

Acórdão *Acoset*: as alternativas procedimentais na constituição de uma PPPI vistas à luz do direito comunitário

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia
(3.^a Secção) de 15.10.2009, P. C-196/08

Arts. 43.º, 49.º e 86.º do Tratado CE. Adjudicação de contratos públicos. Atribuição do serviço das águas a uma sociedade de capital misto. Procedimento concorrencial. Designação do parceiro privado encarregado da exploração do serviço. Atribuição à margem das regras de adjudicação dos contratos públicos.

I – Os arts. 43.º, 49.º e 86.º do Tratado CE (Tratado que institui a Comunidade Europeia) não se opõem à atribuição directa de um serviço público que implica a realização prévia de certas obras a uma sociedade de capital misto, público e privado, especialmente criada para a prestação desse serviço e que tem um objecto social único, na qual o sócio privado é seleccionado através de concurso público, após verificação das condições financeiras, técnicas, operacionais e de gestão relacionadas com o serviço a assegurar e das características da proposta tendo em conta as prestações a fornecer, desde que o procedimento de concurso em questão esteja em conformidade com os princípios da livre concorrência, da transparência e da igualdade de tratamento impostos pelo Tratado CE para as concessões.

II – Com efeito, o recurso a um duplo procedimento de selecção do parceiro privado da sociedade de capital misto, primeiro, e de atribuição da concessão à referida sociedade, seguidamente, seria de molde a dissuadir as entidades privadas e as autoridades públicas de constituírem parcerias público-privadas institucionalizadas devido à duração inerente à exe-

cução de tais procedimentos e à incerteza jurídica no que respeita à atribuição da concessão ao parceiro privado previamente seleccionado.

III – Embora a inexistência de concurso no quadro da atribuição de serviços se afigure inconciliável com os arts. 43.º e 49.º do Tratado CE e com os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação, a selecção do sócio privado no respeito das exigências e a escolha dos critérios de selecção do sócio privado permitem remediar essa situação, desde que aos candidatos se exija que demonstrem, além da sua capacidade para se tornarem accionistas, sobretudo, a sua capacidade técnica para fornecerem o serviço e as vantagens económicas e outras decorrentes das suas propostas.

IV – Na medida em que os critérios de selecção do sócio privado não se baseiam apenas nos capitais injectados mas também na capacidade técnica desse sócio e nas características da sua proposta tendo em conta as prestações específicas a fornecer, e que a esse sócio seja confiada a actividade operacional do serviço em questão e, portanto, a gestão deste, podemos considerar que a selecção do concessionário resulta indirectamente da do referido sócio, a qual teve lugar no termo de um procedimento que respeita os princípios do direito comunitário, de forma que a organização de um segundo procedimento de concurso com vista à selecção do concessionário não se justificaria.

No processo C-196/08, que tem por objecto um pedido de decisão prejudicial nos termos do

art. 234.º do Tratado CE, apresentado pelo *Tribunale amministrativo regionale della Sicilia* (Itália), por decisão de 13 de Março de 2008, entrado no Tribunal de Justiça em 14 de Maio de 2008, no processo *Acoset SpA contra Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa e o.* (...)

O Tribunal de Justiça (Terceira Secção), composto por: A. Rosas, presidente de secção, A. Ó Caoimh, J. N. Cunha Rodrigues (*relator*), U. Lõhmus e P. Lindh, juízes, advogado-geral: D. Ruiz-Jarabo Colomer, (...) profere o presente Acórdão.

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

2. Este pedido foi apresentado no quadro de um litígio que opõe a *Acoset SpA* (a seguir *Acoset*) à *Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Ragusa* (Assembleia dos Presidentes de Câmara e do Presidente da Província Regional de Ragusa, a seguir *Conferenza*) e o., a propósito da anulação por esta do processo de concurso com vista à selecção do sócio privado minoritário na sociedade de economia mista adjudicatária directa do serviço integrado das águas («servizio idrico integrato») na província de Ragusa.

Quadro jurídico

Regulamentação comunitária

Directiva 2004/18/CE

3. O art. 1.º da 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 [*Jornal Oficial (JO) L 134, p. 114*], dispõe:

«[...]»

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 objecto a

execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços na acepção da presente directiva.

[...]

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

[...].»

4. O art. 3.º da Directiva 2004/18 estabelece:

«Quando uma entidade adjudicante conferir a entidades que não tenham o seu estatuto jurídico direitos especiais ou exclusivos de exercício de actividades de serviço público, o acto pelo qual tais direitos são conferidos deve prever que a entidade em questão respeite o princípio da não discriminação por motivos de nacionalidade na adjudicação de contratos de fornecimento a terceiros no âmbito dessa actividade».

5. Nos termos do art. 7.º da referida directiva:

«A presente directiva é aplicável aos contratos públicos [...] cujo valor estimado, sem imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA), seja igual ou superior aos seguintes limiares:

[...]

b) 249 000 euros:

– para os contratos públicos de fornecimento e de serviços celebrados por entidades adjudicantes não mencionadas no anexo IV ['Autoridades Governamentais Centrais'],

[...].»

6. O Regulamento (CE) n.º 2083/2005, da Comissão, de 19 de Dezembro de 2005, que altera as Directivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, do Par-

lamento Europeu e do Conselho, relativamente aos limiares de valor aplicáveis nos processos de adjudicação dos contratos públicos (*JO L 333*, p. 28), modificou o art. 7.º, alínea *b)*, da Directiva 2004/18, na sua versão resultante do Regulamento (CE) n.º 1874/2004, da Comissão, de 28 de Outubro de 2004 (*JO L 326*, p. 17), substituindo o montante de 236 000 euros pelo de 211 000 euros, para o período compreendido entre 1 de Janeiro de 2006 e 1 de Janeiro de 2007.

7. Em conformidade com o disposto no art. 2.º do Regulamento (CE) n.º 1422/2007, da Comissão, de 4 de Dezembro de 2007, que altera as Directivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativamente aos limiares de valor aplicáveis nos processos de adjudicação dos contratos públicos (*JO L 317*, p. 34), o referido montante passou para 206 000 euros, a partir de 1 de Janeiro de 2008.

8. O art. 17.º da Directiva 2004/18 dispõe:

«Sem prejuízo da aplicação do disposto no artigo 3.º, a presente directiva não é aplicável às concessões de serviços definidas no n.º 4 do artigo 1.º».

9. Nos termos do art. 21.º da Directiva 2004/18:

«Os contratos que tenham por objecto os serviços referidos no anexo II B estão sujeitos apenas ao artigo 23.º e ao n.º 4 do artigo 35.º».

10. São abrangidos pelo anexo II B, categoria 27, desta directiva os «[o]utros serviços», com excepção dos contratos de trabalho, aquisição, desenvolvimento, produção ou co-produção de programas por organismos de radiodifusão e dos contratos relativos a tempos de antena.

Directiva 2004/17/CE

11. Nos termos do art. 1.º, n.ºs 2 e 3, da Directiva 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (*JO L 134*, p. 1):

«2. [...]

b) ‘Contratos de empreitada de obras’ são contratos que têm por objecto quer a execução, quer conjuntamente a concepção e a execução, quer ainda a realização, por qualquer meio, de trabalhos relacionados com uma das actividades na aceção do anexo XII ou de uma obra que satisfaça as necessidades especificadas pela entidade adjudicante. Por ‘obra’ entende-se o resultado de um conjunto de trabalhos de construção ou engenharia civil destinado a desempenhar, por si só, uma função económica e técnica.

c) ‘Contratos de fornecimento’ são contratos que não os abrangidos pela alínea *b)*, que têm por objecto a compra, a locação financeira, a locação ou a locação-venda, com ou sem opção de compra, de produtos.

Um contrato que tenha por objecto o fornecimento de produtos e, a título acessório, operações de montagem e instalação é considerado um ‘contrato de fornecimento’.

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

Um contrato que tenha por objecto, simultaneamente, produtos e serviços na aceção do anexo XVII, é considerado um ‘contrato de serviços’ sempre que o valor dos serviços em questão exceda o dos produtos abrangidos pelo contrato.

