Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção)

29 de novembro de 2012 *

«Contratos públicos de serviços — Diretiva 2004/18/CE — Entidade adjudicante que exerce sobre uma entidade adjudicatária juridicamente distinta um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços — Inexistência de obrigação de organizar um procedimento de adjudicação segundo as regras do direito da União (adjudicação dita 'in house') — Entidade adjudicatária conjuntamente controlada por várias coletividades territoriais — Requisitos de aplicabilidade de uma adjudicação 'in house'»

Nos processos apensos C-182/11 e C-183/11,

que têm por objeto dois pedidos de decisão prejudicial nos termos do artigo 267.º TFUE, apresentados pelo Consiglio di Stato (Itália), por decisões de 23 de fevereiro de 2011, entrados no Tribunal de Justiça em 18 de abril de 2011, nos processos

Econord SpA

contra

Comune di Cagno (C-182/11),

Comune di Varese,

Comune di Solbiate (C-183/11),

Comune di Varese,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção),

composto por: R. Silva de Lapuerta, exercendo funções de presidente da Terceira Secção, K. Lenaerts, E. Juhász (relator), T. von Danwitz e D. Šváby, juízes,

advogado-geral: P. Cruz Villalón,

secretário: A. Calot Escobar,

vistos os autos,

vistas as observações apresentadas:

— em representação da Comune di Cagno e da Comune di Solbiate, por C. Colombo, avvocatessa,

— em representação do Governo italiano, por G. Palmieri, na qualidade de agente, assistida por P. Gentili, avvocato dello Stato,

* Língua do processo: italiano.

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

— em representação do Governo polaco, por M. Szpunar, na qualidade de agente,

— em representação da Comissão Europeia, por C. Zadra e P. Manzini, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 19 de julho de 2012,

profere o presente

Acórdão

1 Os pedidos de decisão prejudicial têm por objeto a interpretação do direito da União relativo aos requisitos de aplicação da exceção de adjudicação direta, dita «in house», de um serviço de interesse público.

2 Estes pedidos foram apresentados no contexto de litígios que opõem a Econord SpA à Comune di Varese, à Comune di Cagno e à Comune di Solbiate, a propósito da regularidade da adjudicação direta de um contrato público de serviços à ASPEM SpA (a seguir «ASPEM»), por parte destes dois últimos municípios, sem ter sido organizado um processo de adjudicação desse contrato em conformidade com as regras de direito da União.

Quadro jurídico

Direito da União

3 O artigo 1.º da Diretiva 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), com a epígrafe «Definições», prevê, no seu n.º 2:

«a) ‘Contratos públicos’ são contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais entidades adjudicantes, que têm por objeto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços na aceção da presente diretiva.

[…]

d) ‘Contratos públicos de serviços’ são contratos públicos que não sejam contratos de empreitada de obras públicas ou contratos públicos de fornecimento, relativos à prestação de serviços mencionados no anexo II.

[…]»

4 O artigo 1.º, n.º 4, desta diretiva dispõe:

«‘Concessão de serviços’ é um contrato com as mesmas características que um contrato público de serviços, com [a] exceção de que a contrapartida dos serviços a prestar consiste quer unicamente no direito de exploração do serviço, quer nesse direito acompanhado de um pagamento.»

5 Nos termos do artigo 20.º da referida diretiva:

«Os contratos que tenham por objeto os serviços referidos no anexo II A são adjudicados de acordo com os artigos 23.° a 55.°»

6 No n.º 16 do anexo II A da mesma diretiva são referidos os «Serviços de arruamentos e de recolha de lixo: serviços de saneamento e afins».

Direito italiano

7 O artigo 30.º do Decreto Legislativo n.º 267, de 18 de agosto de 2000 (texto único das leis que regulamentam as coletividades locais) (GURI n.º 227, de 28 de setembro de 2000, suplemento ordinário n.º 162, a seguir «Decreto Legislativo n.º 267/2000»), dispõe:

«1. A fim de executar de forma coordenada funções e serviços determinados, as coletividades locais podem estipular entre si as convenções apropriadas.

