituída pela Directiva 2004/18, as entidades públicas que os celebram estão, no entanto, obrigadas a respeitar as regras fundamentais do Tratado CE em geral e o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade em particular (v., neste sentido, acórdãos de 7 de Dezembro de 2000, Telaustria e Telefonadress, C-324/98, Colect., p. I-10745, n.° 60; de 21 de Julho de 2005, Coname, C-231/03, Colect., p. I-7287, n.° 16, e Parking Brixen, já referido, n.° 46).

19 As disposições do Tratado especificamente aplicáveis às concessões de serviços públicos abrangem designadamente os artigos 43.º CE e 49.º CE (acórdão Parking Brixen, já referido, n.º 47).

20 Além do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, também o princípio da igualdade de tratamento entre proponentes se aplica às concessões de serviços públicos, mesmo na ausência de discriminação em razão da nacionalidade (acórdão Parking Brixen, já referido, n.º 48).

21 Os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação em razão da nacionalidade implicam, designadamente, uma obrigação de transparência que permita à entidade pública adjudicante assegurar-se de que os referidos princípios são respeitados. Esta obrigação de transparência da referida entidade consiste em assegurar, a favor de todos os potenciais proponentes, um grau de publicidade adequado a garantir a abertura à concorrência da concessão de serviços, bem como o controlo da imparcialidade dos procedimentos de adjudicação (v. neste sentido, acórdãos, já referidos, Telaustria e Telefonadress, n.os 61 e 62, bem como Parking Brixen, n.º 49).

22 Em princípio, a ausência total de concorrência no caso da adjudicação de uma concessão de serviços públicos como a que está em causa no processo principal não é conforme com as exigências dos artigos 43.º CE e 49.º CE, bem como com os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da transparência (acórdão Parking Brixen, já referido, n.º 50).

23 Além disso, resulta do artigo 86.°, n.° 1, CE que os Estados-Membros não devem manter em vigor uma legislação nacional que permite a adjudicação de concessões de serviços públicos sem abertura de concurso, uma vez que tal adjudicação viola os artigos 43.° CE ou 49.° CE ou os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da transparência (acórdão Parking Brixen, já referido, n.° 52).

24 No âmbito das concessões de serviços públicos está, contudo, excluída a aplicação das normas dos artigos 12.° CE, 43.° CE e 49.° CE, bem como dos princípios gerais de que elas constituem a expressão específica, se, simultaneamente, o controlo que a entidade pública adjudicante exerce sobre a entidade concessionária for análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e se a mesma entidade concessionária realizar o essencial da sua actividade com a entidade que é a sua detentora (acórdão Parking Brixen, já referido, n.° 62).

25 Uma legislação nacional que retoma textualmente a redacção das condições enunciadas no número anterior, como sucede com o artigo 113.°, n.° 5, do Decreto legislativo n.° 267/2000, na redacção do Decreto-Lei n.° 269/2003, está, em princípio, em conformidade com o direito comunitário, sendo de precisar que a interpretação da referida legislação deve ser conforme às exigências do direito comunitário.

26 Importa precisar que, tratando-se de uma excepção às regras gerais do direito comunitário, as duas condições enunciadas no n.° 24 do presente acórdão devem ser objecto de interpretação estrita, recaindo sobre aquele que as invoca o ónus da prova de que existem efectivamente circunstâncias excepcionais que justificam a

derrogação das ditas regras (v. acórdãos de 11 de Janeiro de 2005, Stadt Halle e RPL Lochau, C-26/03, Colect., p. I-1, n.º 46, e Parking Brixen, já referido, n.º 63).

27 Segundo as observações escritas apresentadas ao Tribunal de Justiça pela AMTAB Servizio, o Comune di Bari decidiu, em 27 de Dezembro de 2002, proceder à cessão de uma parte correspondente a 80% das acções que detém no capital desta sociedade e comprometeu-se, em 21 de Maio de 2004, a lançar para o efeito um concurso público para a selecção do associado privado maioritário. Esta informação foi confirmada pela ANAV, na audiência no Tribunal de Justiça.

28 Contudo, na mesma audiência, o Comune di Bari alegou ter alterado a sua intenção de ceder uma parte das suas acções no capital da AMTAB Servizio. Decidiu, em 13 de Janeiro de 2005, não dar sequência à sua decisão anterior e, assim, não privatizar esta sociedade. Esta decisão não foi junta ao processo do órgão jurisdicional de reenvio, pois que foi posterior à decisão de reenvio.

29 Compete à referida jurisdição e não ao Tribunal de Justiça dirimir a questão de saber se o Comune di Bari prevê a abertura do capital da AMTAB Servizio a accionistas privados. No entanto, com vista a fornecer a este órgão jurisdicional elementos úteis para decidir o litígio que lhe foi submetido, é pertinente precisar o seguinte.

30 Se, no período de duração do contrato em causa no processo principal, o capital da AMTAB Servizio for aberto a accionistas privados, o efeito de uma tal situação será o de adjudicar uma concessão de serviços públicos a uma empresa de economia mista sem abertura de concurso, o que colide com os objectivos prosseguidos pelo direito comunitário (v., neste sentido, acórdão de 10 de Novembro de 2005, Comissão/Áustria, C-29/04, Colect., p. I-9705, n.º 48).

31 Com efeito, a participação, ainda que minoritária, de uma empresa privada no capital de uma sociedade em que participa também a entidade pública adjudicante em causa exclui de qualquer forma que esta entidade pública possa exercer sobre essa sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços (v., neste sentido, acórdão Stadt Halle e RPL Lochau, já referido, n.º 49).

32 Por conseguinte, na medida em que a sociedade concessionária seja uma sociedade aberta, pelo menos em parte, ao capital privado, esta circunstância impede que seja considerada uma estrutura de gestão «interna» de um serviço público no âmbito da autarquia local que a detém (v., neste sentido, acórdão Coname, já referido, n.º 26).

33 À luz das considerações que precedem, cabe responder à questão colocada que os artigos 43.º CE, 49.º CE e 86.º CE, bem como os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação em razão da nacionalidade e da transparência, não se opõem a uma regulamentação nacional que permite a um organismo público adjudicar um serviço público directamente a uma sociedade cujo capital detém integralmente, desde que o organismo público exerça sobre essa sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e que a sociedade desenvolva o essencial da sua actividade com o organismo que a detém.

Quanto às despesas

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

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

Os artigos 43.º CE, 49.º CE e 86.º CE, bem como os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação em razão da nacionalidade e da transparência, não se opõem a uma regulamentação nacional que permite a um organismo público adjudicar um serviço público directamente a uma sociedade cujo capital detém integralmente, desde que o organismo público exerça sobre essa sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e que a sociedade desenvolva o essencial da sua actividade com o organismo que a detém.

Assinaturas