Um contrato que tenha por objecto serviços, na aceção do anexo XVII, e que, só a título acessório em relação ao objecto principal do contrato, inclua actividades na aceção do anexo XII, é considerado um ‘contrato de serviços’.

3. *a)* ‘Concessão de obras’ é um contrato com as mesmas características que um contrato de empreitada de obras, com excepção de que a contrapartida das obras a efectuar consiste quer unicamente no direito de exploração da obra, quer nesse direito acompanhado de um pagamento.

b) ‘Concessão de serviços’ é um contrato com as mesmas características que um contrato de

serviços, com excepção de que a contrapartida dos serviços a prestar consiste quer unicamente no direito de exploração do serviço, quer nesse direito acompanhado de um pagamento».

12. Em conformidade com o disposto no art. 4.º da Directiva 2004/17:

«1. A presente directiva aplica-se às seguintes actividades:

a) À abertura ou à exploração de redes fixas destinadas à prestação de serviços ao público no domínio da produção, do transporte ou da distribuição de água potável, ou

b) À alimentação dessas redes com água potável.

[...]».

13. Nos termos do art. 9.º, n.º 1, da mesma directiva:

«Um contrato que vise a prossecução de actividades diversas obedece às normas aplicáveis à actividade a que se destina principalmente.

Todavia, a escolha entre a adjudicação de um único contrato ou a adjudicação de vários contratos separados não pode ocorrer com o objectivo de evitar a aplicação da presente directiva ou, eventualmente, da Directiva 2004/18/CE».

14. O art. 18.º da Directiva 2004/17 dispõe:

«A presente directiva não é aplicável às concessões de obras ou de serviços adjudicadas por entidades adjudicantes que exerçam uma ou várias das actividades referidas nos artigos 3.º a 7.º sempre que tais concessões sejam adjudicadas para o exercício dessas actividades».

Legislação nacional

15. O Decreto Legislativo n.º 267, que estabelece o texto único das leis sobre a organização das entidades locais (testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), de 18 de Agosto de 2000 (suplemento ordinário do GURI n.º 227, de 28 de Setembro de 2000), conforme alterado pelo Decreto-Legge n.º 269, que contém medidas urgentes para favorecer o desenvolvimento e para corrigir a situação das contas públicas (disposizioni urgenti per favorire

lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici), de 30 de Setembro de 2003 (suplemento ordinário do GURI n.º 229, de 2 de Outubro de 2003), convertido em lei, após alteração, pela Lei n.º 326, de 24 de Novembro de 2003 (suplemento ordinário do GURI n.º 274, de 25 de Novembro de 2003, a seguir «Decreto Legislativo n.º 267/2000»), dispõe, no seu artigo 113.º, n.º 5:

«A prestação do serviço [de um serviço público local por uma colectividade territorial] processa-se nos termos da regulamentação do sector e no respeito pela regulamentação da União Europeia, atribuindo a exploração do serviço:

a) a sociedades de capital seleccionadas mediante procedimentos de contratação pública;

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

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

Litígio no processo principal e questão prejudicial

16. Em 10 de Julho de 2002, a Provincia Regionale di Ragusa (Província Regional de Ragusa) e os municípios da Região concluíram uma convenção de cooperação com vista à constituição do Ambito Territoriale Ottimale (Âmbito Territorial Ótimo, a seguir «ATO») idrico di Ragusa (para as águas de Ragusa), autoridade local responsável pelo serviço integrado das águas de Ragusa.

17. Em 26 de Março de 2004, a *Conferenza*, órgão de gestão do ATO, escolheu como forma de gestão do serviço em questão a «sociedade de economia mista com capital público maioritário» visada no art. 113.º, n.º 5, alínea b), do Decreto Legislativo n.º 267/2000.

18. Em 7 de Junho de 2005, a *Conferenza* aprovou os projectos de escritura de constituição da sociedade anónima a criar e dos estatutos desta, bem como o projecto relativo à convenção sobre a gestão do referido serviço, cujo art. 1.º prevê que o serviço seja confiado directamente, a título exclusivo, à sociedade de economia mista a constituir (gestora do serviço integrado das águas).

19. Seguidamente, foi publicado um anúncio de concurso, nomeadamente, no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, de 8 de Outubro de 2005 (JO S 195), com vista à selecção da empresa, accionista privado minoritário, à qual seria confiada a actividade operacional do serviço integrado das águas e a execução das obras conexas com a gestão exclusiva desse serviço, a saber, as obras previstas, designadamente, no plano operacional trienal, aprovado pela Assembleia dos Presidentes dos Municípios em 15 de Dezembro de 2003.

20. Nos termos do art. 1.º, ponto 8, do caderno de encargos, as «obras a realizar são as que figuram no plano operacional trienal, conforme alterado e/ou completado pela proposta, bem como no projecto de informação posterior previsto no plano de ordenamento [...]» e «para a atribuição das obras que não sejam executadas directamente pelo accionista privado, deverá recorrer-se aos procedimentos concorrenciais previstos na lei».

21. Participaram no procedimento de concurso três agrupamentos temporários de empresas, cujos chefes de fila mandatários são, respectivamente, a *Saceccav Depurazioni Sacede SpA*, a *Acoset* e a *Aqualia SpA*. O júri do concurso excluiu a *Aqualia SpA* e admitiu os outros dois agrupamentos. O responsável pelo procedimento con-

vidou, em seguida, estes últimos a declarar se continuavam interessados. Só a *Acoset* respondeu afirmativamente.

22. Resulta ainda da decisão de reenvio que a *Conferenza*, em vez de registar a atribuição e proceder à constituição da sociedade mista de gestão a fim de lançar o serviço em questão e de beneficiar dos fundos comunitários, decidiu, na sessão de 26 de Fevereiro de 2007, por reear a ilicitude do procedimento seguido à luz do direito comunitário, iniciar diligências para a anulação do procedimento de selecção da *Acoset*. Em consequência, o secretariado técnico operacional do ATO informou a *Acoset*, por nota de 28 de Fevereiro de 2007, do início do processo de anulação, e a *Acoset* apresentou observações a esse respeito por nota de 26 de Março de 2007.

23. Em 2 de Outubro de 2007, a *Conferenza* pronunciou-se a favor da anulação do procedimento de concurso em questão e adoptou o consórcio como forma de gestão do serviço integrado das águas de Ragusa. Por nota de 9 de Outubro seguinte, foi comunicada à *Acoset* a anulação do procedimento de concurso.

24. No quadro do seu recurso no processo principal contra a decisão de 2 de Outubro de 2007 e os actos com ela conexas, a *Acoset* pede o reconhecimento de um direito de indemnização sob a forma da atribuição do contrato e de uma indemnização específica dos danos sofridos em consequência dos actos impugnados. A *Acoset* pede igualmente, em procedimento cautelar, a suspensão provisória desses actos.

25. Segundo a *Acoset*, a atribuição directa da gestão de serviços públicos locais a sociedades de economia mista, em conformidade com o disposto no art. 113.º, n.º 5, alínea b), do Decreto Legislativo n.º 267/2000, nas quais o sócio privado foi escolhido por meio de um procedimento de concurso que respeita as disposições comunitárias em matéria de concorrência, é compatível com o direito comunitário.

26. Os recorridos no processo principal consideram, em contrapartida, que o direito comu-

nitário só autoriza tal atribuição directa e sem concurso de obras e serviços a sociedades de participação pública total que realizem o essencial da sua actividade com a entidade pública ou as entidades públicas que as controlam e sobre elas exercem um controlo análogo ao que exercem sobre os seus próprios serviços. A participação, ainda que minoritária, de uma empresa privada no capital de uma sociedade em que participa igualmente a entidade adjudicante em causa exclui, de qualquer forma, que essa entidade adjudicante possa exercer sobre essa sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços (v., nomeadamente, acórdão de 11 de Janeiro de 2005, *Stadt Halle e RPL Lochau*, proc. C-26/03, *Colect.*, p. I-1).

27. O *Tribunale amministrativo regionale della Sicilia* considera que a questão da compatibilidade da atribuição directa do contrato em causa, à luz do direito comunitário, que foi suscitada pela *Acoset*, é pertinente e que a resposta a essa questão não pode ser claramente deduzida da jurisprudência do Tribunal de Justiça.