2. As convenções devem estabelecer os objetivos, a duração, a forma das consultas das coletividades contraentes, as suas relações financeiras e as suas obrigações recíprocas e garantias.

3. Para a gestão por tempo determinado de um serviço específico ou para a realização de uma obra, o Estado e a Região, nas matérias da sua própria competência, podem prever formas de convenção obrigatória entre coletividades locais, mediante a estipulação prévia de um quadro regulamentar.

4. As convenções a que se refere o presente artigo podem prever também a constituição de serviços comuns, que operam com pessoal destacado das coletividades participantes, encarregados do exercício de funções públicas em substituição das coletividades partes na convenção, ou a delegação de funções por parte das coletividades partes na convenção num desses serviços, o qual agirá em substituição e por conta das coletividades delegantes.»

8 O artigo 113.º do referido Decreto Legislativo n.º 267/2000, com a epígrafe «Gestão das redes e fornecimento de serviços públicos locais de relevância económica», prevê, no seu n.º 5:

«A prestação [de um serviço público local por uma coletividade local] é efetuada nos termos da regulamentação do setor e com observância da regulamentação da União Europeia, sendo adjudicada a exploração do serviço:

[…]

c) a sociedades de capital inteiramente público, na condição de a coletividade ou coletividades públicas titulares do capital social exercerem sobre a sociedade um controlo análogo ao exercido sobre os seus próprios serviços e de a sociedade realizar a parte mais importante da sua atividade com a coletividade ou as coletividades públicas que a controlam.»

Os factos na origem do litígio principal e a questão prejudicial

9 Decorre dos autos submetidos ao Tribunal de Justiça que a Comune di Varese constituiu a ASPEM, para a gestão de serviços públicos no seu território, principalmente do serviço de higiene urbana, na qualidade de prestadora «in house». À época dos factos, as participações na referida sociedade eram quase integralmente detidas pela Comune di Varese, o que lhe garantia o controlo desta sociedade.

10 Através de várias decisões adotadas durante o ano de 2005, a Comune di Cagno e a Comune di Solbiate concordaram em eleger a gestão coordenada com outros municípios, prevista nos artigos 30.° e 113.°, n.° 5, alínea c), do Decreto Legislativo n.° 267/2000, como forma preferencial para a gestão da higiene urbana, em particular do serviço de eliminação de resíduos sólidos urbanos, tendo igualmente aprovado a celebração de um acordo com a Comune di Varese, para a adjudicação, a título oneroso, dos seus serviços de higiene urbana à ASPEM. Cada um destes municípios adquiriu uma ação da ASPEM, tendo-se dessa forma tornado acionista público através de uma participação no capital social daquela.

11 Decorre dos autos submetidos ao Tribunal de Justiça que o capital social da ASPEM ascende a 173 785 euros, representado por igual número de ações de valor nominal de um euro cada. A Comune di Varese detém a maior parte do capital, com 173 467 ações. As 318 restantes ações estão repartidas entre 36 municípios da província de Varese, com participações individuais que variam entre 1 e 19 ações.

12 Paralelamente à aquisição desta participação, a Comune di Cagno e a Comune di Solbiate procederam, em conjunto com outros municípios interessados, à celebração de um acordo parassocial, no qual lhes era reconhecido o direito a serem consultadas, a nomearem um membro do conselho fiscal e a designarem um membro do conselho de administração, de comum acordo com outros municípios participantes no acordo de municípios.

13 Neste contexto, estes dois municípios consideraram que estavam preenchidos os requisitos de uma adjudicação «in house» do serviço público em causa, dado que a ASPEM era conjuntamente controlada por autoridades territoriais. Assim, adjudicaram diretamente este contrato à ASPEM. A Econord SpA contestou esta adjudicação direta, alegando que, no caso em apreço, o controlo exercido pelos dois municípios sobre a ASPEM não estava garantido e que, por conseguinte, a adjudicação do contrato devia ter sido efetuada em conformidade com as regras do direito da União.

14 O Consiglio di Stato realça que o acórdão de 18 de novembro de 1999, Teckal (C-107/98, Colet., p. I-8121), foi o ponto de partida para uma jurisprudência que tem vindo a precisar os requisitos que justificam a adjudicação direta de um contrato público. Em conformidade com o n.° 50 desse acórdão, a adjudicação direta de um contrato é justificada, mesmo relativamente a uma pessoa formal e juridicamente distinta da entidade adjudicante, na hipótese de, simultaneamente, a coletividade territorial exercer sobre a pessoa em causa um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e de essa pessoa realizar o essencial da sua atividade com a ou as entidades que a detêm. Com efeito, nessa hipótese, a pessoa em causa não pode ser considerada como um terceiro em relação à entidade adjudicante. O Consiglio di Stato observa que, nos processos principais, dos dois requisitos cumulativos previstos no n.° 50 do acórdão Teckal, já referido, apenas está em discussão o relativo ao exercício de um «controlo análogo».

15 O Consiglio di Stato observa que, no acórdão de 13 de outubro de 2005, Parking Brixen (C-458/03, Colet., p. I-8585), o Tribunal de Justiça exigiu o preenchimento de requisitos muitos estritos quanto ao reconhecimento da existência de um «controlo análogo» e, a este respeito, fixou um importante número de indícios concretos.

16 Contudo, em acórdãos posteriores, de 19 de abril de 2007, Asemfo (C-295/05 Colet., p. I-2999), de 17 de julho de 2008, Comissão/Itália (C-371/05), e de 13 de novembro de 2008, Coditel Brabant (C-324/07, Colet., p. I-8457), o Tribunal de Justiça demonstrou abertura e tornou menos exigentes os requisitos a preencher para que seja reconhecido o exercício de um «controlo análogo». O Consiglio di Stato conclui, em particular, deste último acórdão que se pode considerar que existe uma sociedade «in house» em caso de controlo conjunto exercido sobre esta sociedade por várias coletividades públicas e que é irrelevante a situação individual de cada uma dessas coletividades públicas no que respeita ao controlo exercido sobre a referida sociedade.

17 O órgão jurisdicional de reenvio observa que, no caso em apreço, a Comune di Varese exerce plenamente o controlo da ASPEM, ao contrário da Comune di Cagno e da Comune di Solbiate. Com efeito, a aquisição de uma única ação e um acordo parassocial particularmente fraco não originam um controlo conjunto efetivo da sociedade em causa, na medida em que estes dois municípios não podem influenciar as decisões da ASPEM, não sendo suscetíveis de preencher o critério do «controlo análogo». Contudo, à luz do acórdão Coditel Brabant, já referido, a situação de cada coletividade pública participante, individualmente considerada, no que respeita ao exercício do controlo, é irrelevante.

18 Neste contexto, o Consiglio di Stato decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«O princípio da irrelevância da posição da [coletividade] pública concreta que participa na sociedade instrumental deve aplicar-se também num caso, como o do presente processo, em que um dos municípios sócios é titular de uma única ação da sociedade instrumental e os acordos parassociais celebrados pelas [coletividades] públicas não são adequados para conceder ao referido município participante um controlo efetivo da sociedade, pelo que a participação social pode ser considerada exclusivamente como uma característica formal de um contrato de prestação de serviços?»

Quanto à questão prejudicial

Observações preliminares

19 A Comune di Cagno e a Comune di Solbiate alegam que, posteriormente aos factos na origem dos presentes pedidos de decisão prejudicial, iniciaram processos de concurso, na sequência das quais o contrato em causa foi definitivamente adjudicado à ASPEM. Esta evolução posterior tem, segundo eles, incidência na utilidade de uma resposta do Tribunal de Justiça à questão colocada pelo órgão jurisdicional de reenvio.

20 O Governo italiano defende que a questão prejudicial é inadmissível devido à descrição insuficiente do quadro jurídico e factual dos processos principais.