28. Nestas condições, o *Tribunale amministrativo regionale della Sicilia* decidiu suspender a instância quanto ao pedido de suspensão da execução formulado no processo principal e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

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

Quanto à admissibilidade

29. O Governo austríaco observa que o pedido de decisão prejudicial deve ser declarado inadmissível, com o fundamento de que a decisão de reenvio não fornece informações suficientes sobre o quadro factual e jurídico em que se inscreve o processo principal para permitir ao Tribunal de Justiça responder de forma útil à questão prejudicial. Considera que faltam, em particular, informações sobre a especificidade da prestação ou das prestações em causa, sobre o conteúdo do concurso e do procedimento de adjudicação, bem como sobre alguns conceitos utilizados na questão submetida.

30. No tocante às informações que devem ser fornecidas ao Tribunal de Justiça no quadro de uma decisão de reenvio, deve recordar-se que essas informações servem não só para permitir ao Tribunal de Justiça dar respostas úteis mas também para dar aos governos dos Estados-Membros bem como às outras partes interessadas a possibilidade de apresentarem observações em conformidade com o art. 23.º do Estatuto do Tribunal de Justiça. Resulta de jurisprudência constante que, para esse efeito, é necessário, por um lado, que o juiz nacional defina o quadro factual e regulamentar em que se inserem as questões que submete ou que, pelo menos, explique as hipóteses factuais em que se baseiam essas questões. Por outro lado, a decisão de reenvio deve indicar as razões precisas que conduziram o juiz nacional a interrogar-se sobre a interpretação do direito comunitário e a considerar necessário submeter questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça. Neste contexto, é indispensável que o juiz nacional dê um mínimo de explicações sobre as razões da escolha das disposições comunitárias cuja interpretação pede e sobre a relação que estabelece entre essas disposições e a legislação nacional aplicável ao litígio no processo principal (v., nomeadamente, acórdão de 6 de Março de 2007, *Placanica e o.*, procs. C-338/04, C-359/04 e C-360/04, *Colect.*, p. I-1891, n.º 34).

31. A decisão de reenvio do *Tribunale amministrativo regionale della Sicilia* satisfaz estas exigências.

32. Com efeito, o órgão jurisdicional nacional menciona as disposições nacionais aplicáveis e a decisão de reenvio comporta uma descrição dos factos que, se bem que sucinta, é suficiente para permitir ao Tribunal de Justiça pronunciar-se. Além disso, o referido órgão jurisdicional indica as razões que o levaram a considerar necessário submeter uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça, na medida em que esta contém uma descrição detalhada dos pontos de vista opostos defendidos pelas partes no processo principal, no que se refere à interpretação das disposições comunitárias que são objecto da questão prejudicial, e em que, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a resposta à referida questão não poderia ser claramente deduzida da jurisprudência do Tribunal de Justiça.

33. Por outro lado, a *Conferenza* observa que, na medida em que o procedimento de selecção do sócio privado em causa no processo principal foi anulado, a *Acoset* não tem interesse em agir a fim de obter uma resposta à questão submetida.

34. A este propósito, basta salientar que o art. 234.º do Tratado CE instituiu uma cooperação directa entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais, através de um processo estranho a qualquer iniciativa das partes e no decurso do qual estas são unicamente convidadas a dar a conhecer os seus pontos de vista sobre questões cuja iniciativa pertence exclusivamente ao órgão jurisdicional nacional (v., neste sentido, nomeadamente, acórdão de 9 de Dezembro de 1965, *Singer*, proc. 44/65, *Colect.* 1965-1968, p. 251).

35. Nestas condições, há que examinar a questão submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio.

Quanto à questão prejudicial

36. Através da sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende, em substância, saber se os arts. 43.º, 49.º e 86.º do Tratado CE se opõem à atribuição directa de um serviço público que implica a realização prévia de certas obras, como o que está em causa no processo principal, a uma sociedade de capital misto, público e privado, especialmente criada para a prestação desse serviço e que tem um objecto social único, na qual o sócio privado é seleccionado através de concurso público, após verificação das condições financeiras, técnicas, operacionais e de gestão relacionadas com o serviço a assegurar e das características da proposta tendo em conta as prestações a fornecer.

37. A título preliminar, há que salientar que a atribuição de um serviço público local de gestão integrado das águas, como o que está em causa no processo principal, poderia ser abrangida, consoante as especificidades da contrapartida desse serviço, pela definição de «contratos públicos de serviços» ou de «concessão de serviços públicos», na acepção, respectivamente, do art. 1.º, n.ºs 2, alínea *d*), e 4, da Directiva 2004/18, ou até, sendo caso disso, respectivamente, do art. 1.º, n.ºs 2, alínea *d*), e 3, alínea *a*), da Directiva 2004/17, cujo art. 4.º, n.º 1, alínea *a*), prevê que esta se aplica à abertura ou à exploração de redes fixas destinadas à prestação de serviços ao público, no domínio da produção, do transporte ou da distribuição de água potável, ou à alimentação dessas redes em água potável.

38. A questão de saber se uma operação deve ou não ser qualificada de «concessão de serviços» ou de «contrato público de serviços» deve ser apreciada exclusivamente à luz do direito comunitário (v., nomeadamente, acórdão de 18 de Julho de 2007, *Comissão/Itália*, proc. C-382/05, *Colect.*, p. I-6657, n.º 31).

39. A diferença entre um contrato de serviços e uma concessão de serviços reside na contrapartida da prestação de serviços (v., nomeadamente, acórdão de 10 de Setembro de 2009,

WAZV *Gotha*, proc. C-206/08, ainda não publicado na *Colectânea*, n.º 51). «Um contrato público de serviços», na acepção das Directivas 2004/18 e 2004/17, comporta uma contrapartida que é paga directamente pela entidade adjudicante ao prestador de serviços (v., nomeadamente, acórdão de 13 de Outubro de 2005, *Parking Brixen*, proc. C-458/03, *Colect.*, p. I-8585, n.º 39). Estamos perante uma concessão de serviços quando o modo de remuneração acordado consiste no direito de explorar o serviço e o prestador assume o risco ligado à exploração dos serviços em questão (v., nomeadamente, acórdão de 13 de Novembro de 2008, *Comissão/Itália*, proc. C-437/07, n.ºs 29 e 31, e acórdão WAZV *Gotha*, já referido, n.ºs 59 e 68).

40. O órgão jurisdicional de reenvio refere-se à sociedade de economia mista a constituir como «concessionária» da gestão do serviço integrado das águas. Resulta dos autos que a duração da operação é fixada em trinta anos.

41. Da mesma forma, o Governo italiano observa que se trata manifestamente da atribuição de um serviço público por meio de uma concessão por trinta anos, cuja principal contrapartida é a possibilidade de se exigir aos utentes a tarifa da água, mencionada no procedimento de concurso, a título de compensação pelo serviço prestado.

42. O Tribunal de Justiça parte, portanto, da hipótese de que se trata de uma concessão.

43. O Tribunal de Justiça reconheceu a existência de uma concessão de serviços, designadamente, em casos em que a remuneração do prestador provinha de pagamentos efectuados pelos utentes de um parque de estacionamento público, de um serviço de transportes públicos e de uma rede de teledistribuição (v. acórdãos *Parking Brixen*, já referido, n.º 40; de 6 de Abril de 2006, *ANAV*, proc. C-410/04, *Colect.*, p. I-3303, n.º 16; e de 13 de Novembro de 2008, *Coditel Brabant*, proc. C-324/07, ainda não publicado na *Colectânea*, n.º 24).

44. O art. 17.º da Directiva 2004/18 prevê que, sem prejuízo da aplicação do disposto no seu artigo 3.º, ela não é aplicável às concessões de

serviços. De igual modo, o art. 18.º da Directiva 2004/17 exclui a aplicação desta às concessões de serviços adjudicadas por entidades adjudicantes que exerçam uma ou várias das actividades referidas nos arts. 3.º a 7.º da referida directiva, sempre que tais concessões sejam adjudicadas para o exercício dessas actividades.