21 A este respeito, há que recordar que, segundo jurisprudência assente, no âmbito de um processo nos termos do artigo 267.º TFUE, baseado numa nítida separação de funções entre os tribunais nacionais e o Tribunal de Justiça, o órgão jurisdicional nacional tem competência exclusiva para verificar e apreciar os factos do litígio no processo principal assim como para interpretar e aplicar o direito nacional. De igual modo, compete exclusivamente ao tribunal nacional, a quem foi submetido o litígio e que deve assumir a responsabilidade pela decisão jurisdicional a tomar, apreciar, tendo em conta as especificidades do processo, tanto a necessidade como a pertinência das questões que coloca ao Tribunal de Justiça. Consequentemente, quando as questões colocadas sejam relativas à interpretação do direito da União, o Tribunal de Justiça é, em princípio, obrigado a pronunciar-se (acórdão de 25 de outubro de 2012, Rintisch, C-553/11, n.º 15 e jurisprudência aí referida).

22 Assim, o Tribunal de Justiça só se pode recusar a responder a uma questão prejudicial submetida à sua apreciação por um órgão jurisdicional nacional, quando for manifesto que a interpretação do direito da União solicitada não tem nenhuma relação com a realidade ou com o objeto do litígio no processo principal, quando o problema for hipotético ou ainda quando o Tribunal de Justiça não disponha dos elementos de facto e de direito necessários para dar uma resposta útil às questões que lhe foram submetidas (acórdão Rintisch, já referido, n.º 16 e jurisprudência aí referida).

23 Ora, tal não se verifica no caso vertente. Com efeito, o órgão jurisdicional de reenvio convida o Tribunal de Justiça a esclarecer a sua jurisprudência a respeito do controlo exercido em conjunto por várias entidades adjudicantes sobre uma entidade adjudicatária detida em comum por estas, bem como os requisitos do exercício de um «controlo análogo» em tal caso, questão que está incontestavelmente relacionada com o objeto dos processos principais. Além disso, o Tribunal de Justiça considera que os elementos respeitantes à legislação e aos factos contidos no presente pedido são suficientes para poder responder utilmente à questão colocada.

24 Daqui resulta que os pedidos de decisão prejudicial são admissíveis.

Quanto ao mérito

25 Segundo jurisprudência assente, uma entidade adjudicante, como uma coletividade territorial, está dispensada de lançar um processo de adjudicação de um contrato público, quando exerça sobre a entidade adjudicatária um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e essa entidade realizar o essencial da sua atividade com a ou as entidades adjudicantes que a detêm (acórdão Teckal, já referido, n.º 50). É pacífico que esta jurisprudência, inicialmente adotada com vista à interpretação e à aplicação da Diretiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento (JO L 199, p. 1), também é aplicável aos processos de adjudicação dos contratos públicos de empreitada de obras públicas e de serviços.

26 Importa igualmente realçar que, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a questão de saber se se trata de uma concessão de serviços ou de um contrato público de serviços e, neste último caso, se o valor do contrato atinge o limite previsto pelas regras da União não é relevante para efeitos da resposta a dar pelo Tribunal de Justiça à questão prejudicial, dado que a exceção à aplicação das regras do direito da União, quando estejam preenchidos os requisitos do exercício de um «controlo análogo», é aplicável em todas estas situações (v., neste sentido, acórdão de 10 de setembro de 2009, Sea, C-573/07, Colet., p. I-8127, n.ºs 31 a 40).

27 Segundo jurisprudência constante, existe um «controlo análogo» quando a entidade em causa está sujeita a um controlo que permita à entidade adjudicante influenciar as suas decisões. Deve tratar-se de uma possibilidade de influência determinante tanto nos objetivos estratégicos como nas decisões importantes desta entidade (acórdãos, já referidos, Parking Brixen, n.º 65, Coditel Brabant, n.º 28, e Sea, n.º 65). Por outras palavras, a entidade adjudicante deve poder exercer sobre esta entidade um controlo estrutural e funcional (acórdão Comissão/Itália, já referido, n.º 26). O Tribunal de Justiça exige igualmente que este controlo seja efetivo (acórdão Coditel Brabant, já referido, n.º 46).