45. Por outro lado, é pacífico que a execução das obras conexas com a gestão exclusiva do serviço integrado das águas em causa no processo principal é acessória em relação ao objecto principal do contrato em questão, que consiste no fornecimento desse serviço, de forma que este não pode ser qualificado de «concessão de obras públicas» (v., neste sentido, nomeadamente, acórdão de 19 de Abril de 1994, *Gestión Hotelera Internacional*, proc. C-331/92, *Colect.*, p. I-1329, n.ºs 26 a 28, e art. 9.º, n.º 1, da Directiva 2004/17).

46. Não obstante o facto de os contratos de concessão de serviços públicos estarem excluídos do âmbito de aplicação das Directivas 2004/18 e 2004/17, as autoridades públicas que os celebrem estão, contudo, obrigadas a respeitar as regras fundamentais do Tratado CE, em geral, e o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, em particular (v., nomeadamente, acórdão *ANAV*, já referido, n.º 18).

47. As disposições do Tratado especificamente aplicáveis às concessões de serviços públicos abrangem, entre outros, os arts. 43.º e 49.º do Tratado CE (v., nomeadamente, acórdão *ANAV*, já referido, n.º 19).

48. Além do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, o princípio da igualdade de tratamento entre proponentes também se aplica às concessões de serviços públicos, mesmo não existindo uma discriminação em razão da nacionalidade (v., nomeadamente, acórdão *ANAV*, já referido, n.º 20).

49. Os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação em razão da nacionalidade implicam, designadamente, uma obrigação de transparência que permite à autoridade pública concedente certificar-se de que esses princípios são respeitados. Essa obrigação de

transparência que incumbe à referida autoridade consiste em assegurar, a favor de todos os potenciais proponentes, um grau de publicidade adequado que permita a abertura da concessão dos serviços à concorrência bem como o controlo da imparcialidade dos procedimentos de adjudicação (v., nomeadamente, acórdão *ANAV*, já referido, n.º 21).

50. Resulta, além disso, do art. 86.º, n.º 1, do Tratado CE que os Estados-Membros não devem manter em vigor uma legislação nacional que permita a atribuição de concessões de serviços públicos sem concurso, uma vez que tal atribuição viola os arts. 43.º ou 49.º do Tratado CE, ou ainda os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da transparência (v., nomeadamente, acórdão *ANAV*, já referido, n.º 23).

51. A aplicação das regras enunciadas nos arts. 12.º, 43.º e 49.º do Tratado CE, bem como dos princípios gerais de que tais regras constituem a expressão concreta, fica todavia excluída se, simultaneamente, o controlo exercido sobre a entidade concessionária pela autoridade pública concedente for análogo ao controlo que esta exerce sobre os seus próprios serviços e se essa entidade realizar o essencial da sua actividade com a autoridade que a detém (v., nomeadamente, acórdão *ANAV*, já referido, n.º 24). Nesse caso, não é obrigatória a organização de um concurso, mesmo que o co-contratante seja uma entidade juridicamente distinta da entidade adjudicante (v., nomeadamente, acórdão de 10 de Setembro de 2009, *Sea*, proc. C-573/07, ainda não publicado na *Colectânea*, n.º 36).

52. Esta jurisprudência é pertinente tanto para a interpretação das Directivas 2004/18 e 2004/17 como dos arts. 43.º e 49.º do Tratado CE e também dos princípios gerais de que constituem a expressão concreta (v., nomeadamente, acórdão *Sea*, já referido, n.º 37).

53. A participação, ainda que minoritária, de uma empresa privada no capital de uma sociedade na qual também participa a entidade adjudicante em causa exclui que esta entidade

adjudicante possa exercer sobre essa sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços (v., nomeadamente, acórdão *Sea*, já referido, n.º 46).

54. É o que acontece com o contrato em causa no processo principal, no âmbito do qual o sócio privado deve subscrever 49% do capital social da sociedade de capital misto adjudicatária do contrato em questão.

55. Nestas condições, importa determinar mais precisamente se a atribuição do serviço público em questão à sociedade de economia mista, sem concurso especificamente organizado para o efeito, é compatível com o direito comunitário, desde que o concurso com vista a seleccionar o sócio privado que assumirá a gestão integral do serviço das águas se tenha processado no respeito dos arts. 43.º e 49.º do Tratado CE, bem como dos princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação em razão da nacionalidade e da obrigação de transparência deles decorrente.

56. Resulta da jurisprudência que a atribuição de um contrato público a uma empresa de economia mista, sem concurso, seria contrária ao objectivo de concorrência livre e não falseada e ao princípio da igualdade de tratamento, na medida em que tal processo proporcionasse a uma empresa privada presente no capital dessa empresa uma vantagem sobre os seus concorrentes (acórdãos *Stadt Halle e RPL Lochau*, já referido, n.º 51, bem como de 10 de Novembro de 2005, *Comissão/Áustria*, proc. C-29/04, *Colect.*, p. I-9705, n.º 48).

57. Por outro lado, como é salientado no ponto 2.1 da *Comunicação interpretativa da Comissão sobre a aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e de concessões às parcerias público-privadas institucionalizadas (PPPI)* (JO 2008, C 91, p. 4), o facto de uma entidade privada e de uma entidade adjudicante cooperarem no âmbito de uma entidade de capital misto não pode justificar o incumprimento das disposições aplicáveis às concessões, quando da adjudicação de concessões a essa entidade privada ou à entidade de capital misto.

58. Todavia, como o advogado-geral salientou no n.º 85 das suas conclusões, o recurso a um duplo procedimento de concurso seria dificilmente compatível com a economia processual que inspira as parcerias público-privadas institucionalizadas, como a que está em causa no processo principal, cuja criação reúne numa só diligência a escolha de um parceiro económico privado e a atribuição da concessão à entidade de capital misto a criar exclusivamente para esse fim.

59. Embora a inexistência de concurso no quadro da atribuição de serviços se afigure inconciliável com os arts. 43.º e 49.º do Tratado CE e com os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação, a selecção do sócio privado no respeito das exigências recordadas nos n.ºs 46 a 49 do presente acórdão e a escolha dos critérios de selecção do sócio privado permitem remediar essa situação, desde que aos candidatos se exija que demonstrem, além da sua capacidade para se tornarem accionistas, sobretudo, a sua capacidade técnica para fornecerem o serviço e as vantagens económicas e outras decorrentes das suas propostas.

60. Na medida em que os critérios de selecção do sócio privado não se baseiam apenas nos capitais injectados mas também na capacidade técnica desse sócio e nas características da sua proposta tendo em conta as prestações específicas a fornecer, e que a esse sócio seja confiada, como na situação em causa no processo principal, a actividade operacional do serviço em questão e, portanto, a gestão deste, podemos considerar que a selecção do concessionário resulta indirectamente da do referido sócio, a qual teve lugar no termo de um procedimento que respeita os princípios do direito comunitário, de forma que a organização de um segundo procedimento de concurso com vista à selecção do concessionário não se justificaria.

61. O recurso, em tal situação, a um duplo procedimento de selecção do parceiro privado da sociedade de capital misto, primeiro, e de

atribuição da concessão à referida sociedade, seguidamente, seria de molde a dissuadir as entidades privadas e as autoridades públicas de constituírem parcerias público-privadas institucionalizadas, como a que está em causa no processo principal, devido à duração inerente à execução de tais procedimentos e à incerteza jurídica no que respeita à atribuição da concessão ao parceiro privado previamente seleccionado.

62. Deve precisar-se que uma sociedade de capital misto, público e privado, como a que está em causa no processo principal, deve manter o mesmo objecto social durante todo o período da concessão e que qualquer modificação substancial do contrato obrigaria ao lançamento de um concurso (v., neste sentido, acórdão de 18 de Junho de 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur*, proc. C-454/06, *Colect.*, p. I-4401, n.º 34).

63. Face às considerações que precedem, deve responder-se à questão submetida que os arts. 43.º, 49.º e 86.º do Tratado CE não se opõem à atribuição directa de um serviço público que implica a realização prévia de certas obras, como o que está em causa no processo principal, a uma sociedade de capital misto, público e privado, especialmente criada para a prestação desse serviço e que tem um objecto social único, na qual o sócio privado é seleccionado através de concurso público, após verificação das condições financeiras, técnicas, operacionais e de gestão relacionadas com o serviço a assegurar e das características da proposta tendo em conta as prestações a fornecer, desde que o procedimento de concurso em questão esteja em conformidade com os princípios da livre concorrência, da transparência e da igualdade de tratamento impostos pelo Tratado para as concessões.

Omissis

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

Os arts. 43.º, 49.º e 86.º do Tratado CE não se opõem à atribuição directa de um serviço público que implica a realização prévia de certas obras, como o que está em causa no processo princi-

pal, a uma sociedade de capital misto, público e privado, especialmente criada para a prestação desse serviço e que tem um objecto social único, na qual o sócio privado é seleccionado através de concurso público, após verificação das condições financeiras, técnicas, operacionais e de gestão relacionadas com o serviço a assegurar e das características da proposta tendo em conta as prestações a fornecer, desde que o procedimento de concurso em questão esteja em conformidade com os princípios da livre concorrência, da transparência e da igualdade de tratamento impostos pelo Tratado CE para as concessões.

Proferido em 15 de Outubro de 2009.

A. Rosas – A. Ó Caoinh – J. N. Cunha Rodrigues (Relator) – U. Jöhnus – P. Lindh

Anotação (*)

1. *Escrever hoje em dia sobre parcerias público-privadas (PPP) provoca quase sempre um duplo sentimento: por um lado, para quem lida com o direito público, é um tema indiscutivelmente interessante e que suscita tantas questões, mais não fosse, porque pede uma conjugação sensata e equilibrada entre os parâmetros clássicos do nosso direito dos contratos administrativos com as novidades e potencialidades que a figura das PPP manifestamente trouxe ao sistema das políticas públicas; mas, por outro lado, é difícil evitar a sensação de se estar a escrever sobre uma figura que, depois do apogeu fervilhante que viveu, se tornou rapidamente non grata e causa dos graves problemas com que o país agora se defronta.*

A “culpa” não é evidentemente da figura das PPP, que, enquanto modelo jurídico de montagem contratual, tão bem consegue combinar as necessidades públicas (de financiamento e de know how ou expertise) com as correspondentes virtudes privadas. A “culpa” é do mau uso que se fez da figura – como o demonstrou o Tribunal de Contas em tantos rela-

tórios de altíssima qualidade –, ora porque se recorreu a parcerias quando provavelmente, numa lógica de afectação de recursos escassos, não se impunha a realização de qualquer projecto público, ora porque, quando não era questionável a necessidade ou conveniência do projecto, foi-o ou o desenho normativo da PPP, sobretudo ao nível da distribuição de riscos, ou o modo (quase desleixado ou desmazelado) como o parceiro público acompanhou a sua execução ou o modo como se procedeu à respectiva renegociação.

Em alguns casos, o desperdício de dinheiros públicos (cá e lá fora também, é claro) foi notório, sobretudo na forma de passive waste, derivado, por exemplo, de ineficiências das políticas públicas ou da menor competência ou know how dos decisores públicos, para não falar dos casos de active waste, resultantes de desvio de poder ou de corrupção dos decisores públicos⁽¹⁾.

A responsabilidade reside portanto no uso que se fez do modelo, mas o estigma incrustou-se e generalizou-se perigosamente e não vai ser fácil devolver às PPP a dignidade jurídica e o “bom nome” que indiscutivelmente merecem.

Não vai ser fácil, é verdade, esse processo de «recuperação», mas será inevitável, num futuro que se espera seja breve, quando passar a turbulência que agora nos assola. É que, enquanto modelo de cooperação e coordenação dos interesses e valências do sector público e do sector privado num determinado projecto, as PPP, sobretudo as de matriz concessória, não conhecem muitas alternativas. São soluções clássicas do direito administrativo e hoje experimentadas em muitos países, mesmo se, naturalmente, em vestes modernas e revistas nalguns dos seus aspectos mais essenciais (designadamente, no capítulo do financiamento). Julga-se, por isso, que, com o devido enquadramento legal e com as cautelas que se imponham resultantes dos erros que se hajam cometido, as PPP,

⁽¹⁾ Sobre a distinção entre active e passive waste nos gastos públicos, ver o interessante estudo de ORIANA BANDIERA, ANDREA PRAT e TOMMASO VALLETTI, “Active and Passive Waste in Government Spending: Evidence from a Policy Experiment”, publicado na American Economic Review, vol. 99 (2009), n.º 4, pp. 1278-130.

(*) Por vontade expressa do Autor é utilizada a grafia anterior ao novo acordo ortográfico.

na versão que hoje conhecemos ou noutra, voltarão a ocupar, pelas boas razões, o lugar de destaque que lhes é devido no direito e na economia do nosso país.

2. O acórdão que trazemos aqui, de 15/10/2009 (proc. C-196/08), conhecido por acórdão Acoset e centrado no problema da escolha do parceiro privado nas parcerias público-privadas institucionalizadas (PPPI) ⁽²⁾, já justificaria uma anotação pelo resultado a que aí se chegou – porque é inovador, porque revelou, por parte do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), uma “visão pragmática na aplicação das regras da contratação pública” ⁽³⁾ e porque, evitando excessos de formalismo, favorece a constituição de PPPI –, acrescentando a isso tudo, que não é pouco, o facto de ter sido o primeiro caso em que o Tribunal se pronunciou sobre os princípios e regras da contratação pública aplicáveis a esse modelo contratual.

Como se sabe, apesar de não haver ainda uma noção oficial sua, vinculativa – facto que fica a dever-se à falta de *hard law* comunitária na matéria –, as PPP têm sido entendidas, em geral, como “formas de cooperação entre as autoridades públicas e as empresas, com o objectivo assegurar o financiamento, a construção, a renovação, a gestão ou a manutenção da uma infra-estrutura ou a prestação de um serviço” (cf. Livro Verde sobre as PPP e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões, de 30/4/2004, p. 3).

Não se trata, é verdade, de uma noção muito técnica ou precisa, mas parte da explicação encontra-se seguramente no próprio objecto que se pretende definir: as PPP são uma figura de contornos muito fluídos, abrangendo esquemas de colaboração muito

diferentes na sua fisionomia e no seu regime, podendo ir desde uma mera aquisição regular ou contínua de bens ou produtos até uma tradicional concessão de serviço público, passando pelos contratos mais actuais assentes em modelos de *private finance initiative*, para não falar, claro, daqueles que pressupõem a participação do parceiro público e do parceiro privado numa nova entidade.

É de resto por aqui que deve começar-se, separando as PPP de tipo puramente contratual, “em que a parceria entre os sectores público e privado assenta em relações exclusivamente convencionais” ou contratuais (que tanto pode ser um contrato público como uma concessão, abrangendo-se também aqui aquelas em que a remuneração do parceiro privado provém do contraente público), e as PPP de tipo institucionalizado (PPPI), em que a parceria entre os sectores público e privado se faz e organiza no quadro de uma entidade distinta ⁽⁴⁾.

Nestes casos, a instituição da PPPI tanto pode passar pela criação *ex novo* da nova entidade quanto por via da abertura do capital da entidade outrora integralmente pública (ou da abertura de mais capital público) à participação privada. Por outras palavras, a PPPI pode traduzir-se i) na criação de uma nova empresa, cujo capital pertence conjuntamente ao parceiro público e ao parceiro privado (ou a vários deles) e na adjudicação de um contrato público ou de uma concessão a essa entidade de capital misto ou ii) na participação superveniente de um ou mais parceiros privados numa empresa pública já existente, que executa contratos públicos ou concessões que lhe tenham sido atribuídos no passado no quadro de uma relação “interna” ou *in house* ⁽⁵⁾.

3. Como se disse, o acórdão Acoset pronunciou-se sobre o tratamento jurídico-comunitário da selecção do parceiro privado no contexto das PPPI.

⁽²⁾ Tema que, como se sabe, tem merecido especial atenção e tratamento por parte de DIOGO DUARTE CAMPOS, primeiro em A escolha do parceiro privado nas parcerias público-privadas – a adjudicação *in house* em particular, Coimbra Editora, 2009, e depois em “Parcerias público-privadas institucionais e duplo (triplo) concurso”, Estudos de Contratação Pública – III, Coimbra Editora, 2010, pp. 395 e segs.