28 Em conformidade com a jurisprudência, caso se recorra a uma entidade detida em conjunto por várias autoridades públicas, o «controlo análogo» pode ser exercido conjuntamente por essas autoridades, sem ser indispensável que esse controlo seja individualmente exercido por cada uma delas (v., neste sentido, acórdãos, já referidos, Coditel Brabant, n.ºs 47 e 50, e Sea, n.º 59).

29 Daqui decorre que se uma autoridade pública se tornar acionista minoritária de uma sociedade anónima de capitais inteiramente públicos, a fim de lhe adjudicar a gestão de um serviço público, o controlo que as autoridades públicas acionistas dessa sociedade exercem sobre ela pode ser qualificado de análogo ao controlo que exercem sobre os seus próprios serviços, quando este é exercido conjuntamente por essas autoridades (acórdão Sea, já referido, n.º 63).

30 Nestas condições, embora, em caso de recurso de várias autoridades públicas a uma entidade comum, para efeitos da execução de uma missão comum de serviço público, não seja indispensável que cada uma dessas autoridades detenha, por si só, um poder de controlo individual sobre a referida entidade,

a verdade é que o controlo exercido sobre esta não pode assentar apenas no poder de controlo da autoridade pública que detém uma participação maioritária no capital da entidade em causa, sob pena de esvaziar de sentido o próprio conceito de controlo conjunto.

31 Se a posição de uma entidade adjudicante numa entidade adjudicatária detida em comum não lhe assegurar a mínima possibilidade de participação no controlo desta entidade, tal permitirá, com efeito, que a aplicação das regras do direito da União em matéria de contratos públicos ou de concessões de serviços seja contornada, uma vez que uma participação puramente formal nessa entidade ou num órgão comum que assegure a direção da mesma dispensaria esta entidade adjudicante da obrigação de dar início a um processo de adjudicação segundo as regras da União, apesar de esta última não participar de maneira nenhuma no exercício do «controlo análogo» sobre esta entidade (v., neste sentido, acórdão de 21 de julho de 2005, Coname, C-231/03, Colet., p. I-7287, n.º 24).

32 Daqui decorre que, nos processos principais, incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se a celebração de um acordo parassocial pela Comune di Cagno e pela Comune di Solbiate, que lhes confere o direito de serem consultadas, de nomearem um membro do conselho fiscal e de designarem um membro do conselho de administração, de comum acordo com as outras coletividades participantes neste acordo, permite que esses municípios contribuam efetivamente para o controlo da ASPEM.

33 Tendo em conta o acima exposto, importa responder à questão colocada que, quando, na qualidade de entidade adjudicante, várias autoridades públicas criam em conjunto uma entidade encarregada de desempenhar a sua missão de serviço público, ou quando uma autoridade pública passa a integrar essa entidade, está preenchido o requisito estabelecido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo o qual essas autoridades, para serem dispensadas da obrigação de iniciar um processo de adjudicação de um contrato público de acordo com as regras de direito da União, devem exercer conjuntamente sobre essa entidade um controlo análogo ao que exercem sobre os seus próprios serviços, quando cada uma dessas autoridades participar quer no capital quer nos órgãos de direção da referida entidade.

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 efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

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

Quando, na qualidade de entidade adjudicante, várias autoridades públicas criam em conjunto uma entidade encarregada de desempenhar a sua missão de serviço público, ou quando uma autoridade pública passa a integrar essa entidade, está preenchido o requisito estabelecido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, segundo o qual essas autoridades, para serem dispensadas da obrigação de iniciar um processo de adjudicação de um contrato público de acordo com as regras de direito da União, devem exercer conjuntamente sobre essa entidade um controlo análogo ao que exercem sobre os seus próprios serviços, quando cada uma dessas autoridades participar quer no capital quer nos órgãos de direção da referida entidade.

Assinaturas