⁽³⁾ ADRIAN BROWN, “Selection of the private participant in a public-private partnership which is entrusted with public services concession: Acoset”, em *Public Procurement Law Review*, 2010, n.º 2, NA49.

⁽⁴⁾ Ver Livro Verde sobre as PPP e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões, pp. 8 e 9.

⁽⁵⁾ Assim, Comunicação interpretativa da Comissão sobre a aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e de concessões às parcerias público-privadas institucionalizadas (PPPI), 2008/C 91/02, publicada no *Jornal Oficial da União Europeia (JOUE)*, de 12/4/2008.

Abstraindo agora de pormenores irrelevantes para a sua compreensão, o caso conta-se em breves palavras: uma entidade pública italiana confiou (“adjudicou”) a gestão do serviço público integrado de águas a uma sociedade de economia mista de capital maioritariamente público, tendo simultaneamente aprovado o projecto de escritura de constituição da sociedade anónima e respectivos estatutos. Depois disso, fez publicar um anúncio de concurso, também no JOUE, com vista à selecção de uma empresa como sócia privada minoritária, à qual seria confiada, nesse mesmo procedimento, a actividade operacional do serviço e também a execução de algumas obras conexas de pouco relevo.

A determinada altura do procedimento e depois de solicitado pela entidade adjudicante, a empresa Acoset, concorrente, declara que continua interessada no concurso.

No entanto, em vez de dar continuidade ao procedimento, a entidade pública, receando que o esquema adoptado (adjudicação directa do serviço à sociedade de economia mista e concurso apenas para a selecção do sócio privado) não fosse conforme ao direito comunitário, decretou a anulação do concurso e atribuiu a gestão do serviço a um consórcio público.

A Acoset reagiu perante os tribunais administrativos italianos, alegando que a atribuição directa da gestão de serviços públicos locais a sociedades de economia mista era compatível com o direito comunitário quando o sócio privado fosse escolhido através de um procedimento (no caso, um concurso) conforme ao direito comunitário da contratação pública.

Diferentemente, as autoridades administrativas italianas invocavam que o direito comunitário só autoriza essa atribuição directa no âmbito da chamada excepção *in house*, ou seja, a sociedades de participação pública total que realizem o essencial da sua actividade com a(s) entidade(s) pública(s) que as controlam, sendo que a participação, ainda que minoritária, de uma empresa privada no capital da sociedade em que participa igualmente a entidade adjudicante excluiria a admissibilidade da referida excepção.

Perante este problema, cuja resposta não se encontrava em anterior jurisprudência do Tribunal de Justiça, o tribunal italiano a quem cumpria decidir o

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

4. A primeira questão de fundo tratada pelo TJUE dizia respeito à qualificação da actividade que havia sido confiada à sociedade de capitais mistos, ou seja, se as prestações em que ela se desdobrava configuravam um contrato público de serviços, sujeito às directivas comunitárias, ou antes uma concessão de serviço, que está excluída do regime das directivas ⁽⁶⁾.

Em primeiro lugar, o TJUE começou por esclarecer que a “execução das obras conexas com a gestão exclusiva do serviço integrado das águas em causa no processo principal é acessória em relação ao objecto principal do contrato em questão, [...], de forma que este não pode ser qualificado «concessão de obras públicas»” ⁽⁷⁾.

Depois, entrando directamente no problema da qualificação do contrato, o TJUE – recordando que a

⁽⁶⁾ É o que resulta do art. 17.º da Directiva 2004/18/CE (“Sem prejuízo da aplicação do disposto no artigo 3.º, a presente directiva não é aplicável às concessões de serviços definidas no n.º 4 do artigo 1.º”) e do art. 18.º da Directiva 2004/17/CE (“A presente directiva não é aplicável às concessões de obras ou de serviços adjudicadas por entidades adjudicantes que exerçam uma ou várias das actividades referidas nos artigos 3.º a 7.º sempre que tais concessões sejam adjudicadas para o exercício dessas actividades”), ambas de 31 de Março de 2004.

⁽⁷⁾ É esta também a jurisprudência do acórdão de 19/4/1994, *Gestión Hotelera Internacional*, proc. C-331/92, n.ºs 26 a 28.

concessão de serviços é um contrato com as mesmas características de um contrato público de serviços, com excepção de que a contrapartida pública, digamos assim, consiste ou no direito de exploração do serviço ou nesse direito acompanhado de uma remuneração, mas assumindo sempre o parceiro privado o risco da exploração do projecto ou dos serviços –, perante os dados da hipótese (8), considerou haver aí uma concessão de serviço público (9) (10).

E não deixou também de repetir as proposições fundamentais na matéria, a saber:

i) a questão da qualificação de uma determinada operação (como concessão de serviços ou como contrato público de serviços, como empreitada de obra pública ou como concessão de obra) deve ser apreciada exclusivamente à luz do direito comunitário;

ii) a “diferença entre um contrato de serviços e uma concessão de serviços reside na contrapartida da prestação de serviços” (11), no esquema subjacente à remuneração do co-contratante, pois se um contrato público de serviços “comporta uma contrapartida que é paga directamente pela entidade adjudicante ao prestador de serviços”, na concessão de serviços o “modo de remuneração consiste no direito de explorar o serviço e o prestador assume o risco ligado à exploração dos serviços em questão”, é dizer, à sua

(8) Contrato pelo prazo de 30 anos e no qual a contrapartida ou remuneração pelo serviço prestado seria a cobrança da tarifa da água aos utentes, com o inevitável risco para a sociedade de economia mista relativamente à utilização do serviço.

(9) O facto de a actividade de serviço público em causa se situar no domínio dos sectores especiais [ver art. 4.º, n.º 1, alíneas a) e b), da Directiva 2004/17] não teve, claro, relevância para o julgamento da questão prejudicial.

(10) Esta solução está, aliás, em linha com anteriores decisões do TJUE, onde se entendeu existir uma concessão de serviços quando a “remuneração do prestador provenha de pagamentos efectuados pelos utentes de um parque de estacionamento público, de um serviço de transportes públicos e de uma rede de tele-distribuição” (assim, acórdãos Parking Brixen, proc. C-458/03, n.º 40; ANAV, proc. C-410/04, n.º 16; e Coditel Brabant, proc. C-324/07, n.º 24).

(11) Ver também, por exemplo, o acórdão de 10/9/2009, WAZV Gotha, proc. C-206/08, n.º 51.

maior ou menor utilização por parte dos respectivos utentes ou destinatários (12).

5. Posto isto, e como não se verificavam no caso os requisitos da excepção in house, uma vez que o sócio privado tinha uma participação correspondente a 49% do capital da sociedade de economia mista (13), o TJUE começou por afirmar a primeira proposição fundamental em matéria de contratação de PPPI, ou seja, que, embora se trate de contrato não abrangido pelas directivas, está sujeito às regras das liberdades fundamentais do Tratado da União Europeia (TUE), sobretudo às constantes dos arts. 43.º (liberdade de estabelecimento) e 49.º (liberdade de prestação de serviços), e também aos princípios do direito comunitário da contratação pública (igualdade de tratamento, não discriminação em razão da nacionalidade, transparência e proporcionalidade).

Era isso, aliás, o que já constava da Comunicação interpretativa sobre a aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e de concessões às PPPI (ponto 2.1), na qual a Comissão advertia que o facto de uma entidade privada e de uma entidade adjudicante cooperarem no âmbito de uma entidade de capital misto “não pode justificar o incumprimento das disposições aplicáveis às concessões” no momento das adjudicações a favor da entidade privada ou da sociedade de capital misto.

E o TJUE reafirmou a ideia, esclarecendo que a atribuição de um contrato ou de uma concessão a uma empresa de economia mista, sem concurso, seria contrária aos princípios do direito comunitário, “na medida em que tal processo proporcionasse a uma empresa privada presente no capital dessa empresa uma vantagem sobre os seus concorrentes”, assim como, diríamos nós, seria contrário a tais princípios a selecção do parceiro privado sem qualquer procedimento

(12) Ver, sobre o assunto, mais recentemente, o acórdão do TJUE de 10/3/2011, proc. C-274/09.

(13) Embora seja verdade que, como não havia ainda um sócio privado, mas mera previsão de qual a parte do capital que caberia ao futuro sócio privado (escolhido em subseqüente concurso), a questão talvez merecesse do TJUE uma atenção mais cuidadosa e aprofundada.

transparente e conforme à igualdade de tratamento dos operadores económicos.

Era chegada então a altura de resolver a questão principal do processo, ou seja, saber se, estando a atribuição de uma concessão de serviço público sujeita aos princípios do direito comunitário da contratação pública, seria compatível com eles um caso em que, por um lado, a adjudicação da concessão a uma sociedade de economia mista não foi antecedida de concurso (ou procedimento concorrencial), mas em que, por outro lado, se tinha organizado um concurso perfeitamente adequado ao direito comunitário com vista à selecção do sócio privado que iria assumir a gestão integral do serviço das águas.

Mais concretamente, a questão estava em saber se porventura seria exigência do direito comunitário que ambos os momentos cronologicamente distintos do caso Acoset – atribuição de uma concessão de serviço público à sociedade de capital misto e selecção do parceiro privado – se processassem de acordo com os princípios da contratação pública, o que implicaria, bem vistas as coisas, um “double-tendering procedure” (um duplo procedimento de contratação pública).

O advogado-geral do processo já havia deixado clara a sua posição: “o recurso a um duplo procedimento de concurso seria dificilmente compatível com a economia processual que inspira as PPPI, como a que está em causa no processo principal, cuja criação reúne numa só diligência a escolha de um parceiro económico privado e a atribuição da concessão à entidade de capital misto a criar exclusivamente para esse fim”.

E o TJUE, sensível ao argumento, foi no mesmo sentido, afirmando que, embora “a inexistência de concurso no quadro da atribuição de serviços se afigure inconciliável com os artigos 43.º e 49.º do Tratado CE e com os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação, a selecção do sócio privado no respeito [pelos princípios do direito comunitário] e a escolha dos critérios de selecção do sócio privado permitem remediar essa situação, desde que aos candidatos se exija que demonstrem, além da sua capacidade para se tornarem accionistas, sobretudo,

a sua capacidade técnica para fornecerem o serviço e as vantagens económicas e outras decorrentes das suas propostas”.

6. Esta é portanto a segunda proposição fundamental que se retira do acórdão Acoset em matéria de PPPI: a concorrência a jusante, no momento da escolha do parceiro privado, pode, verificados certos pressupostos, sanar a falta de concorrência a montante, no momento da atribuição do contrato à sociedade de economia mista.

E compreende-se porquê.

Em primeiro lugar, porque a instituição da “regra do duplo procedimento” – um destinado à selecção do parceiro privado da sociedade, outro dirigido à atribuição da concessão ou do contrato público à sociedade – teria pelo menos dois importantes efeitos dissuasores da opção por uma PPPI, assinalados pelo TJUE: o custo do tempo ou da demora (inerente à organização e conclusão de dois procedimentos de contratação pública) e o custo da incerteza [pois não seria possível garantir que a concessão ou o contrato público seria atribuído ao parceiro privado seleccionado para integrar a sociedade mista ou, o que é o mesmo, não seria possível garantir que a concessão ou o contrato seria atribuído à sociedade mista ⁽¹⁴⁾].

Em segundo lugar, porque, nas circunstâncias concretas do caso Acoset, em que a concessão tinha

⁽¹⁴⁾ Embora não tenha sido objecto de grandes considerações por parte do TJUE, a questão do duplo procedimento ou do duplo concurso nem sempre se alcança com facilidade. Se se começa por abrir um concurso para a atribuição do contrato de concessão à sociedade de economia mista, nele participarão supostamente operadores privados, ficando a caber ao adjudicatário a gestão operacional da concessão no âmbito da sociedade de economia mista. Num caso desses, não parece fazer muito sentido a abertura de um segundo concurso para a selecção do parceiro privado da sociedade.

Na hipótese inversa, de se começar por abrir um concurso para a selecção do parceiro privado, as coisas podem de facto ser diferentes, mas ainda assim o que é normal (mesmo se não necessário) é que nesse caso o concurso se faça por referência a um concreto “negócio” que será desenvolvido pela sociedade de economia mista (ou seja, a concessão) e que, portanto, também possa não fazer muito sentido ir de seguida abrir um concurso para a atribuição da concessão.

sido atribuída a uma sociedade de economia mista para a qual ainda não tinha sido escolhido o parceiro privado, o momento delicado e decisivo em matéria de contratação pública era naturalmente o da escolha desse parceiro. Aí sim é necessário o respeito pelas regras da concorrência e da transparência.

Diversamente, a atribuição de um contrato ou de uma concessão à sociedade mista, quando é feita em vista da futura selecção de um parceiro privado, pouco relevo terá, uma vez que a sociedade só entrará em funcionamento e só se tornará efectivamente co-contratante e executora do contrato após a escolha desse parceiro. Da mesma forma, a atribuição de um contrato ou de uma concessão à sociedade mista, quando é feita após a selecção do parceiro privado e para cumprimento do que se havia previsto no procedimento de contratação do privado, representará um mero mecanismo, mesmo que desfasado no tempo, de atribuição de um contrato cuja legitimidade já estará assegurada por esse procedimento prévio.

Ponto é, portanto, que entre esses dois passos (selecção do parceiro privado da sociedade e atribuição da concessão ou do contrato público à sociedade mista) haja uma ligação funcional evidente, em termos tais que permita concluir que, apesar de se tratar de momentos separados no tempo, o parceiro privado foi escolhido pela entidade adjudicante para a execução, no quadro da sociedade mista, daquele concreto contrato público ou daquela concreta concessão (já adjudicada ou a adjudicar) ⁽¹⁵⁾.

7. Claro que nada impede – é essa muitas vezes a opção, como se sabe – que as entidades adjudicantes adoptem para o efeito um “procedimento único”, destinado simultaneamente à adjudicação do contrato e à escolha do parceiro privado.

Neste caso, portanto, como se refere na Comunicação interpretativa sobre a aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e de concessões às PPPI, o “parceiro privado é seleccionado no âmbito de um procedimento transparente

⁽¹⁵⁾ Ver, sobre isto, o ponto 8 desta anotação.

e concorrencial, cujo objecto será, por um lado, o contrato público ou a concessão a adjudicar à entidade de capital misto e, por outro, a contribuição operacional do parceiro privado para a execução dessas tarefas e/ou a sua contribuição administrativa para a gestão da entidade de capital misto. A selecção do parceiro privado é acompanhada da criação da PPPI e da adjudicação do contrato público ou da concessão à entidade de capital misto”.

Acontece que esta solução poderá, em alguns casos, não ser totalmente ajustada, por não permitir valorizar adequadamente o facto de, numa PPPI, assumir especial importância o factor “escolha de um sócio ou parceiro”, ou seja, a constituição de um contrato de sociedade ⁽¹⁶⁾.

Quando se trate de contratos não abrangidos pelas directivas ou de concessões, a flexibilidade de que a entidade adjudicante disporá na organização do procedimento permitir-lhe-á adoptar soluções que não desvalorizem o factor “escolha de um parceiro” em face do factor “adjudicação de um contrato”.

Diferentemente, se o contrato que se pretende atribuir à sociedade mista estiver abrangido pelo regime das directivas, são elas “que determinam o processo de selecção do parceiro privado” (Comunicação interpretativa sobre a aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e de concessões às PPPI, p. 2.3.1), caso em que o factor “adjudicação de um contrato” tenderá a imprimir o desenho essencial do concurso, em detrimento do factor “escolha de um sócio ou parceiro” ⁽¹⁷⁾.

Assim, é importante voltar a salientar que o TJUE, no seu acórdão Acoset, sancionou a solução do “procedimento suficiente” e não a solução do “procedimento único” ou do “procedimento cumulativo”. Mas, atenção, fê-lo, ainda assim, em termos que não permitem secundarizar sensivelmente o factor “adjudicação de um contrato”, afirmando que o procedimento de selecção do parceiro privado será sufi-

⁽¹⁶⁾ Assim, DIOGO DUARTE CAMPOS, “Parcerias público-privadas institucionais e duplo (triplo) concurso”, cit., pp. 429 e segs.

⁽¹⁷⁾ Circunstância que, reconhece-se, poderá ser mais atenuável no procedimento do diálogo concorrencial.

ciente, remediará a situação de falta de concurso na atribuição do contrato, “desde que aos candidatos se exija que demonstrem, além da sua capacidade para se tornarem accionistas, sobretudo, a sua capacidade técnica para fornecerem o serviço e as vantagens económicas e outras decorrentes das suas propostas” (n.º 59).

8. Por outras palavras, aceitando a solução do “procedimento suficiente”, o TJUE não deixou de estabelecer um pressuposto ou um requisito dessa “suficiência”, destinado a garantir a ligação funcional entre os tais dois momentos separados no tempo, ou seja, entre a escolha do parceiro privado e a atribuição a esse parceiro privado, no contexto da sociedade mista, de um concreto contrato público ou de uma concessão.

E esse requisito ou pressuposto é o de que no procedimento de selecção do parceiro privado se adoptem factores de adjudicação adequados (appropriate criteria) à escolha da proposta economicamente mais vantajosa para a execução do contrato ou da concessão. Não podem, portanto, em tal procedimento ponderar-se apenas tópicos adequados à escolha de um shareholder privado, mas também, em medida tão ou mais importante, tópicos adequados à selecção de uma boa proposta, da melhor proposta, para a execução do contrato. Afinal, foi para isso que a entidade adjudicante quis um parceiro privado, um “parceiro industrial” ou “operacional”.

Com efeito, uma vez que o procedimento de selecção do parceiro privado se destina, mesmo que por via indirecta (mas necessariamente pressuposta) ⁽¹⁸⁾, à escolha da entidade que, no seio da sociedade de capital misto, ficará responsável pela gestão operacional do serviço (“parceiro industrial”), o TJUE exige que os critérios que presidirão a essa escolha não se baseiem apenas em factores relevantes para a questão shareholder (como, por exemplo, os capitais injectados e outras obrigações de financiamento), mas também em factores relevantes para a questão contrato (ou concessão), como as “condições financeiras, técnicas,

⁽¹⁸⁾ Sob pena, então, de não haver “suficiência” do procedimento único de escolha do parceiro privado.

operacionais e de gestão relacionadas com o serviço a assegurar e as características da proposta tendo em conta as prestações a fornecer”.

Em suma, para o TJUE, a circunstância de o sócio privado ir assumir a gestão ou execução operacional do serviço implica que nos factores de adjudicação do procedimento da selecção haja devida ponderação e repercussão de tal facto, não podendo proceder-se à regulação de tal procedimento como se fosse para a mera escolha de um parceiro social.

9. A terminar, porém, o TJUE referiu-se a um segundo requisito da legitimidade do procedimento único, afirmando que a sociedade de capital misto “deve manter o mesmo objecto social durante todo o período da concessão [remain within the scope of their initial object] e que qualquer modificação substancial do contrato obrigaria ao lançamento de um concurso” ⁽¹⁹⁾.

Não é inteiramente compreensível o papel que o Tribunal pretendeu reservar a este requisito, até porque não adiantou mais do que o trecho transcrito.

Em parte, percebe-se a imposição de tal limite. Assim, se estivesse em causa a mera selecção de um sócio privado para uma sociedade (de capital misto), sociedade que, depois, viria a receber os seus negócios e contratos através do jogo da concorrência, a questão da admissibilidade e termos da modificação substancial de tais contratos deveria resolver-se em função das regras que lhe fossem aplicáveis (e nem faria sentido que o TJUE lhe desse destaque autónomo).

No entanto, dada a íntima conexão que estabeleceu entre o facto da atribuição directa da concessão de serviço à sociedade de capital misto e o facto da selecção concursada do parceiro privado, legitimando aquele através deste, o TJUE resolveu – e bem – aplicar à contratação do parceiro as limitações que sempre existiriam quanto ao factor “adjudicação do contrato”, ou seja, as limitações que sempre existiriam se

⁽¹⁹⁾ Solução que o TJUE faz apoiar no seu anterior acórdão de 18/6/2008, proc. C-454/06 (conhecido por acórdão PRESSEDTEXT), anotado no n.º 73 destes Cadernos por PEDRO COSTA GONÇALVES, sob o título “Acórdão PRESSEDTEXT: modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato”.

se tivesse adoptado o procedimento mais ortodoxo, o procedimento único ou simultâneo para a escolha do parceiro e para a adjudicação do contrato.

O ponto está em saber se o Tribunal, com aquela afirmação, terá querido ir tão longe quanto parece ter ido o advogado-geral do processo (se é que realmente queria ir...), quando se reportava, nas suas conclusões, à exigência de a sociedade de economia mista manter “esse [referia-se ao serviço público concessionado] objecto social exclusivo durante toda a sua existência”.

Estamos em crer que o destaque dado pelo TJUE à manutenção do objecto social da sociedade se justificou sobretudo para reforçar os laços de dependência que existem entre a escolha do parceiro privado e a adjudicação do contrato, permitindo, assim, sem grandes constrangimentos e sem abrir a via a situações de fuga às regras e princípios da contratação pública, aceitar a solução do “procedimento suficiente”. E admitiríamos portanto, salvo, claro, se o contrário resultar dos termos do concurso para a selecção do parceiro privado ou sobretudo dos termos dos estatutos societários, que a PPPI constituída dessa forma se apresente, em competição com outros operadores económicos, à atribuição concorrencial de outros contratos ou concessões ⁽²⁰⁾.

É aliás também neste sentido que aponta a Comunicação interpretativa sobre a aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e de concessões às PPPI (ponto 3), afirmando que “as regras aplicáveis aos contratos públicos e concessões, quer decorram do Tratado CE quer das directivas relativas aos contratos públicos, devem

⁽²⁰⁾ Também neste sentido, DIOGO DUARTE CAMPOS, “Parcerias público-privadas institucionais e duplo (tríplo) concurso”, cit., p. 430. Já temos mais reservas sobre a outra hipótese admitida por este Autor, de que a sociedade “vá para o mercado em concorrência com outros operadores económicos, isto é, que desenvolva outras actividades para além daquela que lhe foi primeiramente adjudicada”, ao menos, na medida em que isso constitua, como parece, uma alteração substancial do contrato (ou da PPPI) e um benefício para o parceiro privado não conferido através de procedimento conforme aos princípios da contratação pública.

ser respeitadas quando da adjudicação a entidades de capital misto de contratos públicos ou concessões que não tenham sido objecto de concurso no quadro do procedimento que antecedeu a criação da PPPI em causa. Isto significa que as PPPI conservam o seu âmbito de actividade inicial e não podem, em princípio, obter novos contratos públicos ou concessões sem passar por um procedimento concorrencial em conformidade com o disposto no direito comunitário aplicável aos contratos públicos e às concessões”.

10. Visto isto, o que importa reter, para a posteridade – porque foi a primeira vez que o TJUE se pronunciou sobre o problema ⁽²¹⁾ –, é a declaração constante da parte final da decisão do acórdão Acoset: “os artigos 43.º, 49.º e 86.º do Tratado CE não se opõem à atribuição directa de um serviço público [...], como o que está em causa no processo principal, a uma sociedade de capital misto, público e privado, especialmente criada para a prestação desse serviço e que tem um objecto social único, na qual o sócio privado é seleccionado através de concurso público, após verificação das condições financeiras, técnicas, operacionais e de gestão relacionadas com o serviço a assegurar e das características da proposta tendo em conta as prestações a fornecer, desde que o procedimento de concurso em questão esteja em conformidade com os princípios da livre concorrência, da transparência e da igualdade de tratamento impostos pelo Tratado CE para as concessões”.

Esta é a resposta do direito comunitário. E terá portanto também de ser, digamos assim, a resposta do nosso direito.

RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA

⁽²¹⁾ Embora já com importantes sequelas, como no caso tratado no seu acórdão de 22/12/2010, proc. C-215/09 (conhecido por acórdão Mehiläinen Oy).